

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2020

Doctora

ROCÍO ARAUJO OÑATE

CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

E. S. D.

Asunto: Intervención de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa

Referencia. Acción de Tutela N° **11001031500020190508300**

Accionante: Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. –EPISOL S.A.S.

Accionada: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

FANNY CONTRERAS ESPINOSA identificada como aparece al pie de mi respectiva firma, en calidad de Procuradora 55 Judicial II Administrativa y de conformidad con lo dispuesto en el ordinal tercero del auto admisorio de la demanda, proferido en el expediente de la referencia, que dispone la vinculación como tercero con interés, entre otros de la Procuraduría que actualmente regento, me dirijo a ustedes, con el fin de poner a su consideración mi intervención frente a la impugnación presentada por la Sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – Episol S.A.S., contra el fallo de tutela proferido el pasado 27 de febrero de 2020.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

Al resolver la tutela presentada el 3 de diciembre de 2009, por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -EPISOL S.A.S. en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con ocasión del laudo que profirió el 6 de agosto de 2019 y su aclaración de 16 de agosto de la misma anualidad, la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia de 27 de febrero de 2020, declaró improcedente la tutela respecto de los derechos al debido proceso y a la igualdad y, la negó frente al buen nombre o “*good will*”

La decisión de primera instancia fundamentó la improcedencia de la tutela en que la acción constitucional incoada no cumplió con “*el requisito adjetivo de procedibilidad, referido a la subsidiariedad*” y en lo relativo a la negación del amparo al buen nombre, señaló lo siguiente:

“429. Igualmente, la Sala pone de presente que el hecho que las expresiones que molestan a la parte actora estén consignadas en el Laudo, no significa que se estén difundiendo o propagando con el fin de afectar su “good will” pues, el Tribunal tenía que resolver la controversia que se le planteó y

proporcionalmente indicó que Episol, junto con los demás socios de la Concesionaria, no actuó conforme a las previsiones del contrato y a los deberes de buena fe, diligencia y confianza.”

*430. Así las cosas, el Tribunal al proferir el Laudo del 6 de agosto de 2019 no vulneró el derecho fundamental al buen nombre de Episol, razón por la cual **este cargo tampoco tienen vocación de prosperidad.** (...)*

II. IMPUGNACIÓN DE EPISOL S.A.S.

La apoderada de esta Sociedad, en primer orden manifiesta que no fue notificada en debida forma del fallo de 27 de febrero de 2020, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sin embargo presenta la impugnación en término; en segundo lugar, pide la revocatoria de esta providencia, la cual en lo atinente a su solicitud de amparo de los derechos al debido proceso y a la igualdad, declaró improcedente la tutela incoada y, en relación con el buen nombre o “*good will*” negó el amparo constitucional, al considerar que el Tribunal de Arbitramento no afectó las prerrogativas de las que goza EPISOL como persona jurídica.

Dice la memorialista que no comparte la providencia objeto de la impugnación y las razones de inconformidad que propone las enfoca en dos aspectos: i) El cumplimiento del requisito de subsidiariedad y ii) La violación al buen nombre de Episol S.A.S. por parte del Tribunal de Arbitramento.

Frente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, aduce que el fallo recurrido no efectuó un análisis en concreto de la solicitud de tutela respecto de la eficacia e idoneidad del recurso extraordinario de anulación para proteger derechos fundamentales, en la medida que omitió el test de procedibilidad que fija la Corte Constitucional para la verificación de este presupuesto.

Textualmente en el escrito de impugnación¹, expresa lo siguiente:

“Así las cosas, en el Fallo de Primera Instancia proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, ésta NO EFECTUÓ UN ANÁLISIS CONCRETO sobre la idoneidad y eficacia del Recurso de Anulación para proteger los derechos fundamentales que fueron vulnerados a EPISOL por parte del Tribunal de Arbitramento. Es decir, la Sección Quinta obvió el test de procedibilidad que le impone la Corte Constitucional para verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad cuando el medio que tiene el accionante no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales incoados.” (...)

La falta de idoneidad del recurso extraordinario de anulación que hace viable la procedencia de la tutela contra un laudo arbitral, la respalda en pronunciamientos

¹ Folio 888

del Consejo de Estado² y de la Corte Constitucional³, que cita literalmente en lo que estima pertinente.

Teniendo en cuenta que la naturaleza y finalidad del recurso de anulación no busca proteger los derechos fundamentales mientras que el mecanismo de amparo constitucional sí arguye que el juez que decida la impugnación debe resolver de fondo el asunto, así los supuestos fácticos en los que se apoyan los distintos medios de impugnación sean o pudieran ser convergentes.

El cargo contra la decisión de no tutelar el derecho al buen nombre se funda en que la responsabilidad endilgada a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no está probada, puesto que dicha Sociedad es una persona jurídica autónoma e independiente de EPISOL, quien ostentó la calidad de accionista minoritario, además el incumplimiento de sus funciones carece de un análisis de cuáles fueron las actuaciones que configuraron un fraude a la ley del contrato porque en criterio de la recurrente “(...) se denota la falta de análisis en las pruebas aportadas al trámite de tutela y de la falta de lectura de la misma acción (...)”⁴, omisión en la que dice incurrieron los árbitros ante la conducta de litigantes que asumieron en el arbitraje.

III. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

De lo expuesto en el escrito introductorio, en las intervenciones efectuadas en este trámite constitucional, la sentencia recurrida y la impugnación presentada por EPISOL S.A.S., los problemas jurídicos a resolver en este asunto son:

1. ¿Si la sentencia de 27 de febrero de 2020 adoptada por la sección quinta del Consejo de Estado, que declaró improcedente la acción constitucional impetrada por la Sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., en contra del laudo de 6 de agosto de 2019 y su aclaración de 16 de agosto de 2019, proferidos por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio, cumplió o no con el examen de los requisitos de excepcionalidad y subsidiariedad señalados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con la procedencia de la tutela en

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 11 de diciembre de 2015, radicado 11001031500020150227001, C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-972 del 15 de noviembre de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto y fallo T-058 de 2 de febrero de 2009, M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁴ Folio 897

contra de los laudos arbitrales, frente a las causales taxativas del recurso extraordinario de anulación que se plantearon contra los proveídos enjuiciados y, a la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad que considera vulnerados EPISOL S.A.S.?

1. ¿Si las expresiones que utilizó el panel arbitral en las providencias judiciales acusadas violaron el derecho fundamental al buen nombre o “good will” de la parte activa?

B. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD PARA INCOAR LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL O LAUDO ARBITRAL

1. Naturaleza jurídica de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y con las directrices trazadas por la Corte Constitucional en reiterados fallos, la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando, en virtud de la acción u omisión de cualquier autoridad pública (o de particulares en los casos del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991), tales garantías se desconozcan o amenacen, sin que al respecto exista otro medio de defensa judicial; en la hipótesis que exista, dada la incierta idoneidad de este mecanismo, la acción procede cuando la tutela se requiera como mecanismo transitorio de inmediata aplicación, a fin de evitar un perjuicio irremediable⁵.

Se trata de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a las autoridades jurisdiccionales de la rama judicial, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir ante ellos sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de obtener oportuna sentencia que brinde la protección requerida de manera directa e inmediata del Estado, esto es, con el fin de que cesen las actuaciones o las situaciones de hecho que quebranten o amenacen sus derechos fundamentales. De esta manera se da cumplimiento a uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes estipulados en la Constitución.

En este orden de ideas, la subsidiariedad y la inmediatez son principios rectores de este mecanismo tuitivo; el primero, porque solo resulta procedente incoar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable; y el segundo, puesto que no se trata de un proceso en sentido estricto, sino de un procedimiento de aplicación urgente que se hace preciso tramitar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho fundamental sujeto a violación o amenaza.

Por consiguiente, para la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela se hace necesario que se lesione o amenace un derecho fundamental en cabeza de alguna

⁵ Sentencia T-001 de 1992 de la Corte constitucional. Art. 6 (numeral 1), Decreto 2591 de 1991.

persona, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, y que para su protección no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. Los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial y laudos arbitrales

Dada la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte Constitucional⁶ y el Consejo de Estado⁷, admiten la posibilidad de impugnar por vía de tutela una providencia arbitral, siempre que se cumplan en forma rigurosa los requisitos generales de procedibilidad contra decisión judicial, pues el juez constitucional en este escenario tiene restricciones que se derivan de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica, autonomía e independencia judicial y la autonomía de la voluntad de las partes que decidieron acudir a un Tribunal de Arbitramento para que en única instancia, resolviera sus diferencias.

En consecuencia, el sometimiento más estricto de los laudos arbitrales a las reglas de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial debe cumplir los lineamientos que la jurisprudencia ha desarrollado, con el siguiente alcance:

“(i) Los requisitos generales de procedencia consistentes en:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Esto es que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. Por consiguiente, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable. Razón por la cual, constituye un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, al asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se vaciaría de competencias a las distintas autoridades judiciales y se concentrarían indebidamente en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a estas jurisdicciones.

⁶ Sentencias T-186 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-244 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

⁷ Fallo de 19 de septiembre de 2019, emitido en el expediente radicado con el N° 11001031500020190106001, Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que la acción de tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, al permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, puesto que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe comprobarse que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

3. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la tutela

El principio de subsidiariedad por no agotarse el medio de defensa judicial idóneo, es predicable tanto para la procedencia de la tutela contra providencia judicial como respecto del laudo arbitral, por ello este mecanismo resulta improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, dado que el amparo constitucional no es un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado ni reemplaza los procedimientos establecidos por el legislador para la protección de sus derechos.

Esta restricción está erigida, para hacer prevalecer el carácter residual y subsidiario que ostenta este mecanismo tutelar, como quiera que el aparato judicial ofrece diversas acciones a los ciudadanos para la defensa de los derechos que les estén siendo desconocidos o vulnerados.

El máximo Tribunal de lo Constitucional ha insistido “...en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción”, es decir, “...a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado...”, eso sí, sin perder de vista que tal “...consideración se morigerará con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Y se indica por esa Corporación, que de “...no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario”⁸.

Además la jurisprudencia constitucional ha reconocido como requisito de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la ausencia de otro mecanismo de defensa en el ordenamiento jurídico que pueda invocarse; excepcionalmente podría utilizarse esta acción, cuando se esté frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección duraría hasta que el fondo del asunto fuera resuelto, por medio del otro mecanismo, de lo contrario se estaría frente a una acción improcedente.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T 008/98 expresó: “Esta corporación ha entendido que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, salvo que se trate de una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la citada acción. En este sentido, la tutela sólo habrá de proceder contra una vía de hecho **judicial si no existe ningún mecanismo ordinario de defensa** o, si éste existe, a condición de que el amparo constitucional resulte necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable de carácter *iusfundamental*.” (resaltado fuera de texto)⁹

La subsidiariedad se enarbola como un principio constitucional que orienta la acción de tutela, según el artículo 86 de la Carta Política, con el fin de brindar una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales, es por ello que la Corte reiteró: “que la acción de tutela es un instrumento jurídico de naturaleza residual, que si bien le brinda a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal para promover la protección directa de sus derechos constitucionales fundamentales, **exige, como requisito de procedibilidad, que el afectado no disponga de otros medios judiciales de defensa o que el daño alegado en esta sede revista la característica de irremediable**, entendiendo como tal, aquella situación de riesgo que de no ser controlada oportunamente, conllevaría un daño o deterioro irreversible a los derechos presuntamente afectados”. (resaltado fuera de texto)¹⁰

4. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la tutela contra laudo arbitral

⁸ Sentencia T-030 de 2015 de la Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, MP: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, expediente T-4455240 del 26 de enero de 2015.

⁹ Sentencia T-008/98 de la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Referencia: Expediente: T-145292.

¹⁰ Sentencia T-608/98 de la Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, Referencia: Expediente T-147.195 del 27 de octubre de 1998.

Como se indicó en el numeral 2º de este acápite, la tutela es viable respecto de un laudo arbitral siempre que se hayan agotado los otros medios de defensa judicial procedentes en contra de la decisión cuestionada y, si está demostrada la vulneración o amenaza a un derecho fundamental por parte del Tribunal de Arbitramento al incurrir en una vía de hecho.

La línea jurisprudencial que marca el derrotero permanente y sólido de la tesis de la subsidiariedad como requisito de procedibilidad para acudir a la tutela contra laudo arbitral, puede vislumbrarse en los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional:

4.1. Sentencia SU-837 de 2002

De manera general esta providencia afirma que *“La procedencia de la tutela es un aspecto que solo podrá determinarse por el juez de tutela, en el caso concreto. De ahí que la tutela, (...) sólo será procedente en aquellos casos en los cuales quien la **interponga no cuente con ningún otro mecanismo judicial de defensa** o cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre uno o varios de los derechos fundamentales del demandante (...)*” (resaltado fuera de texto)¹¹

4.2. Sentencia T-1017 de 2006

Reitera el carácter subsidiario de esta acción constitucional que impone al tutelante la obligación de demostrar que utilizó y puso en marcha todos los medios ordinarios de defensa ofrecidos por el ordenamiento, *“(...) Esta exigencia jurisprudencial pone de manifiesto que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales puede derivar en la improcedencia de la acción del artículo 86 (...)*” (resaltado fuera de texto)

4.3. Sentencia T-311 de 2009

Precisa que frente a una decisión arbitral se requiere *“(...) b) que se hayan agotado los recursos previstos para controlar los laudos y a pesar de ello persista una vía de hecho en la decisión que se ataca. En efecto, al juez de tutela no le corresponde entrometerse en el desarrollo de un proceso judicial o arbitral ni mucho menos hacer valoraciones de las decisiones que en cada momento procesal va adoptando el juez correspondiente, salvo ante un evidente error que no hubiere podido enmendarse al interior del propio proceso o que fuere esencial para su resolución”* (resaltado fuera de texto)

4.4. Sentencia T-790 de 2010

Ratifica la exigencia de los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, incluyendo a los laudos

¹¹ Sentencia SU-837/02 de la Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Referencias: Expediente T-503413, Sentencia T-0416 de 2002 y Auto 027 2 de abril de 2002.

arbitrales de los cuales se destaca el numeral b) del capítulo 4.4.1 este fallo T-790/10¹², que nuevamente señala “b. **Que se hayan agotado todos los medios** -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental irremediable*” (resaltado fuera de texto).

4.5. Sentencia SU-656 de 2017

Analiza la declaratoria de improcedencia de la tutela por incumplir el requisito de subsidiariedad, debido a que “*En primer lugar, no se agotó el medio de defensa judicial idóneo, esto es, el recurso extraordinario de anulación, el cual, para la fecha de interposición de la acción de tutela, no había sido resuelto de fondo por parte del Tribunal Superior de Bogotá. En segundo lugar, no existe un perjuicio irremediable de naturaleza fundamental que permita la intervención del juez constitucional, dado que el perjuicio invocado por la sociedad accionante es de naturaleza pecuniaria y envuelve una problemática de interpretación legal y contractual.*”¹³ (subrayado y resaltado fuera de texto).

Trae a colación las reglas generales de procedibilidad contra providencia judicial, que igualmente son predicables de la tutela contra laudo arbitral, aspecto que esboza así:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido particularmente enfática en cuanto al carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento y las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación. En ese sentido, su procedencia y procedibilidad está sometida, en principio, a las mismas reglas que la jurisprudencia constitucional ha sistematizado en la sentencia C-590 de 2005 respecto a las providencias judiciales, a saber: (i) Los requisitos generales de procedencia consistentes en: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *ius fundamental irremediable*; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que la acción de tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe comprobarse que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal*

¹² Sentencia T-790/10 de la Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chalajub, Referencia: Expediente T-2´418.581 de 1 de octubre de 2010.

¹³ Sentencia SU-656/17 de la Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Luis Guillermo Pérez, Carlos Libardo Bernal, Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo y demás, Referencia: Expediente T-3.605.683 de 26 de octubre de 2017.

vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible; f) Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Al examinar el caso en concreto evidencia que el instrumento idóneo en la etapa procesal que se encontraba ese litigio era el recurso de anulación contra el laudo arbitral, en virtud del cual era viable el amparo de los derechos fundamentales que se estimaban vulnerados y que eran objeto de la tutela incoada, por tanto, hasta que se resolviera de fondo los recursos de anulación interpuestos el amparo constitucional es improcedente. El fallo que se comenta, en lo concerniente a este punto, asevera:

*“De esta manera, siendo evidente la idoneidad del recurso de anulación para amparar los derechos fundamentales que se consideran vulnerados con las actuaciones surtidas en el trámite arbitral e incluso en el laudo proferido, la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente hasta tanto el Tribunal Superior de Bogotá, **como autoridad competente para resolver, profiera el fallo respectivo**, especialmente si las razones que alega la accionante en la sustentación del recurso de anulación, se fundamentan en argumentos similares a los de la presente acción de tutela, que se refieren fundamentalmente a demostrar la vía de hecho en que incurrieron los árbitros del tribunal”.* (resaltado fuera de texto). En fallo que se comenta señala que la existencia de desequilibrios económicos o pérdidas materiales, particularmente en el caso de las personas jurídicas, no son suficientes por sí mismos para que se otorgue al amparo constitucional transitoriamente, es decir, que el hecho de que la suma de dinero pueda ser alta, no lleva al juez de tutela a deducir el perjuicio irremediable.

4.6. Sentencia SU-033 de 2018

Recopila el precedente constitucional respecto de la excepcionalidad y subsidiariedad de la tutela contra laudos arbitrales y la prelación del recurso extraordinario de anulación, como quiera que *“... el presupuesto de subsidiariedad tiene como finalidad evitar la sustitución del juez ordinario en la evaluación y juzgamiento de errores in procedendo, mediante el recurso de anulación, que obviamente debe **preceder** a la intervención eventual del juez constitucional, a menos que se trate de vulneraciones cuya protección no sea viable a través del recurso de anulación.”*¹⁴ (negrilla fuera de texto).

Algunos aspectos relevantes que examina la Corte Constitucional para determinar la idoneidad y eficacia del mecanismo extraordinario de anulación

¹⁴ SU 033 de 2018

que impide la utilización directa y anticipada de la medida de amparo, son los siguientes:

4.6.1. Similitud argumentativa

Esta providencia de unificación asegura que cuando los argumentos que son utilizados para aducir la vulneración del debido proceso son similares a los que sustentan el recurso extraordinario de anulación, es improcedente la tutela, pues el juez que lo resuelva debe salvaguardar el debido proceso en el estudio de las causales planteadas en la vía judicial ordinaria, premisa que encontró probada en la situación fáctica que examinó y en consecuencia, vislumbró la improcedencia de amparo constitucional, como se infiere de la siguiente disertación:

“En términos generales los defectos alegados por vía de tutela, coinciden con los expuestos a consideración del Consejo de Estado en sede de anulación. Es precisamente por esto que al resolverse este recurso, indefectiblemente se realizó un examen sobre la garantía del derecho fundamental al debido proceso dentro del trámite arbitral, el cual prevé salvaguardas propias en su procedimiento.14” (...)

4.6.2. Distinción entre derecho fundamental y los derechos patrimoniales y económicos

En cuanto a la diferencia que debe existir entre un derecho fundamental y los de contenido patrimonial y económico en relación con la procedencia de la acción constitucional contra laudos, la jurisprudencia que se reseña sostuvo:

“... no existe una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, Ferrajoli, a partir de su teoría sobre la democracia constitucional, formula una categórica distinción entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, útil a la cuestión en revisión. Los primeros se caracterizan, entre otras características por no ser negociables, mientras que los segundos establecen relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder.

Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia consolidada por la Corte (Sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), referenciada en las consideraciones generales de esta providencia también de unificación, permiten a esta Corporación reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantarse al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien,

después de someterse a un proceso ante la justicia arbitral, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales.¹⁵

4.6.3. Protección directa de un derecho fundamental y pretensiones de carácter contractual y legal

Sin duda las características propias de la jurisdicción arbitral orientan la postura rigurosa de la exótica procedencia de la acción de tutela contra un laudo arbitral, puesto que una controversia contentiva de pretensiones contractuales si se contrae a aspectos de naturaleza patrimonial y de rango legal, tales pedimentos no corresponden al juez que protege derechos fundamentales, como lo expuso esta Corporación al indicar:

*“Adicionalmente, aunque los accionantes alegaron que se desconoció su derecho al debido proceso, el fondo del problema jurídico se ubica en una **esfera legal y contractual**, cuya solución no compete al juez de tutela, sino al juez ordinario que debe resolver el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral¹⁶.” (...) negrilla fuera de texto.*

*“En materia de laudos arbitrales el presupuesto de relevancia constitucional exige una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que las vulneraciones ius fundamentales, cuyo amparo sea una necesaria protección contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, ajeno por entero al espectro de la razonable interpretación autónoma e independiente del juez. Se trata de argumentos tendientes a demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, como en este caso, que recaigan sobre aspectos meramente **legales y contractuales** de la controversia sometida al juicio arbitral. (...) negrilla fuera de texto.*

5. Las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra laudo o la decisión que resuelve el recurso de anulación

Superado el examen de los requisitos generales de viabilidad de la acción de amparo, el juez constitucional deberá analizar estrictamente las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, que se centran en demostrar si se configura alguno de los siguientes presupuestos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

¹⁵ T-154 de 2019.

¹⁶ SU-656-2017

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando el juez teniendo el deber de aplicar la Carta Política deja de hacerlo¹⁷.”

Del marco normativo y jurisprudencial que en líneas precedentes se reseñó, se colige sin duda el carácter excepcional de la acción de tutela contra un laudo arbitral, toda vez que las reglas generales y específicas de esta herramienta constitucional no evidencian un examen equivalente entre las providencias judiciales de la administración de justicia permanente y la jurisdicción alternativa (arbitral), entre otras razones por la característica de voluntariedad que emana de la libre determinación de las partes para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, lo que impone un deber especial en el cumplimiento de los requisitos precitados por tratarse una jurisdicción distinta a la permanente y estatal, como lo asevera la sentencia SU-500 de 2015, que en lo pertinente dice: “(...) acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible”¹⁸.

¹⁷ Sentencia SU-649 de 2017.

¹⁸ *Ibíd.*

El elemento de la voluntariedad de apartarse de la justicia ordinaria es primordial en estos asuntos por la seguridad y estabilidad jurídica que reviste la decisión judicial adoptada por el Tribunal de Arbitramento, con repercusiones como no estar sometida a una segunda instancia y por ende, excluida de una posterior aprobación por parte de una justicia exógena a la cual las partes explícitamente declinaron, aspecto que examinó el fallo SU-174 de 2007 con el siguiente razonamiento:

“Ahora bien, debe aclararse que aunque son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y, por lo mismo, quedan cobijados por la cosa juzgada, los laudos arbitrales no son completamente equiparables en sus características formales y materiales a las sentencias judiciales, principalmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y libre de los árbitros por las partes en conflicto, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación, como sí lo están las decisiones adoptadas por los jueces. Si los laudos fueran apelables ante los jueces, la disputa cuya resolución las partes voluntariamente decidieron confiar a unos particulares habilitados por ellas terminaría siendo desatada precisamente por el sistema estatal de administración de justicia de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía contractual y de la facultad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, querían sustraer esas controversias específicas en virtud de una cláusula compromisoria o de un compromiso. Las vías legales para atacar los laudos son extraordinarias y limitadas, por decisión del legislador en desarrollo de la Constitución: contra ellos únicamente proceden los recursos de homologación (en materia laboral), de anulación (en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo) y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión.”

Esta caracterización propia de la justicia arbitral determina la improcedencia de controles adicionales y en especial de la revisión sustancial del laudo que dirimió el asunto que las partes eligieron por su propia voluntad, acudiendo a una jurisdicción que se rige por estos parámetros:

“(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.” (sentencia SU-174 de 2007)

En la sentencia SU-500 de 2015 se reiteran las particularidades de las decisiones arbitrales, en los siguientes términos:

“(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, los (sic) 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.”

Así las cosas, la subsidiariedad en los procesos arbitrales reviste un carácter especial, ya que este procedimiento no tiene una segunda instancia que permita a las partes refutar el laudo, pero sí, dispone del recurso extraordinario de anulación, que debe ser agotado, previo a la interposición de la acción de tutela.

Frente a la taxatividad de las causales del recurso de anulación, la máxima Corporación de la Jurisdicción Constitucional ha señalado¹⁹ que puede existir cierta ineficacia, en la protección de algunos derechos fundamentales, lo que amerita examinar el ajuste de la decisión arbitral a los lineamientos constitucionales, en lo atinente a las causales enfiladas en la valoración del derecho al debido proceso, por posibles errores *in procedendo* ante elementos que han sido marginados de este recurso, y que están sujetos a la decisión definitiva del tribunal de arbitramento, para que el juez decida sobre la procedencia del mecanismo de amparo²⁰.

Es decir, bajo este escenario la acción de tutela sí puede proceder en contra de laudos arbitrales, pero solamente en dos casos, i) cuando se ha agotado el recurso de anulación, o ii) cuando no se exige agotar el recurso de anulación; en el evento i) la acción de tutela es la primera aproximación al laudo arbitral, por ende, el control y la valoración sobre la transgresión de derechos fundamentales deberá ser más estricto.

E en el caso ii) cuando se ha agotado el requisito de anulación y, por tanto, la decisión arbitral se ha sometido a una revisión inicial, la valoración que corresponde al juez de tutela está delimitada al estudio que se cumplió de las causales del recurso extraordinario de anulación y si pasó por alto alguna vulneración de derechos fundamentales.

En ambos estadios la actuación del juez se restringe a establecer si el derecho al debido proceso se ha vulnerado en la decisión, guardando distancia con los aspectos concretos del laudo.

¹⁹ Sentencia T-244 de 2007

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

En consonancia con el carácter excepcional, subsidiario y estricto de la tutela contra laudo arbitral, los defectos constitutivos de las causales específicas de procedibilidad en el arbitraje fueron abordados por la Corte Constitucional en la sentencia T-466 de 2011, con el siguiente razonamiento:

“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.”

6. El defecto sustantivo

Para que se configure el defecto sustantivo, la sentencia SU-500 de 2015 expresa que la voluntad de las partes, al apartarse de la justicia ordinaria cumple un papel fundamental al determinar si se configuró este vicio de cara a la vulneración de los derechos fundamentales y, si es demostrada alguna de las siguientes hipótesis:

(i) Cuando 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) Cuando el laudo carece de motivación

material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) Cuando 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) Cuando 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) Cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y, por ende, inaplicada.

En el contexto de la justicia arbitral, el defecto sustantivo se erige ante un grave desmedro de los derechos fundamentales porque el principio de voluntariedad de las partes que decidieron libremente este mecanismo alternativo, no permite que se admita como sustento de esta disconformidad “*interpretaciones alternativas posibles o con cuestionar el criterio jurídico utilizado en el laudo, cuestión que, de aceptarse, comportarían una invasión en la esfera de autonomía del juez natural*”²⁴.

7. El defecto fáctico

En lo atinente al defecto fáctico se distinguen dos dimensiones: “*(...) La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.*”²¹

En esta providencia y en otros pronunciamientos²² emanados de la máxima Corporación de la jurisdicción constitucional, se precisa que la configuración del defecto fáctico por vía de tutela contra laudo es viable si los árbitros incurrieron en una valoración arbitraria y carente de razonabilidad del material probatorio; adicionalmente, se hace necesario que los tramites probatorios realizados en la consecución del proceso arbitral tengan una afectación principal, relevante e inequívoca, que impacte directamente el debido proceso, que se puede palpar sin duda su incidencia en una de las partes fundante de la decisión tomada, por lo tanto, no cualquier omisión en la valoración de alguna prueba configura automáticamente el defecto fáctico.

La Corte Constitucional desarrolla las facetas de este defecto y su alcance en la decisión judicial, en lo atinente a la actividad probatoria positiva y negativa con las siguientes conclusiones:

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2012.

²² SU-500 de 2015

“(i) positiva cuando el operador judicial admite a trámite pruebas que no ha debido valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, en desconocimiento directo de la Constitución, y (ii) una dimensión negativa²³, cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración.

Al tenor de lo transcrito, el defecto fáctico se produce cuando: (i) simplemente se omite valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) se excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o (iii) la valoración del elemento probatorio definitivamente se sale de los cauces racionales.²⁴”

Frente a la magnitud de los equívocos probatorios, la sentencia SU-033 de 2018 afirma:

“En consecuencia, no basta con que el panel arbitral haya dejado de valorar alguna prueba irrelevante, o que no se haya pronunciado sobre la totalidad de los elementos probatorios obrantes en el expediente. En realidad, para que se configure una vía de hecho por defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, los árbitros hubieran adoptado una decisión completamente opuesta.”

C. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN NOMBRE O “GOOD WILL”

El “good will” o buen nombre de una empresa es el prestigio de determinada marca, que adquiere una empresa en el desarrollo de su actividad económica y, para la protección de este derecho de rango constitucional y fundamental, la jurisprudencia sostiene:

“El derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen, por consiguiente, para constatar una eventual vulneración al buen nombre es preciso examinar el contenido de la información, y evaluar si es falsa o parcializada o si adjudica a determinadas personas actividades deshonrosas que le son ajenas. Para el mismo efecto resulta imprescindible establecer si las expresiones cuestionadas corresponden al ejercicio de la libertad de información o se inscriben en el ámbito de la libertad de opinión. En el caso que nos ocupa el accionante con relación al derecho al buen nombre, insiste en que toda la situación litigiosa

²³ Ver T-442 de 1994.

²⁴ SU 033 de 2018

ha afectado la imagen de empresas responsables de las sociedades accionantes, a causa de la actuación administrativa llevada a cabo por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- que concluyó con la declaratoria de caducidad del contrato celebrado con aquella (Resolución 002282 de 2000) y su confirmación (Resolución 4260 de 2000) al resolver los recursos de reposición que contra esa decisión se interpusieron en la vía gubernativa.²⁵

Las características del buen nombre se enfocan en la naturaleza proyectiva de este derecho que se valora constantemente y de acuerdo con el valor que se predica de las personas en las acciones que realiza en su convivencia con los demás, como lo expone la sentencia T-229 de 2019 de la Corte Constitucional, que en lo pertinente sostuvo:

“El Tribunal ha sido enfático en señalar que el derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo. En otras palabras, ha puntualizado que se atenta contra este derecho, cuando sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público bien sea de forma directa o personal, o a través de los medios de comunicación de masas informaciones falsas o erróneas que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que por lo tanto, tienden a socavar el prestigio o la confianza de los que disfruta del entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen”

IV. CASO CONCRETO

Analizada la sentencia de 27 de febrero de 2020 y la argumentación de la impugnación propuesta por EPISOL S.A.S., en el marco de la normatividad y la jurisprudencia que en el capítulo anterior se relató, no se encuentra asidero al cargo que esgrime la tutelante con base en la ausencia de análisis y de fundamento frente al incumplimiento del requisito de subsidiariedad que determinó la improcedencia de la tutela incoada contra las providencias arbitrales de 6 y 16 de agosto de 2020, deficiencia que configuraría un desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional que exige la realización de un test de procedibilidad, que considera no se cumplió en el fallo recurrido.

En criterio de esta Procuraduría, la decisión impugnada se encuentra ajustada a derecho y satisface los derroteros fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con la tutela contra laudo arbitral y el requisito de subsidiariedad, presupuesto insustituible y de mayor rigor dadas las características de la jurisdicción arbitral que la distinguen de la institucionalidad estatal y permanente.

²⁵ SU-219 de 2003 Corte Constitucional

La evidencia del estudio que estima ausente la tutelante, se revela claramente cuando la providencia de 27 de febrero de 2020 establece la idoneidad y eficacia de los 9 recursos extraordinarios de anulación que se interpusieron para lograr el mismo objetivo que se persigue en este mecanismo de amparo, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. La identidad argumentativa en la sustentación de los defectos constitutivos de la vulneración de los derechos fundamentales y las causales de los 9 recursos extraordinarios de anulación que compete resolver al Consejo de Estado y que en este momento registra ingreso al Despacho para fallo.
2. Principio de no contradicción
3. Inconformidad recae sobre derechos patrimoniales
4. Pretensiones de naturaleza legal y patrimonial

A continuación, se abordarán los aspectos que se acaban de indicar y las razones que demuestran el incumplimiento del requisito de subsidiariedad que torna improcedente la tutela impetrada por EPISOL S.A.S.

1. Identidad argumentativa de los 9 recursos extraordinarios de anulación y las causales específicas de la tutela

Como se indicó previamente al analizar el requisito de la subsidiariedad de la tutela, el deber de agotar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el ordenamiento jurídico le otorga a la persona que pretende la protección constitucional de sus derechos fundamentales, tiene como propósito impedir que la medida de amparo reemplace el otro medio de defensa y de contera, vaciar de competencia a la autoridad judicial frente a un asunto que tiene la obligación de resolver, el cual no puede abrogarse en forma indebida la jurisdicción constitucional, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, situación que no ocurre en este caso porque la acción no se instauró como mecanismo transitorio.

La comparación de los cargos que la Sociedad accionante planteó como sustento de las causales del recurso extraordinario de anulación que interpuso en contra del laudo del 6 de agosto de 2019 y su aclaración del 16 de agosto de la misma anualidad, con los defectos que alude para argumentar la infracción de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al buen nombre, sin duda, dirige a concluir que su cimiento es idéntico.

La afirmación que en el párrafo precedente se arguye, está acreditada con el escrito contentivo del recurso extraordinario de anulación que formuló EPISOL S.A.S. contra las providencias objeto de tutela y su solicitud de amparo constitucional, que revelan la coincidencia entre la argumentación ofrecida, en su orden, para las causales 2ª, 7ª y 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y los defectos material y fáctico, la violación directa de la Constitución y el desconocimiento del precedente.

En efecto, la inconformidad que la parte impugnante plantea tanto en el mecanismo extraordinario como en la vía constitucional, recae sobre el laudo y su aclaración, en cuanto estima que el Tribunal de Arbitramento contrarió el parágrafo del artículo 20 de la Ley 182 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019, por los descuentos que con

un criterio propio e ilegal, dice, realizó la autoridad judicial al determinar los efectos económicos de la nulidad contractual, omitiendo el requisito de la validación de un tercero experto, sin garantizar el pago completo y efectivo a los terceros de buena fe y, desconociendo que la contabilidad es plena prueba e indivisible.

Este análisis comparativo resulta necesario para establecer la idoneidad y eficacia del otro medio de defensa judicial que se utilizó contra las providencias emitidas en el proceso arbitral, pues la igualdad entre los razonamientos de las dos vías que se encauzaron contra el laudo y su aclaración, imponen que sea el juez de la anulación el que examine si asiste razón o no a los recurrentes y en consecuencia, si las decisiones enjuiciadas se profirieron al margen del ordenamiento jurídico que debían acatar y en consecuencia, con vulneración de los derechos fundamentales aludidos por la tutela incoada.

Si las causales de los 9 recursos extraordinarios de anulación radicados en contra de las providencias enjuiciadas coinciden con los supuestos fácticos y jurídicos de la tutela incoada, es el juez competente del mecanismo judicial ordinario quien debe resolver la controversia que surgió entre las partes del contrato de concesión 01 de 2010, dado que el juez de tutela no está llamado a reemplazarlo o sustituirlo en el estudio y la adopción de la decisión que la misma tutelante le propuso.

Por consiguiente, para decidir el ataque que enfila la peticionaria por vía de tutela y que con antelación utilizó en el mecanismo de anulación, resulta idóneo y eficaz el instrumento ordinario previsto para la situación que se plantea en la acción constitucional, dado que lo razonable y lógico es que el desacuerdo y el propósito que pretende la parte accionante se defina por el cauce normal a través de la respectiva autoridad judicial, quien podrá examinar si se acudió a esta herramienta jurídica a sabiendas de la improcedencia de su razonamiento.

En este caso concreto y según se registra en la consulta de procesos de la rama judicial, el medio ordinario correspondió a la Sección Tercera del Consejo de Estado; asunto que se encuentra radicado con el número 11001032600020190016800, el cual consta de 29 cuadernos, 197 cds, 6 usb y 9 discos duros, ingresó para fallo el 28 de enero de 2020, siendo Consejera Sustanciadora MARÍA ADRIANA MARÍN, lo que evidencia la existencia de un mecanismo sencillo, pronto y eficaz en relación con el amparo constitucional, frente a un asunto voluminoso y complejo por su trascendencia económica, jurídica, social y política.

En este orden de ideas, ruego se considere nuevamente la intervención que allegué en el trámite de la primera instancia al examinar el punto de la equivalencia argumentativa y que en las siguientes líneas reiteraré, aspecto que incluso la Sociedad actora acepta en su memorial de impugnación cuando expresa que “... *los supuestos fácticos en los que se apoyan los distintos medios de impugnación, sean o pudieran ser convergentes.*”

La igualdad que se evidencia en las actuaciones referidas en líneas precedentes se avizora con el comparativo que a continuación se muestra.

a) Los 9 recursos extraordinarios de anulación y los defectos específicos de procedibilidad

En el proceso arbitral, al descorrer el traslado de los 9 recursos extraordinarios de anulación presentados contra el laudo y su aclaración de agosto de 2019, se advirtió por parte del Ministerio Público²⁶ la proposición de 7 causales de anulación al tenor de lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, así:

1. Causal **primera**: Inoponibilidad del pacto arbitral.
2. Causal **segunda**: Caducidad de la acción contractual para invocar la nulidad absoluta del negocio jurídico 01 de 14 de enero de 2010.
3. Causal **segunda**: Falta de competencia.
4. Causal **cuarta**: Falta de notificación.
5. Causal **séptima**: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
6. Causal **octava**: Disposiciones contradictorias y errores aritméticos.
7. Causal **novena**: 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.

La coincidencia entre la argumentación de las causales específicas de procedibilidad que se sustenta en la solicitud de tutela y la ofrecida para los vicios de anulación, se colige del análisis que enseguida se expone, teniendo en cuenta los cargos que se refirieron en el acápite titulado “3. **Derechos fundamentales vulnerados.**”

En efecto, la violación del debido proceso por defecto material o sustantivo por el incumplimiento del requisito de validación de un tercero experto, es la misma aducida como causal en el recurso extraordinario de anulación impetrado contra el laudo²⁷, “haberse fallado en conciencia o equidad,” es decir según la tutelante, el panel arbitral desconoció lo preceptuado por el artículo 20 de la Ley 1882 y la sentencia C-207 de 2019, como puede verse en la siguiente transcripción de los argumentos utilizados para sustentar la mencionada causal de anulación en el proceso arbitral, al afirmar en dicha actuación lo siguiente:

“El Tribunal Arbitral clara, expresa e intencionadamente entró en rebeldía con el contenido del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 y de la sentencia C-207 de 2019 y los parámetros fijados por la norma citada “...fueron deliberadamente ignorados por el Tribunal Arbitral”.

El artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 establece cuáles son los criterios que permiten incluir los costos, inversiones, gastos o intereses en la restitución. La misma norma establece que es al interventor o a un tercero experto a quien le corresponde dar firmeza o validez legal a los conceptos que serán incluidos en la restitución. En este sentido, las determinaciones del Tribunal Arbitral sobre los costos, inversiones, gastos o intereses que harían parte de

²⁶ Este memorial se aportó con el memorial de intervención que se radicó el 24 de enero de 2020, igualmente obra en el expediente arbitral.

²⁷Laudo Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI (trámites 4190 y 4209 acumulados) de fecha 06 /08 /2019

*la fórmula para definir las restituciones debían ser validados por la interventoría o por un tercero experto. En consecuencia, cuando el Tribunal indicó que realizaría “ajustes” al informe rendido por la firma Duff & Phelps (en adelante D&P) violó los parámetros definidos por la ley y el principio de la sana crítica en la valoración de las pruebas y, en tal sentido, alejándose por completo tanto de la literalidad como de la intención de la Ley 1882, asumió una interpretación propia que afectó a los acreedores de buena fe, especialmente, a aquellos que de acuerdo con los parámetros definidos en la sentencia C-207, debía proteger”(...)*²⁸

En lo atinente a que el tercero experto es el único habilitado por expreso mandato legal para efectuar eventuales ajustes o correcciones, la equivalencia está con la causal séptima de anulación, que en lo pertinente se sostuvo, así²⁹:

“El Tribunal Arbitral desconoció el dictamen presentado por D&P y decidió hacer sus propias verificaciones de los criterios que establece el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, a pesar de que tal norma establece que la validación de los criterios le corresponde a la interventoría o a un tercero experto.

Según Fiducorfol los árbitros tomaron como base las cifras calculadas por D&P y de las mismas generaron sustracciones y alteraciones, al considerar que ciertas obras no habían sido ejecutadas para contribuir al interés público, no estaban asociadas a la ejecución del contrato o que los cálculos no correspondían a precios o condiciones del mercado. Cada una de estas sustracciones o alteraciones de las cifras se hicieron sin fundamento en el estudio, opinión o dictamen de la interventoría o de un tercero experto.³⁰(...)

El cargo del defecto material o sustantivo, en cuanto las restituciones no garantizaron los pagos a los terceros de buena fe, tiene semejanza con otra de las causales invocadas por la Concesionaria Ruta del Sol y sus coadyuvantes en los recursos extraordinarios de anulación, en el marco de la “falta de competencia”, como se observa a continuación:

“El tercer motivo, se predica de los efectos económicos de las restituciones mutuas que ordenaron las providencias recurridas, consecuente de la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico 01 de 2010, las cuales debían acompasarse a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, que examinó el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, porque el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para disponer en el laudo y su complementación, la forma –beneficiarios y orden de prelación de pagos- en que debían distribuirse los recursos dirigidos al pago del pasivo, como se observa en la página 693 al establecer quiénes serían los terceros beneficiarios

²⁸ Memorial que descorre los recursos extraordinarios de anulación contra el laudo de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, página 66.

²⁹ Laudo Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI (trámites 4190 y 4209 acumulados) de fecha 06 /08 /2019

³⁰ Memorial que descorre los Recursos Extraordinarios de Anulación contra el Laudo (trámites 4190 y 4209 acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, página 72.

y la prelación de pagos, en el siguiente orden: i) obligaciones laborales, ii) obligaciones fiscales y/o impuestos, iii) obligaciones con proveedores y iv) obligaciones con los financiadores del proyecto, con las respectivas consecuencias en la parte resolutive³¹.” (...)

La violación al debido proceso por defecto fáctico, en la comparación entre los argumentos utilizados en el recurso extraordinario de anulación contra el laudo y los señalados como premisa en esta acción de amparo, reflejan la simetría de la inconformidad en la causal octava “*disposiciones contradictorias y errores aritméticos*”, que se propuso de la siguiente manera:

“Señala que el error aritmético en el que incurrió el Tribunal consiste, entonces, en haber deducido un valor que jamás debió descontar, que supuestamente altera los factores de una fórmula aritmética, como lo es la incluida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por la vía de un nuevo factor de exclusión - el de los valores no facturados por el Epecista - comporta un evidente error aritmético con graves y directas implicaciones en la parte resolutive del Laudo.

Indica que el valor de los \$760.559.431.183 que el Tribunal descontó del CAPEX validado por Duff & Phelps ya había sido depurado por este experto, en la medida en que este soportó sus estimaciones en precios de mercado y con base en ello determinó una media ponderada.

Expresa además que el Tribunal decidió deducir el valor de las utilidades de la Concesionaria del monto destinado al pago de los derechos de los terceros de buena fe, con lo que incurrió en un evidente error aritmético consistente en alterar los factores de la fórmula prevista por el legislador, pues con apoyo en la fórmula establecida en el artículo 20 de la ley 1882 es claro que la deducción de las utilidades, decretadas y/o pagadas debe efectuarse cuando quiera que se esté determinando el valor de los remanentes a reconocer al contratista, mas no cuando se esté estimando el monto de los reconocimientos destinados al pago de los terceros de buena fe.

Precisa que es evidente el error en el que incurrió el Tribunal en el caso bajo análisis, en la medida en que, como aquí no había lugar a reconocer ningún valor a la Concesionaria, dado que quedó acreditado que está actuó con dolo, no había lugar a deducir el valor de las utilidades recibidas por esta en ningún momento de la aplicación de la fórmula, pues esta solo llegó al punto de la estimación de los derechos de los terceros de buena fe.” (...)

“CRS- Así entonces, se arguye que sólo en materia de inversiones, el Tribunal Arbitral desconoció \$760.559.431.183, sin ningún sustento ni validación por un “tercero experto”, monto que había sido incluido en el peritaje de D&P³².” (...)

³¹ Memorial que descorre los recursos extraordinarios de anulación contra el laudo (trámites 4190 y 4209 acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, páginas 44-45.

³² Memorial que descorre los recursos extraordinarios de Anulación contra el laudo (trámites 4190 y 4209

La valoración del opex en el análisis de las causales de anulación, en particular la que expone que “*el laudo recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros y haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”, es similar a la objeción señalada en la presente acción constitucional, como se indicó en la intervención que previamente se cumplió por esta Procuraduría, dado que frente a este punto, los recurrentes aseguran:

“Según el CRS el Tribunal no tuvo en cuenta los requisitos del artículo 20 para las restituciones y por ello obligó a pagar a favor de la concesionaria un valor muchísimo menor del que debía reconocérsele.

Para indicar, en concreto, los aparentes yerros del Tribunal el recurrente indicó que el CAPEX reconocido se fundó en el acuerdo de transacción para determinar el monto que debía ser descontado del valor que había presentado D&P en su dictamen; en relación con el OPEX, afirmó que el mismo fue determinado con base en el dictamen de BDO; y frente a los intereses, los mismos se redujeron en un monto proporcional al que había sido afectado para valorar el CAPEX y el OPEX.

En consecuencia, para el impugnante no aplicar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2019 generó un enriquecimiento injustificado en favor del Estado, pues los dineros se encuentran plenamente invertidos en la infraestructura entregada la entidad contratante³³.”(...)

El concepto valoración de intereses se refutó en la causal “*haberse fallado en conciencia o equidad*” de los recursos extraordinarios de anulación, cuyo reproche es análogo al expuesto en la tutela, pues este tópico se planteó así:

“Deducción de intereses de los créditos. En la sección 2.7.2 del laudo teniendo en cuenta que de CAPEX y OPEX se hicieron deducciones, los árbitros descontaron del monto total de intereses una proporción equivalente al total de inversiones descontadas por CAPEX y OPEX. Se estimó que el 16,12% de las inversiones no eran admisibles, por lo que se debía descontar los intereses en la misma proporción, pues en su parecer “...los bancos habrían financiado los repartos de excedentes de los socios del proyecto, los delitos cometidos con cargo al contrato y sus sobrecostos...”. Sin esto resultó que el monto de intereses a reconocer era de \$843 mil millones de pesos.³⁴” (...)

acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, páginas 67, 98-99.

³³ Ídem, página 108.

³⁴ Ídem, página 74.

Esta coincidencia también aparece en la remuneración del contratista, dado que la impugnación en el proceso arbitral fue esencialmente igual, al manifestar:

“Remuneración del contratista. El Tribunal dedujo de la liquidación la suma de 567 mil millones de pesos, pues consideró razonable entender que cuando el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 refería a la remuneración, debía entenderse como la utilidad reportada por el contratista, interpretación que considera imposible desde el punto de vista jurídico el recurrente.

Aseguró que en la metodología del artículo el descuento de los dividendos afecta al concesionario y/o a sus accionistas, pero no a los acreedores de buena fe; mientras que el descuento de las utilidades en la forma en la que se hizo en el laudo arbitral afecta a los terceros de buena fe en contravía de las normas aplicables.

- *Pagos efectuados por la ANI al concesionario. En este punto el laudo desestimó el valor reportado por D&P y, en su lugar, tomó el informado por la ANI (dedujo \$213.289.816.581), no obstante errores del informe de la ANI.*

- *Orden de pago a terceros de buena fe establecido en el laudo arbitral. Para el recurrente no se estableció ni explicó por qué el monto de la liquidación debía asignarse a los acreedores del concesionario usando una prelación de pagos para así cancelarle la totalidad de lo debido a todos los acreedores de buena fe diferentes de los bancos. Advirtió que no existe ninguna justificación legal, jurisprudencial o de otro tipo en el laudo para discriminar a los bancos en favor de otros acreedores.” (...)*

“Por concepto de remuneración: El Tribunal descontó el valor correspondiente a las utilidades reportadas contablemente en los estados financieros del concesionario, entendiendo, sin razón diferente a su propio parecer de las cosas, que estos hacen parte de la “remuneración” que debe ser restada de los costos, gastos e inversiones realizadas por el contratista³⁵. (...)

Los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria también se objetaron tanto en el amparo constitucional como en el trámite arbitral, al expresar:

“Por su parte EPISOL sostiene que el Laudo Arbitral contiene flagrantes errores aritméticos los que fueron puestos de presente mediante escritos de aclaración y complementación que fueron desechados sin ningún análisis y mucho menos argumentación en el Auto 137 del 16 de agosto de 2019.

Señala que para determinar el valor de los pagos efectuados por la ANI a CRDS, el Tribunal Arbitral desestimó el valor reportado por D&P, y en su lugar tomó la información proporcionada por la ANI, mediante memorando del 7 de marzo de 2019, por la suma de \$ 4.519.653.103.842,72 a pesos de diciembre de 2018. Entonces, el error aritmético se presenta porque el Tribunal Arbitral

³⁵ Memorial que descorre los recursos extraordinarios de anulación contra el laudo (trámites 4190 y 4209 acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, página 69-74.

adicionó a la retribución estimada por D&P la totalidad de ingresos correspondientes a "ingresos recibidos por la concesionaria" bajo el concepto "Pago de terceros de buena fe y rendimientos trasladados" sin descontar el saldo de la subcuenta de reversión que no había sido utilizado, con lo cual solo se adiciona la suma efectivamente utilizada para el pago de terceros, la cual ascendía a \$129.629.845.726³⁶."

El cargo atinente a la diferenciación entre los costos, gastos e inversiones de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y algunas erogaciones del Epecista, CONSOL, guarda equivalencia con lo sostenido en el recurso extraordinario de anulación contra el laudo del 6 de agosto de 2019 frente a la causal *"haberse fallado en conciencia o equidad"* y en particular los gastos derivados del contrato de transacción, a saber:

"La inconsistencia del laudo es manifiesta, en criterio del recurrente, ya que sería insólito pensar que la decisión del Tribunal estuvo genuinamente motivada en unas pruebas que el propio Tribunal calificó de deficientes, inútiles y poco confiables, de lo que concluye que el Tribunal no motivó su decisión en las pruebas, sino que apenas dijo hacerlo para darle a su decisión en conciencia una apariencia de legalidad.

Davivienda observó que el Tribunal tuvo como sustento probatorio de las diferentes variables para determinar el monto de las restituciones, en síntesis, los siguientes:

- *CAPEX: Dictamen D&P, BDO, FTI, juramento estimatorio, contrato de transacción suscrito entre Consol y CRS.*

Sobre este particular indicó que el Tribunal había adoptado el valor del CAPEX estimado por D&P y le descontó una suma que correspondía a las obras que no debían reconocerse, porque en concepto del Tribunal no eran atribuibles al contratista.

Adicionalmente, el Tribunal determinó el porcentaje de descuento del CAPEX señalado en los dictámenes de BDO y FTI que correspondía a obras no atribuibles al contratista. El valor de las obras se tomó de las reclamaciones contenidas en la demanda de la CRS (juramento estimatorio) y de unas obras adicionales que iban a ser objeto de una controversia futura (contrato de transacción entre CRS. y Consol).

Determinó que el 18,43% del CAPEX correspondía a obras adicionales sobre las que versaban las demandas y el contrato de transacción. Así redujo el CAPEX del sitamente de D&P en ese porcentaje y tomó el valor reducido como el CAPEX a reconocer.

³⁶ Ídem, página 100.

- *OPEX: Dictamen de BDO, pues la información del dictamen de D&P no le generó convicción al Tribunal.*³⁷

La vulneración del derecho fundamental a la honra por defecto fáctico fundada en la falta de pruebas y el convencimiento personal de los árbitros, que según el escrito de tutela cuestiona la conducta de Episol, es una apreciación semejante a la alegación que en el recurso extraordinario de anulación contra el plurimencionado laudo, pues básicamente se respaldó con la siguiente premisa:

“Que el Tribunal omitió identificar cuáles eran las supuestas pruebas “...para sostener que los recursos de la concesionaria atendieron a los más variados fines y no únicamente los que comporta la satisfacción del interés público...”, lo que sirvió de sustento para justificar los descuentos que realizó y el desconocimiento de los derechos de los socios de “buena fe” de CRS a percibir el retorno de su inversión, así como los demás terceros de buena fe, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

- *Que el Tribunal manifestó que no podía aceptar una fórmula que en la práctica cohonestara con que la ANI pagara por la corrupción de Odebrecht y los sobrecostos de la concesionaria y de Consol, lo que comporta una opinión personal y un cuestionamiento íntimo del Tribunal en contra de un contrista del Estado y que lo llevó a no aplicar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Afirmó, en consecuencia, que por castigar la corrupción, el Tribunal había lesionado intereses legítimos de terceros de buena fe exenta de culpa que no incurrieron en conducta reprochable alguna que los ubicara en el único supuesto legal que pudiera habilitar al juez del contrato para privarlo del retorno de la inversión realizada.*

- *Para el recurrente, el Tribunal “saca de la manga” lo que entiende por remuneración del concesionario, representada, según el criterio adoptado en el laudo, en la utilidad contable no repartida de CRS, la cual fue descontada por el Tribunal sin que existiera en el proceso prueba alguna que demostrara que CRS hubiera obtenido un pago efectivo por concepto de utilidad que hubiera podido ser descontado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, olvidando que el concepto de remuneración del concesionario fue objeto de pacto expreso en el contrato de concesión y que, por lo mismo, dado su valor probatorio, no podía ser ignorado*³⁸.

Las causales tituladas el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución, reiteran la motivación que estructuró los defectos material o

³⁷ Memorial que descorre los Recursos Extraordinarios de Anulación contra el Laudo (trámites 4190 y 4209 acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, páginas 76-77.

³⁸ Memorial que descorre los Recursos Extraordinarios de Anulación contra el Laudo (trámites 4190 y 4209 acumulados) de 6 de agosto de 2019, de la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa de Bogotá, páginas 71-72.

sustantivo y fáctico de la tutela invocada por EPISOL S.A.S., por tanto en relación con estos defectos también es predicable su identidad con el objeto y la finalidad perseguida con los 9 recursos extraordinarios de anulación interpuestos frente el laudo del Tribunal Arbitral que dirimió el conflicto contractual existente entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, que se insiste se hallan pendiente de la sentencia que corresponde emitir al Consejo de Estado, bajo el expediente radicado con el N°11001032600020190016800, Magistrada Ponente: MARÍA ADRIANA MARIN.

La sentencia de 27 de febrero de 2020 objeto de la impugnación propuesta por la Sociedad accionante, evidencia la exactitud de los supuestos fácticos y jurídicos que con antelación se expuso, excepto en lo concerniente con el derecho al buen nombre, como se muestra en el siguiente acápite, por ello declaró la improcedencia de la tutela incoada por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, sin que sea cierta la carencia de análisis y argumentación que alude la tutelante.

b) Análisis y argumentación del fallo impugnado de 27 de febrero de 2020

A través de esta providencia se resolvió el amparo constitucional presentado por la Sociedad Estudios y Proyectos del Sol, EPISOL S.A.S. (radicado N° 1100103150002019-05083-00); el Banco de Occidente S.A. (radicado N° 11000103150002019-05247-00); el Banco de Colombia S.A., Bancolombia S.A. (radicado N° 11000103150002019-05253-00); Banco Davivienda S.A. (radicado N° 11000103150002019-05341-00) y; los Bancos de Bogotá S.A., Popular S.A. y A.V. Villas S.A. (radicado N° 11001031500020200021100), entidades que ejercieron la acción de tutela por hallarse en desacuerdo con el laudo y la aclaración que emitió la autoridad accionada, con el propósito común de obtener la modificación de los efectos económicos que determinó el Tribunal de Arbitramento, al declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico 01 de 2010.

La sentencia impugnada con base en el análisis y la valoración del material probatorio militante en el expediente, precisa que la Sociedad tutelante invocó como causales del recurso extraordinario de anulación propuesto contra las decisiones arbitrales, las previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: *i) la 2ª, esto es, caducidad de la acción, la falta de jurisdicción y de competencia; ii) la 7ª, relativa a “haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo”; y iii) la 8ª consistente en “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.”*

El paralelo entre los defectos de la solicitud de tutela y las causales del recurso extraordinario de anulación que se formulan contra las providencias judiciales enjuiciadas, lo ilustra con la siguiente gráfica:

Cargos de la tutela	Causales del recurso extraordinario de anulación
<p>i) Defecto material o sustantivo, por indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de las restituciones mutuas, cuando el contrato estatal es declarado nulo, así como no haberse tenido en cuenta la interpretación y alcance que a esta norma se le dio en la exequibilidad condicionada decretada en la sentencia C-207 de 2019, dictada por la Corte Constitucional.</p>	<p>i) Como sustento de la causal 2º del artículo 41 de la ley arbitral, la sociedad precisó que el Tribunal aplicó en forma errónea el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019.</p> <p>Al respecto, argumentó que el precepto en cita: <i>“fue flagrantemente desconocido por el Tribunal Arbitral, desbordando con ello su competencia, toda vez que las cifras que dieron lugar a reconocimientos debían ser validadas por la interventoría o por un tercero experto, y no por el Tribunal Arbitral como en últimas ocurrió.”</i></p> <p>Hizo énfasis en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, sobre los derechos de los acreedores de buena fe.</p>
<p>ii) Defecto fáctico, este defecto lo sustentó la sociedad con los mismos argumentos expuestos con ocasión del defecto sustantivo, y así lo señaló expresamente en el libelo introductorio. Ello, al considerar que el panel se apartó de los valores certificados por el tercero experto Duff & Phelps <i>“por resultar ello violatorio de la ley, y el sustento de la causal también se puede predicar del defecto fáctico.”</i></p> <p>En punto de este defecto, la parte actora señaló cada uno de los rubros en los que –a su juicio- el Tribunal se apartó de las conclusiones contenidas</p>	<p>La sociedad actora al desarrollar el mismo cargo de falta de competencia del Tribunal, alegó que <i>“La limitación legal, en criterio de este recurrente, priva al panel arbitral de la necesidad de modificar las cifras que fueron validadas por el tercero experto, que según lo expuesto en la Laudo Arbitral, era la firma Forest Partners, Estrada y Asociados S.L. a Duff & Phelps (“D & F”), designada de oficio por los jueces de esta causa.”</i></p> <p>Las cifras que en sentir de la sociedad recurrente fueron determinadas en el Laudo Arbitral sin tener en cuenta la</p>

<p>en el dictamen pericial, que fueron reseñados en el acápite de sustento de la vulneración.</p>	<p>prueba pericial, corresponden exactamente a los mismos conceptos que se determinaron en la acción de tutela.</p> <p>Consideró que, en este punto, debía tenerse en cuenta que la experticia, en el contexto de la norma cuya interpretación consideró errónea, no constituye un mero dictamen pericial, sino que se trata de una prueba determinante para la decisión sustancial que habría de adoptarse.</p> <p>Señaló que era de aquellas <i>“que en su valoración están sujetas a tarifa legal”</i>.</p> <p>Se refirió a las mismas cifras que en sede de tutela consideró que fueron determinadas por la convicción subjetiva de los árbitros.</p> <p>Al invocar la causal 7ª de anulación, argumentó que la misma se fundamenta igualmente en el hecho de que el fallo no considere las pruebas allegadas a la actuación.</p> <p>Con respecto a la última causal invocada consideró que el Tribunal incurrió en errores aritméticos en cuanto a la determinación de algunas de las cifras que correspondían las restituciones o reconocimientos que se debían realizar.</p>
<p><i>iii)</i> Defecto fáctico, por afirmar que la sociedad actuó con negligencia en la ejecución del proyecto, sin que al interior del proceso existieran pruebas que soportaran esta aseveración, con lo cual afectó el derecho al buen nombre “good will” de la sociedad actora, sin</p>	<p>Esta alegación no se incluyó en ninguna de las causales de anulación invocadas.</p>

que las afirmaciones realizadas fueran necesarias para las determinaciones que se debían adoptar en el fallo	
iv) Violación directa de la Constitución, cargo que igualmente sustentó en la indebida interpretación y aplicación del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, con el alcance que le dio la Corte Constitucional, en garantía de los acreedores de buena fe.	Al corresponder a los mismos argumentos planteados con ocasión de los defectos fáctico y sustantivo, la alegación quedó involucrada en las causales de anulación, según se expuso en precedencia.
v) Desconocimiento del precedente, defecto en relación con el cual solicitó que se tuvieran en cuenta las alegaciones expuestas con ocasión de la sustentación de los defectos fáctico y sustantivo, por coincidir con ello.	Al corresponder a los mismos argumentos planteados con ocasión de los defectos fáctico y sustantivo, la alegación quedó involucrada en las causales de anulación, según se expuso en precedencia.

Acorde con este ejercicio comparativo y de manera integral con el examen que en forma similar cumplió la decisión de primera instancia en relación con el instrumento de anulación que cada uno de los tutelantes planteó ante el Tribunal de Arbitramento y el pedimento constitucional, que se reitera, atacan el laudo de 6 de agosto de 2019 y su aclaración con idéntica argumentación, la Sala que profiere la sentencia de tutela impugnada afirma frente a la demanda de Episol que “...todos los defectos alegados, con **excepción** del fáctico invocado en relación directa con el derecho al **buen nombre “good will”**, fueron igualmente expuestos 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, el que únicamente se abordará para estudiar el derecho que no fue objeto del recurso de anulación.”³⁹

El examen que efectúa la decisión de primera instancia y que sustancialmente coincide con el estudio que en líneas precedentes se planteó por esta agencia del Ministerio Público, excepto en lo atinente al derecho al buen nombre y, que igualmente aluden las autoridades accionadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Agencia Nacional de Infraestructura, **incluso así lo reconoce la apoderada impugnante**, evidencia la identidad argumentativa entre los recursos judiciales formulados tanto por vía constitucional como en el medio de defensa legal aún sin decidir, lo que constituye para este caso y en estas circunstancias causal de improcedencia de la tutela porque este mecanismo de amparo pretende reemplazar y dejar sin competencia al juez encargado de resolver los recursos extraordinarios de anulación.

2. Desconocimiento del principio de no contradicción

³⁹ Página 65 del fallo de 27 de febrero de 2020

La identidad del razonamiento que utiliza la Sociedad recurrente para incoar actuaciones judiciales diferentes desconoce el principio de no contradicción, dado que acudió al mismo argumento y a su negación, puesto que formuló el recurso extraordinario de anulación con fundamento en la regulación contenida en la Ley 1563 de 2012 para que los acogiera el juez competente del recurso extraordinario de anulación porque sería ilógico considerar que fuera otro el propósito, **valiéndose de premisas fácticas y jurídicas que después niega** al incoar la acción de tutela, al asegurar que el otro medio de defensa judicial no es idóneo porque no sería procedente su estudio y resolución por parte de la autoridad que legalmente tiene atribuida esta función, planteamiento que en criterio de la tutelante le permitía acreditar el requisito de subsidiariedad y en definitiva, le llevaría a obtener el mismo objetivo que persigue con el amparo constitucional.

Emplear un argumento y luego su negación en la impugnación de la misma decisión judicial –laudo de agosto 6 de 2019-, contraría el principio de la lógica y la filosofía de no contradicción, en cuanto nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; el análisis que la Sociedad impugnante propone sobre el mecanismo excepcional de anulación interpuesto en contra del laudo y su aclaración, enjuiciados por vía de tutela, son del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cumplimiento de la competencia que le fue atribuida para dirimir las controversias que surgieron de la citada providencia, concretamente la inconformidad derivada de los efectos económicos de la anulación del negocio jurídico 01 de 2010.

El punto del desacuerdo refuerza la coincidencia en la estructuración del razonamiento que soportó el mecanismo extraordinario de revisión y la tutela incoada respecto del laudo del 6 de agosto de 2019 y su aclaración, así lo constató la prueba incorporada a este plenario, como lo sostuvo la sentencia de tutela de 27 de febrero de 2020 y se reitera, también lo indicaron las intervenciones de los tres miembros del Tribunal de Arbitramento accionado, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Procuraduría 55 Judicial II Administrativa, incluso la recurrente no señala ningún reparo a esta similitud ni esboza motivos que conduzcan a otra inferencia sobre este punto en particular.

A pesar de no confrontar la identidad en la fundamentación que en líneas precedentes se indicó, EPISOL arguye en la impugnación, que sus derechos fundamentales no serían respetados ante las limitaciones previstas para las causales en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y como quiera, que el juez que las conoce, en ningún caso, podrá pronunciarse sobre el fondo de la decisión, conforme lo estipula el artículo 42 *ibídem*, lo que constituye un contrasentido con lo expuesto por la tutelante al interponer el recurso extraordinario de anulación y a su vez revela el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

3. Inconformidad de la parte accionante recae sobre derechos patrimoniales

La columna vertebral del ataque que se enfila al laudo enjuiciado, lo constituye el desacuerdo con las cifras de los efectos económicos de la nulidad del contrato de concesión N° 01 de 2010, en cuanto la parte accionante asegura que los valores

que determina el Tribunal de Arbitramento no cumplen con el aval de la interventoría o de un tercero experto, desconocieron la prueba pericial que de oficio decretó el Tribunal de Arbitramento, las reglas probatorias del análisis conjunto y a la luz de la sana crítica y las que se predicen de la contabilidad.

En concreto la insatisfacción de la parte accionante recae en los siguientes conceptos y valores:

a) Valoración del CAPEX

Por el descuento de \$760.559.431.183 a la suma de \$4.126.550.556.447, que finalmente arroja un total de CAPEX de \$3.365.995.125.264, puesto que estima la parte accionante, la metodología que utiliza la autoridad arbitral para efectuarlo carece del aval de un tercero experto, dado que esta disminución no la realiza el dictamen de Duff & Phelps ni los demás peritajes obrantes en el expediente y la justificación que alude el Tribunal para reducir este concepto no tiene validez probatoria.

La falta validez probatoria la predica de las afirmaciones del panel Arbitral en lo relativo a que i) el contrato EPC no corresponde a precios del mercado porque el traslado de recursos de la Concesionaria al Epecista no solo estuvieron asociados a la atención de obras, sino al reparto de excedentes de liquidez a favor de los beneficiarios efectivos de la Concesionaria, al pago de sobornos, y presuntamente al pago o financiación de campañas políticas, entre otros, que con la declaración de EDUARDO ZAMBRANO ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal no podía asegurar que se acreditó desestimando las pruebas que militan en el plenario; ii) la materialización de eventos eximentes de responsabilidad por \$829.061991.525 como sobrecostos del Epecista, que la ANI no debe reconocer, teniendo en cuenta el acuerdo de transacción de 10 de julio de 2015, suscrito entre la Concesionaria y CONSOL y; iii) la participación en sobrecostos del 18.43%⁴⁰ sin motivación del cálculo del descuento que aplicó con este porcentaje para establecer el valor del CAPEX a reconocer.

b) Valoración del OPEX

Por la deducción de \$109.214.087 que tomó del anexo 5 del dictamen de BDO y que descontó del OPEX calculado por Duff & Phelps en la suma de \$957.559.187.506 y que finalmente le generó un total de OPEX de \$848.345.100.183, pues la parte demandante considera que la autoridad judicial no valoró integralmente el peritaje de BDO acorde con las reglas de la sana crítica y en conjunto con los demás documentos contractuales, como el contrato EPC y sus soportes, el cual en su alcance no incluye los costos de operación, lo que configuró un defecto fáctico, dado que con esta valoración el laudo dispuso la exclusión de montos que correspondían a contratos aparentemente al margen de la ley y ejecutados por el Epecista.

c) Valoración de intereses

⁴⁰ Páginas 58 y 59.

Por la disminución de \$162.228.404.906 al total de gastos financieros que ascendía a la suma de \$1.006.109.201.138, según dictamen de Duff & Phelps, equivalente al 16.12%⁴¹ que sin explicación aplicó por tratarse de inversiones no admisibles del total de capex, el opex y predios, que llevó al Tribunal de Arbitramento a fijar el valor de los intereses en \$843.880.796.232.

El defecto fáctico en esta operación se apoya en que el panel arbitral utilizó apreciaciones subjetivas porque no acreditó *“i) Que el monto imputable a intereses no corresponde al componente de “gastos” a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, componente que debe ser reconocido en la fórmula de liquidación, pues se empleó para satisfacer el interés público y ii) cuales fueron esos supuestos fines distintos que no estaban destinados a satisfacer el interés general para los que supuestamente se utilizó parte de los recursos derivados de créditos bancarios.”*⁴².

d) Remuneración del contratista

Al descontar \$567.984.102.076 porque el Tribunal accionado consideró razonable que la remuneración es la utilidad no repartida que reposa en la contabilidad de la Concesionaria, situación que erige la accionante en defecto fáctico y sustantivo, en cuanto ignora el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y el pacto de las partes contenido en la sección 13.01 del contrato de concesión sobre el concepto *“remuneración del Concesionario”*; la valoración de los estados financieros fue indebida en lo atinente a las utilidades que señaló en el año 2014, con una cifra que la parte actora, manifiesta se desconoce su procedencia y que debía obedecer al monto que registraron los estados financieros bajo normas internacionales de la Concesionaria; las filas de los años 2016 y 2017 no representan las utilidades sino el patrimonio líquido de la Sociedad Convocante del proceso arbitral debido a que los estados financieros se elaboraron con un negocio en liquidación y, contablemente las utilidades no reflejaban una remuneración efectiva porque no fueron repartidas como dividendos a sus accionistas.

Esgrime que los reparos de contaminación a la contabilidad de la Concesionaria, expuestos en el laudo, carecen de justificación, por ello no permitió a las partes defenderse de este argumento y por el contrario, desconoció la condición de plena prueba que le otorga el artículo 264 del C.G.P. y el principio de indivisibilidad, para en su lugar el Tribunal Arbitral elegir, tenerle en cuenta al establecer el valor de la reducción por remuneración del Contratista y, por el contrario rechazarla en la validación de los montos que realizó Duff & Phelps respecto del CAPEX y el OPEX..

e) Pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria

⁴¹ Porcentaje que surgió de la cuantía de las inversiones no admisibles al total de las que se calcularon por capex, opex y predios.

⁴² Página 63 de la demanda de tutela.

Al tomar la cifra de \$4.519.653.103.843, que reexpresada a marzo de 2019 arrojó el valor de \$4.591.866.816.581⁴³, con fundamento en el informe rendido por una de las partes, la ANI y no con el dictamen del experto Duff & Phelps, además alude la solicitud de tutela, con un error manifiesto del Panel Arbitral en el concepto “Pago a terceros de buena fe y rendimientos trasladados” porque de los montos trasladados a la subcuenta reversión a partir de marzo de 2017, a título de rendimientos financieros, existía un saldo por \$84.557.000.000, que no fue considerado; tampoco excluyó los valores de los otrosíes 5 y 6 al contrato de interventoría, que correspondían a la asesoría brindada a la entidad pública, por un valor de \$1.034.000.000.

f) Por deslindar o independizar de los costos, gastos e inversiones de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., algunas erogaciones del Epecista, CONSOL

La libelista considera que se contrarió abiertamente el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, cuando se asume que la ANI únicamente debe lo efectivamente facturado por el Contratista EPC a la Concesionaria, debido a que el Panel Arbitral impone una limitación ajena al contrato de concesión, a lo estipulado en el pliego de condiciones⁴⁴ y en el contrato 01 de 2010, sin considerar que el contrato EPC es el vehículo dispuesto por las partes para ejecutar el contrato, es decir, un costo esencial de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sin que resulte válido considerar al Epecista como independiente a la Concesionaria, con el fin de atribuirle costos, gastos e inversiones diversos del proyecto en concesión, concretamente los que derivó del contrato de transacción suscrito entre éstas el 10 de julio de 2015 y de apartes del testimonio de IVÁN PINTO, que en algunos de sus apartes se cita literalmente, prueba que fue objeto de una valoración indebida.

En definitiva lo que puede observarse del debate que se aborda en este asunto, es que los derechos que realmente están involucrados son de naturaleza patrimonial; por tanto, no tiene relevancia constitucional ni guardan relación directa con la protección de derechos fundamentales y en consecuencia, excluyen la viabilidad de la tutela, como lo sostuvo el máximo tribunal constitucional en un caso similar al advertir “(...) que la pretensión de la accionante tiene un claro contenido prestacional, al punto que solicita subsidiariamente, -en caso de no acceder a la revocatoria del laudo arbitral, que se reduzca una suma considerable de la condena impuesta a través del laudo atacado. En este aspecto, la Sala Plena señaló que, aunque no existe una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, existe una categórica distinción entre los derechos fundamentales y los **derechos de contenido patrimonial**. [122] Los primeros se caracterizan, entre otras cosas, por no ser negociables, mientras que los segundos establecen “relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder”. Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un claro contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia constitucional (Sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), hace propicio reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino

⁴³ Página 680 del laudo arbitral.

⁴⁴ Capítulo V de la minuta del contrato, sección 5.01.

*en proteger a quien, después de someterse a un proceso jurisdiccional, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales por un tribunal de arbitramento. (...)*⁴⁵

4. Pretensiones de rango legal y naturaleza contractual

El contenido pecuniario como eje central de la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al buen nombre, se acompasa con las pretensiones de la Sociedad accionante que persiguen un resultado patrimonial, como se observa de su contenido, a saber:

“SEGUNDA. Como consecuencia de la petición anterior, se sirva proferir una SENTENCIA SUSTITUTIVA en la cual se liquide y/o fijen los efectos económicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que si no se accede a la petición anterior, y en aras de que no se vulnere el derecho al acceso a la administración de justicia, el Juez Constitucional PRESERVE a las Partes el derecho de acción para iniciar un nuevo Tribunal de Arbitramento en el que se solicite la liquidación y/o fijen los efectos económicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.”(...)

Así mismo lo que vislumbran estas solicitudes es una discusión de rango legal y de naturaleza contractual, respecto de la aplicación e interpretación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y el pronunciamiento que sobre este preceptiva efectuó la sentencia C-207 de 2019, contexto legal y contractual propio del juez de las controversias contractuales no del ámbito constitucional.

La aplicación indebida o no del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 en consonancia de la sentencia C-207 de 2019, derivada de la falta de validación de las cifras del Panel Arbitral por un tercero experto, al desconocer el peritaje de Duff & Phelps, la recuperación de la inversión realizada en el proyecto por parte de EPISOL S.A.S. y el pago de obligaciones a terceros adquirida por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no compete al juez constitucional sino a la autoridad judicial que tiene asignado el conocimiento y la decisión de los 9 recursos extraordinarios de anulación radicados en contra de las providencias judiciales objeto de la presente tutela.

Por las características de la jurisdicción arbitral una intromisión ajena a la protección directa de derechos fundamentales es inadmisibles, como lo afirmó la Corte Constitucional al expresar:

*“con el fin de que en todo momento se respete la voluntad de las partes, quienes han pactado que su controversia sea resuelta por la justicia arbitral, **con mayor***

⁴⁵ Sentencia SU-033 de 2018.

razón la procedibilidad frente al procedimiento de tutela se hace más restringido todavía, en consideración a que “cualquier intervención de una jurisdicción exógena resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral”.⁴⁶ (...) **negrilla fuera de texto**

“(…) En materia de laudos arbitrales el presupuesto de relevancia constitucional exige una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que las vulneraciones ius fundamentales, cuyo amparo sea una necesaria protección contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, ajeno por entero al espectro de la razonable interpretación autónoma e independiente del juez. Se trata de argumentos tendientes a demostrar el **quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, como en este caso, que recaigan sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral.**” **Negrilla fuera de texto.**⁴⁷”

V. CONCLUSIÓN Y SOLICITUD DE LA PROCURADURÍA 55 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

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, SU-656-2017 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**

⁴⁶ Fallo de tutela de 27 de febrero 2020- folio 63

⁴⁷ SU 033 de 2018.

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 de un laudo arbitral.

Como no se satisfacen los requisitos de relevancia constitucional y el debido agotamiento del requisito de subsidiariedad de procedencia de tutela contra el laudo de 6 de agosto 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., - Episol S.A.S., en criterio de esta Procuraduría quedó sin asidero jurídico, por ello respetuosamente se sugiere confirmar la sentencia recurrida de 27 de febrero de 2020.


FANNY CONTRERAS ESPINOSA

Procuradora 55 Judicial II en Asuntos Administrativos.