

SU033-18

Sentencia SU033/18

Referencia: Expediente T-4.273.880

Acción de Tutela instaurada por Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos en primera instancia por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 1º de noviembre de 2012 y, en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de diciembre de 2013, dentro de la acción de tutela instaurada por la Sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. contra el Laudo Arbitral del 5 de julio de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Por Auto de fecha 31 de marzo de 2014, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, seleccionó para efectos de revisión la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 54 A[1] del Acuerdo 05 de 1992, en sesión del 8 de septiembre 2015, por la trascendencia del tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir la competencia para revisar las sentencias de tutela

proferidas por la Sección Cuarta y Quinta del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Debido a que los hechos objeto de análisis se desarrollan en un periodo de veinte años, para una mejor comprensión, la Sala Plena adoptará como metodología dividirlos en cuatro escenarios procesales, intentando preservar su orden cronológico de ocurrencia. Así, se referirá en primer término el Contrato 94.016, seguidamente la acción de tutela formulada, luego las sentencias objeto de revisión y, por último, las pruebas obrantes en el expediente:

1.1. Del contrato 94.016

1.1.1. El día 10 de noviembre de 1992, la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (en adelante EBSA), autorizó a su Gerente para adelantar la Convocatoria Pública Internacional – Decreto 700 de 1992[2] -, con el objeto de recibir propuestas para la construcción, operación y mantenimiento de la Unidad IV de la Central Termoeléctrica de Paipa (en adelante Termopaipa IV o planta Paipa IV), así como para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia de dicha central, por un término de veinte años.

De acuerdo con las cláusulas de la Convocatoria Pública Internacional, el precio que recibiría el contratista estaría constituido por dos componentes: (i) el precio por potencia disponible, caracterizado por ser “fijo y firme y por lo tanto no reajutable para cada uno de los años durante todo el periodo del contrato”[3]; y (ii) el precio por la energía suministrada, el cual podría ser reajustado conforme a los precios del carbón[4].

En cuanto al precio por potencia disponible, la Convocatoria señalaba que los precios “deberán cubrir todos los costos directos e indirectos de la inversión, gastos financieros, impuestos, aranceles, intereses, repuestos, gastos de personal, imprevistos, utilidad, seguros y cualquier otro costo en el que se pueda incurrir, incluyendo los gastos de operación y mantenimiento”[5].

Con base en lo anterior, a través de la Resolución 1183 del 31 de diciembre de 1992 la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. EBSA, dio apertura a la licitación pública con la

finalidad de contratar el objeto anteriormente descrito.

1.1.2. Mediante Resolución 748 del 22 de octubre de 1993, EBSA adjudicó la Convocatoria Pública Internacional al Consorcio STEAG A.G –Consorcio Colombiano Industrial S.A, quien posteriormente constituyó la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. (en adelante CES), con el fin de desarrollar el objeto contractual licitado.

1.1.3. El 4 de marzo de 1994, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (en calidad de contratante) y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. (en calidad de contratista) suscribieron el Contrato N° 94.016, cuyo objeto era el suministro de energía y disponibilidad de potencia, en el cual se pactó la construcción, operación y mantenimiento de la planta Paipa IV[6].

En la cláusula primera (1ª) del contrato, se señalaron las definiciones y el significado de los términos aplicados para la interpretación del contenido contractual, de tal forma que, en lo que respecta al “precio fijo” se definió que por este se entiende “aquel que no varía durante el desarrollo del CONTRATO. Estos precios solamente se podrán reajustar mediante fórmula de reajustes incorporados al CONTRATO.”[7].Y, por “precio firme” se ha de entender “aquel que no varía y no es reajutable”[8]

De la misma forma, en la cláusula quince (15) contractual se estipuló respecto del precio de la tarifa de potencia disponible:

“(…) es firme para cada uno de los años de acuerdo, durante todo el periodo de los veinte (20) años de acuerdo del suministro de energía y potencia al contratante, y por lo tanto no reajutable.

Estos precios cubren todos los costos directos e indirectos de la inversión, gastos financieros, impuestos (con la única excepción del cuatro por ciento (4%) contemplado en el Art. 12 de la Ley 56 de 1981), IVA, aranceles, intereses, repuestos, gastos de personal, imprevistos, utilidad, seguros y cualquier otro costo en el que se pueda incurrir, incluyendo los gastos de operación y mantenimiento con la única excepción del costo del carbón.

El precio de la venta (...) de la energía suministrada mensualmente es un precio fijo, que representa únicamente el costo del carbón...”[9]

1.2. Modificaciones al Contrato 94.016

1.2.1. El 1º de febrero de 1996, las partes suscribieron el “OTROSÍ No. 8 AL CONTRATO 94-016”[10], en el cual modificaron la sección 15 (c) del contrato inicial, estipulando respecto del precio del contrato que:

“En el caso de que un evento de fuerza mayor cualquiera, incluyendo, sin limitarse a, cambios en la legislación o en los reglamentos que resulte: (1) en un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la planta por más de US\$50,000 en total, entonces (i) hasta el momento en que tales costos adicionales a lo largo de todo el contrato alcancen en conjunto una suma agregada de US\$5.000.000, EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA convienen en que habrá un ajuste equitativo al precio por potencia, con vigencia para el resto del plazo del contrato...”[11]

(...)

Para propósitos de este contrato, cambios en la legislación significará cualquier adopción de, cambio en, agregado a o corrección, luego del 22 de octubre de 1993 que es la fecha en que se otorgó el Proyecto de TERMOPAIPA al consorcio CCI/STEAG A.G, de (i) cualquier ley aplicable, o (ii) cualquier interpretación de cualquier ley aplicable por cualquier autoridad gubernamental.”[12]

1.2.2. En la misma fecha, se suscribió el “OTROSÍ No. 9 AL CONTRATO 94-016”[13], mediante el cual se modificó el literal “c” del artículo 15, así: “antes de que el CONTRATISTA incurra en cualquier costo adicional (...) habrá un ajuste equitativo a el precio por Potencia con vigencia para el resto del plazo del contrato”. En el mismo, se señaló que el Otrosí N° 8 del 1º de febrero de 1996 quedaba sin efecto[14].

1.2.3. Como consecuencia de lo anterior, el 9 de febrero de 1996 las partes suscribieron la Versión Integrada del Contrato 94.016, en el que fueron incluidas las modificaciones hechas, especialmente las relativas a la cláusula 15 acordadas el 1º de febrero de 1996 (a través de los Otrosí N° 8 y 9). De manera específica, al literal (a) se le adicionó lo siguiente:

“Este precio es firme para cada uno de los años de acuerdo, durante todo el periodo de los

veinte (20) años de acuerdo del suministro de energía y potencia al contratante, y por lo tanto no reajutable excepto en cuanto a lo contemplado en la sección 15 (c)”[15] (Subrayas y negrillas fuera de texto).

A la cláusula 15 se adicionó el literal “c”, por medio del cual se previó la posibilidad de reajustar el precio de potencia, por los cambios que surjan producto de un evento de fuerza mayor, tales como cambios en la legislación tributaria, reglamentos, entre otros, del que resulte un aumento en el costo de desarrollo del contrato por más de US\$50.000[16].

1.2.4. El 3 de noviembre de 2005, en desarrollo de la Ley 812 de 2003 y por recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES-, la EBSA cedió el Contrato N°. 94.016 a la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P (en adelante GENSA), junto con la garantía de la Financiera Energética Nacional -FEN- y la contragarantía de la Nación a la misma financiera[17].

1.3. Solución de las controversias surgidas con ocasión de la Versión Integrada del Contrato 94.016

1.3.1. En noviembre de 2008, la CES envió comunicación escrita a GENSA en la que solicitó la devolución de lo pagado por concepto de los impuestos creados con posterioridad a la adjudicación del contrato, sumas a las que consideraba tenía derecho, en aplicación del literal c) de la cláusula 15 de la Versión Integrada del Contrato. Dicho requerimiento no fue aceptado por GENSA[18].

1.3.2. El 2 de abril de 2009, la CES presentó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento y, consecuentemente, demanda arbitral[19] ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en la que solicitó condenar a EBSA y a GENSA a pagar a CES el valor total de las sumas que esta última canceló por concepto de tributos creados con posterioridad a la celebración del Contrato 94.016, monto debidamente indexado y con adición de los intereses moratorios, en concordancia con el literal c) de la cláusula 15 del contrato integrado.

1.3.3. El 5 de mayo de 2009 en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá se realizó la reunión de nombramiento de árbitros, diligencia a la que asistieron los representantes de las empresas vinculadas al trámite arbitral[20]. El 20 de

mayo de la misma anualidad, se declaró instalado el Tribunal Arbitral para dirimir en derecho las controversias surgidas en el desarrollo del Contrato 94.016[21].

1.3.4. Dentro de los términos procesales, la apoderada común de las sociedades EBSA y GENSA respondió la demanda arbitral, y formuló entre otras, la excepción de nulidad por objeto ilícito del literal c) de la cláusula 15 del contrato unificado, por “haberse modificado ilegalmente y sin contraprestación alguna para la entidad estatal de entonces la asignación de riesgos inicial del contrato contenida en los Pliegos de Condiciones, en la cual la entidad estatal EBSA no tenía a su cargo el riesgo derivado de los cambios en la legislación tributaria.”[22]

Adicionalmente, las entidades convocadas presentaron demanda de reconvención en la que plantearon distintas pretensiones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) declarar que en la ejecución del Contrato N°. 94-016 el gravamen a las transacciones financieras, la sobretasa al impuesto de renta, el impuesto al patrimonio, y a las contribuciones a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no constituyen un evento de fuerza mayor; (ii) declarar que CES bajo su propio riesgo, omitió celebrar un contrato de estabilidad en materia tributaria, previsto en la Ley 223 de 1995, con el fin de evitar que los cambios en la legislación tributaria aumentaran los costos del contrato, causando con ello sus propios daños; y (iii) declarar que durante la vigencia del Contrato 94-016 no se presentaron los supuestos establecidos en el literal c) de la cláusula 15 del contrato, de manera que no había lugar a un reajuste del precio por potencia a favor de CES[23].

1.3.5. En el curso del trámite arbitral, se decretó la práctica de dictámenes periciales, uno contable y otro sobre temas financieros y del mercado de energía. Para rendir el dictamen contable tributario solicitado, el Tribunal nombró a la perito Ana Matilde Cepeda Mancilla y para el dictamen de los temas financieros y del mercado de la energía se nombró al perito Ramiro de la Vega.

El dictamen pericial financiero concluyó que el riesgo de cambios en la legislación tributaria, estaba asignado desde un principio a la EBSA y, por tanto, correspondía a ésta asumir los costos de la carga tributaria, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones y las cláusulas contractuales pactadas. Dicho dictamen fue objetado por la apoderada común de GENSA y EBSA, por considerar que el perito incurrió en errores graves[24].

1.3.6. Conforme a las objeciones formuladas por las partes convocadas, el Tribunal nombró como perito financiero a Andrés Escobar, quien concluyó que el perito Ramiro de la Vega “incurrió en error grave al decir que el riesgo por el cambio de la legislación tributaria estaba inicialmente asignado al contratante”. En este sentido, la parte accionante recalcó que el perito manifestó “que conforme con los pliegos de condiciones y el contrato inicialmente suscrito, el riesgo por cambios en la legislación estaba a cargo del contratista, esto es, de CES.”[25]

1.3.7. Posteriormente, el Tribunal de Arbitramento mediante laudo del 5 de julio de 2012, condenó a GENSA y en subsidio a EBSA a pagar a título de indemnización de perjuicios la suma de \$73.831.339.047, más los intereses de mora a que hubiere lugar[26], por concepto de pago de tributos creados con posterioridad a la celebración del Contrato 94.016, con fundamento en los siguientes aspectos:

1.3.7.1. En primer término, tras analizar los errores endilgados al dictamen del perito financiero Ramiro de la Vega, el Tribunal de Arbitramento desestimó por “falta de fundamento las objeciones por error grave que respecto del peritazgo rendido por el experto Ramiro de la Vega, formuló la parte convocada...”[27]. A partir de lo anterior, el Tribunal encontró infundados los reparos encaminados a demostrar la existencia de error grave en las bases conceptuales, así como en las apreciaciones técnicas y financieras que sustentan las conclusiones del dictamen. Además, concluyó que los errores aritméticos en tanto evidentes y subsanables no incidieron de manera determinante en la prueba.

1.3.7.2. En segundo lugar, el laudo señaló que la excepción de nulidad por objeto ilícito, alegada por la apoderada común de la EBSA y GENSA, contenida en el literal c) de la cláusula 15 de la versión integrada del contrato, carecía de mérito, en razón a los siguiente: “...al considerar el alcance de lo convenido entre las partes no se advierte la modificación de las condiciones inicialmente contempladas en los términos de referencia en materia de riesgo por cambios de ley y régimen de tarifas.”[28]. Es decir, que la cláusula 15 c se ajustaba al esquema contractual y, por tanto, no se acreditó la modificación indebida de los términos de referencia del contrato.

Así mismo, el Tribunal Arbitral consideró que la cláusula reputada de ilegal surgió del acuerdo de voluntades de las partes y estuvo vigente por muchos años sin que EBSA ni

GENSA se hubieran opuesto a su contenido o hubiera iniciado las acciones pertinentes. De tal manera que solo hasta que fue exigida la obligación contenida en la cláusula 15 c se expresó su inconformidad, sin que existiera una explicación para argumentar que se trataba de una cláusula nula[29].

1.3.7.3. En tercer lugar, los árbitros determinaron que con posterioridad al 22 de octubre de 1993 (fecha de celebración del contrato) se crearon nuevos tributos y se incrementaron las tarifas de algunos ya existentes, así como aumentaron los aportes por concepto de pensiones, sumas que de acuerdo con las estipulaciones contractuales, estaban a cargo de la contratante (cláusula 15 c). Precisaron que de conformidad con el régimen jurídico especial que dio origen al contrato, y el modelo bajo el que se estructuró el proyecto -Alianza Público Privada-, en principio el contratista asumía las obligaciones laborales, tributarias y fiscales, pues estaban previstas en la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato, pero que al tenor de la modificación efectuada a través de la versión integrada del 9 de febrero de 1996, se estableció que los cambios que alteraran la conmutatividad del contrato, estarían a cargo del contratante (EBSA - GENSA), motivo por el cual la tarifa por potencia debía ser ajustada, para restablecer el equilibrio y garantizar al contratista la obtención de los ingresos suficientes para cumplir con las obligaciones propias del esquema financiero utilizado para la estructuración y ejecución del negocio.

En este sentido, el Tribunal analizó cada uno de los tributos en controversia, y concluyó que: (i) el gravamen a los movimientos financieros, (ii) la sobretasa al impuesto de renta, (iii) el impuesto para preservar la Seguridad Democrática o impuesto al patrimonio, (iv) la contribución a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y (v) el aumento en la tarifa del impuesto al valor agregado (IVA) dispuesto en la Ley 223 de 1995 y Ley 633 de 2000, dieron lugar a los ajustes convenidos por las partes en el literal c) de la Cláusula 15 de la Versión Integrada del Contrato, por lo que le asistía el derecho a la CES a que se reembolsaran las sumas correspondientes, con los respectivos intereses moratorios[30].

1.3.7.4. Por otra parte, el laudo declaró que los cambios en materia tributaria reportaron a la contratista beneficios[31], los cuales se plasmaron en un ahorro en el impuesto sobre la renta, por tener la posibilidad de tomar como un gasto o costo descontable los pagos de IVA y los aportes a pensiones, al igual que registrar

contablemente el IVA como mayor valor de los activos, recuperable por depreciación, y por tanto, deducible de ese impuesto. Sin embargo, la decisión determinó que para esos valores no operaba “reajuste valorista alguno”, en tanto no fue solicitado por la parte interesada ni fue acreditado con “datos fácticos indispensables para efectuarlo con meridiana precisión”[32].

1.3.8. El 11 de julio de 2012, la EBSA solicitó aclaración del laudo arbitral. En igual sentido, el día 12 de julio de 2012, la CES y GENSA solicitaron la aclaración y complementación de la decisión dentro de los términos de ley.

1.3.9. El 17 de julio de 2012, el Tribunal de Arbitramento profirió Laudo Complementario al dictado el 5 de julio de 2012. En este aclaró que no había lugar a descontar del valor a pagar los beneficios tributarios por ajustes de la inflación y los aranceles, en razón a que esas sumas no estaban revestidas de certeza y causalidad, por cuanto la prueba pericial contable no arrojó la suficiente evidencia para que se reconociera su valor en el Laudo. Por otra parte, adicionó la declaración de eventos por los que la planta no presentó operación y la obligación de la CES de pagar a las convocadas las penalizaciones por los eventos imputables por los que la Planta Paipa IV no entró en operación[33].

1.4. Recurso de anulación del laudo arbitral

1.4.1. Los días 19 y 24 de julio de 2012[34], las sociedades GENSA y EBSA interpusieron recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el 5 de julio de 2012, y complementado el 17 de iguales mes y año, ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.

GENSA solicitó la anulación del laudo alegando las causales previstas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es que: (i) el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo en conciencia y no en derecho, (ii) que la parte resolutive del laudo contenía errores aritméticos o disposiciones contradictorias y, que (iii) en el laudo no se decidieron cuestiones sujetas a arbitramento; de tal forma que se configuraron yerros que afectaron de forma definitiva la decisión proferida[35].

Por su parte, la EBSA alegó la procedencia del recurso por presentarse las causales contempladas en los numerales 2, 8 y 9 de la normativa anteriormente referenciada, es

decir, a juicio del recurrente: (i) el Tribunal no se constituyó en forma legal, (ii) el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión arbitral y, a su vez, (iii) no fueron decididas algunas cuestiones sujetas al arbitramento[36].

1.4.2. Dentro de las funciones de intervención asignadas al Ministerio Público, la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que concluyó que el laudo arbitral no está afectado por las causas alegadas en el recurso[37].

Dicho concepto se sustenta en los siguientes aspectos: (i) la instalación del Tribunal no es susceptible de estudio del recurso de anulación, dado que los recurrentes no formularon en la primera audiencia reparo en contra de la constitución del Tribunal, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1818 de 1998; (ii) no resulta posible sostener que el laudo se profirió en conciencia, pues los árbitros se fundaron en el contrato, en sus antecedentes, en las pruebas practicadas y controvertidas y en el ordenamiento jurídico vigente para proferir la decisión; (iii) la expresión “en subsidio” de que trata el numeral séptimo del fallo es consecuencia de la conclusión de la parte motiva en la que se anunció la procedencia de la condena de las dos convocadas; y, (iv) en cuanto a la aplicación del principio de congruencia para la condena en subsidio sobre los efectos de la cesión, el Tribunal se refirió ampliamente al tema, precisando que no se hicieron explícitas las razones de las recurrentes para la procedencia por esta vía. Por lo anterior, el agente del Ministerio Público consideró improcedente la anulación solicitada.

1.4.3. El 3 de mayo de 2013, durante el trámite surtido ante la Sección Quinta del Consejo de Estado como juez de segunda instancia de la presente acción de tutela, fue resuelto el recurso extraordinario de anulación por parte de la Sección Tercera, Subsección B, de la misma Corporación, proveído que: (i) declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por GENSA y EBSA, (ii) condenó en costas a la parte recurrente y (iii) fijó las agencias en derecho en favor de la parte convocante. En el fallo se resolvieron de forma negativa los cargos aducidos por los recurrentes, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación.

1.4.2.1. En primer término, en relación con el cargo por “falta de jurisdicción por indebida constitución del tribunal de arbitramento”, la Sección Tercera, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó que para la

procedencia de la causal segunda del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se requiere la alegación del error en la primera audiencia de trámite y, en cuanto no es cuestión litigiosa que los recurrentes en anulación no propusieron la falta de jurisdicción en la oportunidad procesal establecida, conforme lo admitieron en el recurso. Al respecto, se indica que “en la etapa de constitución del tribunal aceptó -EBSA- expresamente estar vinculada a la cláusula compromisoria pactada en el contrato sub iudice, mediante la cual se habilitó la jurisdicción de los árbitros...”. En tal sentido, consideró que no le asistía legitimación, ni razón para proponer el cargo en el recurso de anulación[38].

1.4.2.2. En segundo lugar, con respecto a que el laudo se dictó en conciencia y no en derecho, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que el cargo no estaba llamado a prosperar, toda vez que el tribunal de arbitramento para fallar: (i) analizó la competencia atribuida en la cláusula compromisoria; (ii) estudió la naturaleza, los antecedentes, y regímenes jurídico y financiero del contrato; (iii) valoró los dictámenes periciales allegados al proceso y, a partir de ello, (iv) concluyó con el análisis de las pretensiones y las excepciones, teniendo como fundamento el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Con base en lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que el desacuerdo con lo decidido por el tribunal de arbitramento no significaba que el laudo hubiese sido proferido en conciencia y no en derecho[39].

1.4.2.3. En tercer lugar, la Sección Tercera del Consejo de Estado analizó si el laudo estuvo fundado en decisiones contradictorias o errores aritméticos y determinó que el tribunal de arbitramento no incurrió en tal yerro y que por el contrario había reducido la condena en un valor de \$1.588.330.844, correspondiente a los beneficios tributarios recibidos por CES, por lo que carecía de fundamento este cargo.

1.4.2.4. Por lo que respecta al análisis del cargo relativo a que presuntamente en el laudo se decidieron cuestiones no sujetas a arbitramento, basado en que se condenó a las convocadas “en subsidio”, cuando las pretensiones de CES buscaban una condena solidaria a EBSA – GENSA, la Sección Tercera determinó que el cargo carecía de fundamento al considerar que con el recurso se atacan errores “in iudicando” que escapan de la órbita del juez extraordinario de anulación, pues éste se orientó a insistir en los efectos de la cesión

y la posición de la contratante -EBSA- en el Contrato 94.016 y la reserva formulada por la cedida -CES, cuestión que fue ampliamente estudiada por el juez arbitral[40].

1.4.2.5. En quinto y último lugar, la Sección Tercera analizó si en el laudo fueron decididas todas las cuestiones sujetas al arbitramento. Al respecto, señaló que el Código de Procedimiento Civil exige la confrontación de los hechos, las pretensiones y las excepciones en función de lo alegado por las partes y no sobre cuestiones que no pudieron ser decididas por el juez arbitral de oficio, pues con ello se vulneraría el derecho de defensa.

En este aspecto, GENSA arguyó que el tribunal arbitral no decidió la excepción formulada en la contestación de la demanda relativa a que el pago del gravamen a las transacciones por parte de CES, no implicaría una aplicación de la cláusula 15 (c) del contrato. Sobre este punto, la Sección Tercera se pronunció en el sentido que de la lectura integral del laudo se evidencia la labor de análisis del tema realizado por el Tribunal de Arbitramento y reprodujo apartes del laudo donde así se comprueba[41]. Con base en ello, no accedió a la pretensión.

2.1. Solicitud de la acción de tutela

Con base en los hechos anteriormente referenciados, el 12 de septiembre de 2012, la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- interpuso acción de tutela contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir las controversias surgidas entre Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P.- GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA, con ocasión del Contrato N° 94.016, cuyo objeto consiste en el suministro de energía y disponibilidad de potencia en el cual se pactó la construcción, operación y mantenimiento de la planta Paipa IV, solicitando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia[42].

Según la sociedad accionante el contenido del laudo arbitral configuró defectos de carácter sustantivo y fáctico: “La vulneración de los derechos fundamentales se llevó a cabo por parte del Tribunal Arbitral al haber incurrido en vía de hecho, al proferir el laudo arbitral del 5 de julio de 2012, lo que implicó una violación directa del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la justicia de mi poderdante.”[43]

2.1.1. Sustentó las pretensiones relacionadas con el defecto fáctico, por una parte, en que los árbitros valoraron defectuosamente el acervo probatorio obrante en el expediente por no haber tenido en cuenta el dictamen rendido por el perito Andrés Escobar que daba cuenta del error grave en que incurrió el perito Ramiro de la Vega en su dictamen pericial. Sobre dicha actuación, el perito Andrés Escobar señaló que el riesgo de cambios en la legislación tributaria, de conformidad con la versión original del contrato suscrito en 1994[44] estaba inicialmente a cargo del contratista (CES); el cual fue modificado mediante la versión integrada firmada en 1996 y en la que se alteró la asignación de riesgos inicialmente pactada[45]. En palabras de la sociedad accionante GENSA:

“Así las cosas, tal como puede verificarse de la simple lectura del laudo arbitral, el Tribunal no llevó a cabo análisis alguno sobre las conclusiones del perito Escobar en relación con la asignación de riesgos inicial, lo cual configura un defecto fáctico, como quiera que de haberse considerado las conclusiones del referido dictamen, otra hubiera sido la decisión del Tribunal. En efecto, de haberse valorado y considerado el dictamen pericial decretado (...) se habría concluido que en efecto, con la modificación de la cláusula 15 del contrato, 3 años después de su suscripción, hubo una alteración en la asignación inicial del riesgo tributario como se deriva del dictamen (...), ante lo cual el Tribunal tendría que haber declarado la nulidad por objeto ilícito del literal c) incluido en dicha cláusula, por violar éste el principio de intangibilidad del Pliego de Condiciones y por haberse vulnerado los derechos de quienes intervinieron en el proceso de selección, así como los principios de igualdad, transparencia, y selección objetiva del contratista[46].”

Por otra parte, sostiene la accionante GENSA que no se valoró el dictamen contable relativo a los beneficios obtenidos por la sociedad CES, como consecuencia de los cambios en la legislación tributaria, posteriores a la firma del contrato, que de haberse tenido en cuenta “el valor de la condena se hubiese reducido en \$7.703.140.114”[47].

Estima la accionante GENSA que el Tribunal no valoró integralmente el dictamen pericial contable en lo relativo al valor pagado por el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) de las transacciones ajenas a la operación de la Planta Paipa VI, “como quiera que de haberse tenido en cuenta (...) el resultado hubiere sido diferente, y la condena a pagar por parte de GENSA hubiese sido menor”[48].

2.1.2. En cuanto al defecto sustantivo, la accionante alega que se configuró al: (i) asimilar el pago de impuestos a hechos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil, relativo a la imprevisibilidad e irresistibilidad para el establecimiento de la fuerza mayor, y los pronunciamientos sobre esa materia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya que si el Tribunal “hubiese aplicado la norma correctamente, no habría considerado el cambio en la legislación tributaria como un hecho de fuerza mayor, por no ser este imprevisible e irresistible”[49]; (ii) el Tribunal de arbitramento consideró la nulidad por objeto ilícito como una nulidad saneable, bajo el argumento de que ninguna de las partes en el Contrato la invocó sino trece años después de la modificación del mismo y en el marco del proceso arbitral objeto de debate, desconociendo con ello lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y la jurisprudencia sobre esa materia, relativa a que es una imposibilidad sanear la nulidad por objeto ilícito[50].

2.2. Pretensiones

Con fundamento en los anteriores argumentos, la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- solicita[51] la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con el objetivo de: (i) dejar sin efectos el laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012 y, consecuentemente, (ii) se ordene a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. -CES- devolver a la Financiera Energética Nacional S.A. (FEN) el valor pagado con ocasión del laudo arbitral.

En subsidio, solicita dejar sin efectos el numeral séptimo del laudo arbitral y que en sede de instancia se descuenten los valores de: (a) eliminación de ajustes integrales por inflación, (b) beneficios arancelarios, y (c) descuentos por gravamen a los movimientos financieros que no correspondan a erogaciones relacionadas con las actividades de la Planta Paipa IV y, en consecuencia, se ordene a CES devolver a FEN la suma de \$7.703.140.114.00, más los intereses de mora e indexaciones a que haya lugar[52].

2.3. Admisión de la acción de tutela

2.4. Respuesta de las accionadas

La presente acción fue contestada por Carlos Esteban Jaramillo Schloss, María Cristina

Morales de Barrios y Germán Alonso Gómez Burgos en calidad de ex integrantes del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral objeto de la presente acción de tutela y el apoderado de la CES, conforme se pasa a sintetizar.

2.5. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, María Cristina Morales de Barrios y Germán Alonso Gómez Burgos en calidad de ex integrantes del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo del 5 de julio de 2012

Dentro del término legal correspondiente, los señores Carlos Esteban Jaramillo Schloss, María Cristina Morales de Barrios y Germán Alonso Gómez Burgos, quienes fungieron como árbitros, solicitaron declarar la improcedencia de la acción de tutela, en virtud de no cumplir con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales invocados, como lo es el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, el cual efectivamente fue interpuesto y se encontraba en trámite al momento de interponer la acción de tutela en la Sección Tercera del Consejo de Estado. En virtud de lo anterior, señalaron que se desconoce el componente residual de la acción, la cual no debe reemplazar los recursos ordinarios.

De otra parte, agregaron que el laudo arbitral bajo estudio no incurrió en los defectos que hacen procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, razón por la cual lo pretendido a través de la acción interpuesta por GENSA es reabrir el debate probatorio que de manera amplia tuvo lugar en el trámite arbitral[53]. Al respecto, manifestaron que el tribunal valoró en conjunto las pruebas del proceso y concluyó que:

“El riesgo por cambio de legislación tributaria fue asignado desde la génesis del contrato a la entidad pública contratante, de manera que la estipulación del literal c) de la cláusula 15 solamente tuvo como objeto aclarar y complementar el alcance de este preciso aspecto, definiendo convencionalmente que el mencionado riesgo regulatorio constituiría un evento de “fuerza mayor” para los efectos pertinentes previstos en el mismo contrato.”[54]

En lo concerniente a la valoración probatoria del dictamen efectuado por el perito Andrés Escobar, los exintegrantes del tribunal de arbitramento señalaron que la sociedad accionante quiere desconocer que esta “no era la única prueba atendible sobre el particular, pues adicional a ella existen diversos y variados medios de prueba totalmente conducentes, pertinentes y consecuentes que daban cuenta de que el riesgo regulatorio fue

asignado desde un principio del literal c) a la cláusula 15ª del contrato no podía considerarse como una ilícita alteración del esquema de riesgo común”[55], cuestión que afirman fue objeto de amplio debate en el laudo arbitral.

Así mismo, los intervinientes señalaron que al estudiar el mayor valor pagado por la CES a título de IVA y de aportes a pensión, se evidencia que si bien el contratista tenía lugar al reconocimiento de los mayores costos sufragados a raíz del incremento en la tarifa de ambos conceptos, “lo cierto es que debía tenerse en cuenta que ambos conceptos generaron indirectamente un beneficio a favor suyo al momento de pagar el impuesto a la renta y complementarios, que exigía realizar los descuentos pertinentes (...), por lo que, al momento de la condena, se disminuyeron proporcionalmente los beneficios que generaron los sobrecostos en la liquidación y pago del impuesto a la renta, esto es, se descontó la suma de \$1.588.330.884”[56].

En cuanto a los beneficios cuantificados por la perito contable relativos a: (i) la eliminación de los ajustes integrales por inflación y (ii) la reducción de la tarifa arancelaria por la declaración del Proyecto Paipa IV, los intervinientes señalaron que no fueron descontados en razón a que “al no existir una reclamación concreta por ninguna de las partes respecto a los mismos en el marco de la controversia planteada, mal habría hecho el Tribunal en realizar los descuentos que ahora se quieren alcanzar por el camino de la acción de tutela”[57], toda vez con ello se vulneraría el principio de congruencia y el derecho al debido proceso.

Con respecto al defecto fáctico alegado por la sociedad accionante relativo a los sobrecostos incurridos por el pago del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), los miembros del tribunal de arbitramento agregaron que no se incurrió en tal defecto, pues el fundamento para imponer la condena fueron los dictámenes periciales contable y financiero, en el que se excluyeron los conceptos alegados por la accionante y que constituían gastos ajenos al manejo y operación de la planta.

En lo atinente a la configuración del defecto sustantivo alegado por la parte actora, consistente en asimilar el pago de impuestos a hechos de fuerza mayor, los integrantes del Tribunal de Arbitramento manifestaron que la accionante pretende, a partir de una interpretación gramatical, que se declare un defecto en el laudo. En ese sentido, precisaron

que el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1732 del Código Civil y la Cláusula 15.c) del Contrato consideró que “era posible que las partes acordaran el esquema de riesgos que regularía la relación contractual, esquema que se convertiría en parámetro de obligatoria observancia por parte del tribunal de arbitramento al momento de decidir si se configuraba un hecho de fuerza mayor”[58], disposiciones que debían ser aplicadas conforme al principio “Contractus lex”.

Por último, en cuanto al defecto alegado con respecto a que el Tribunal de Arbitramento accionado consideró la nulidad por objeto ilícito como una nulidad saneable, los integrantes del tribunal de arbitramento afirmaron que este señalamiento no tiene cabida alguna en consideración a que “dicha nulidad (absoluta) nunca existió y, por tanto, nada había que declarar saneado”. En este aspecto, indicaron que el comportamiento asumido por los contratantes -hoy accionantes- era contrario a los “postulados de la buena fe y a la confianza legítima”[59], ya que solo trece años después aparecieron a controvertir la validez de la modificación hecha a la cláusula 15 del contrato.

2.6. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A., E.S.P. (CES)

Mediante escrito radicado en la Secretaría General del Consejo de Estado el 9 de octubre de 2012, Jorge Eduardo Chemas Jaramillo en condición de apoderado de la Compañía Eléctrica de Sochagota -CES- se opuso a las pretensiones de la acción de tutela por considerar que ésta resulta improcedente, y por no ser cierto que el Tribunal de Arbitramento incurriera en alguna vía de hecho al proferir el laudo arbitral atacado.

Señaló que la acción interpuesta por GENSA no cumple con los requisitos de subsidiariedad y excepcionalidad, toda vez que la sociedad accionante interpuso ante la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral y que a la fecha de interposición de la tutela no había sido resuelto[60]. Sobre este punto, planteó que las causales previstas para la procedencia de dicho recurso son suficientes para que la parte actora exponga las inconformidades con la decisión arbitral.

Sustenta la improcedencia de la acción en que los argumentos esgrimidos en el escrito de tutela son los mismos a los formulados en los alegatos de conclusión del trámite arbitral, lo que va en contravía de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, los

cuales limitan la posibilidad del juez contencioso y de tutela para pronunciarse sobre asuntos de fondo del laudo[61]. Así mismo, advirtió la inexistencia de un perjuicio irremediable, pues la accionante no demostró la configuración de los elementos que la jurisprudencia ha señalado deben verificarse para tal efecto[62].

En cuanto al defecto fáctico alegado por la supuesta falta de valoración probatoria del experticio rendido por el perito Andrés Escobar, el interviniente manifestó que no se configuró tal causal, en tanto el Tribunal no dejó de valorar “una prueba determinante para el caso, ni se excluyeron pruebas relevantes sin justificación alguna y menos aún la evaluación probatoria efectuada por el Tribunal puede considerarse por fuera de los cauces racionales, de modo que pueda predicarse que existió una vulneración del derecho al debido proceso de GENSA.”[63] Esto, por cuanto el Tribunal de Arbitramento sí valoró el dictamen pericial rendido por el señor Andrés Escobar, pero lo hizo en conjunto con las demás pruebas aportadas al proceso.

Con respecto a la variación de la asignación de riesgos inicialmente prevista en los términos de condiciones de la convocatoria, el Tribunal de Arbitramento sostuvo que se basó en el análisis integral del material probatorio que apuntaba a que no existió tal variación[64], en concordancia con las pruebas recaudadas y las estipulaciones contractuales.

Agregó que, no es cierto que el Tribunal de Arbitramento hubiese incurrido en el defecto fáctico alegado por presuntamente no valorar el dictamen contable relativo a los beneficios que obtuvo CES por los cambios en la legislación tributaria. Al respecto, sostuvo que los beneficios a los que alude la parte actora no fueron pedidos ante el Tribunal de Arbitramento en la demanda de reconvención, ni en la contestación de la demanda presentada por GENSA, razón por la cual, el Tribunal no podía acceder al reconocimiento de tales beneficios, pues de haberlo hecho, habría decidido sobre puntos que no fueron sometidos a su consideración[65].

En lo concerniente a los defectos sustantivos alegados por la sociedad accionante, señaló que no es cierto que el Tribunal hubiese “asimilado el pago de impuestos a hechos de fuerza mayor”, pues las partes en el OTROSÍ y en la versión integrada del contrato establecieron la definición de tal figura jurídica (Cláusula 15.c).

Finalmente, el apoderado de -CES- afirmó que no es cierto que el Tribunal de Arbitramento

hubiese dicho que la nulidad del contrato por objeto ilícito es saneable, por el contrario, “éste puso en evidencia la mala fe de GENSA y de EBSA en alegar la supuesta nulidad por objeto ilícito del literal c) de la cláusula décimo quinta del contrato 94.016 solo 13 años después de haberla suscrito, sin salvedad alguna coincidentemente con la demanda arbitral que tuvo que instaurar CES por el incumplimiento de lo pactado en dicha estipulación contractual”[66].

3. Sentencias de tutela objeto de revisión

3.1. Sentencia de Primera Instancia

El 1° de noviembre de 2012, la Sección Cuarta del Consejo de Estado emitió fallo de primera instancia y resolvió “denegar por improcedente” el amparo deprecado, con fundamento en que la acción de tutela formulada por GENSA no cumple el requisito de subsidiariedad. Para tal efecto, dicha autoridad judicial señaló que la acción de tutela no puede ejercerse simultáneamente como mecanismo principal y transitorio, y por cuanto los argumentos presentados en el escrito de amparo fueron los mismos planteados en la sustentación del recurso extraordinario de anulación, los cuales se enmarcan en las causales de procedencia previstas en el Decreto 1818 de 1998.

3.2. Impugnación de fallo de tutela

3.2.1. El 19 de abril de 2013, Marcela Monroy Torres en condición de apoderada de Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA-, impugnó la decisión de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, argumentando que “el despacho se limitó a mencionar la supuesta improcedencia de la tutela por razones meramente formales, desconociendo la prevalencia del derecho sustancial y la informalidad que rigen el trámite de la acción de tutela.”

En primer término, la impugnante argumentó que las pretensiones de la tutela como mecanismo principal o transitorio no son excluyentes, sino que buscan la protección de derechos fundamentales conculcados por el laudo arbitral. En palabras de la apoderada de GENSA:

“(…) incurre en una imprecisión jurídica el Despacho, como quiera que aun cuando la

acción de tutela se interponga bajo la modalidad principal o transitoria, no se trata de acciones o pretensiones diferentes o excluyentes entre sí, sino de la misma acción de tutela cuya única pretensión es la protección de derechos fundamentales, en este caso, el derecho al debido proceso.” [67]

Indicó que promovió la acción de tutela debido a la inexistencia de un criterio jurisprudencial unificado de procedencia de las acciones de tutela contra laudos arbitrales por parte de las Altas Cortes. Así mismo, señaló que tampoco es cierto que hubiese invocado la acción como mecanismo principal o transitorio y que a través de esta se proponga obtener un pronunciamiento de fondo con respecto al laudo, ya que en el texto de la tutela se evidencia que las pretensiones están encaminadas a que se compruebe la configuración de las vías de hecho violatorias del debido proceso en el laudo arbitral, aspecto que claramente corresponde al ámbito de competencia del juez constitucional[68].

En segundo lugar, cuestionó la argumentación esbozada por el juez de primera instancia, en relación con que los planteamientos en la tutela son idénticos a los propuestos en el recurso de anulación. Al respecto, precisó que las tesis no son las mismas, como quiera que el juez competente para resolver el recurso de anulación no puede pronunciarse sobre las vías de hecho (defectos sustantivos y fácticos) existentes en el laudo arbitral, facultad con la que sí cuenta el juez constitucional en el marco de la protección del derecho fundamental al debido proceso:

“(…) aun cuando algunas circunstancias de hecho alegadas por el accionante sean similares en ambos trámites, lo cierto es que el ámbito de pronunciamiento del juez constitucional no coincide con el del juez del recurso de anulación, pues es este último quien se limitará a estudiar las causales de anulación alegadas, escapando de su competencia cualquier pronunciamiento sobre la violación de los derechos fundamentales como el debido proceso por vías de hecho derivadas de defectos fácticos, sustantivos u orgánicos del laudo arbitral.” [69] (Subrayas originales)

En tercer lugar, respecto a la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela, la impugnante planteó el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales exigidos para tal efecto, a saber: la (i) inminencia, la (ii) urgencia, la (iii)

gravedad, y la (iv) necesidad de una medida impostergable, que en su criterio se configura producto de la ocurrencia de los defectos señalados (sustantivo y fáctico) en el laudo arbitral que condenó a GENSA al pago de la suma de \$73.831.339.047, “cifra de dinero que se triplicaría durante los siete años restantes del contrato 94.016, pues de lo decidido por el tribunal se deriva que la entidad estatal debe pagarle a CES todos los impuestos que se hayan creado después del 22 de octubre de 1993 hasta el año 2019, por haber sido considerados como hechos de fuerza mayor, y por no haberse tenido en cuenta las conclusiones del perito Andrés Escobar”[70].

Aunado a lo anterior, la apoderada de GENSA manifestó que también reviste gravedad que con el laudo arbitral se configura una vía de hecho tanto por defecto fáctico como sustantivo, al ordenarle a GENSA asumir todos los impuestos de su contratista, más cuando existe una prueba pericial que establece que el riesgo de cambios en la legislación en los pliegos de condiciones estaba asignado al contratista y no a la entidad estatal[71].

Con base en lo anterior, la accionante solicitó dejar sin efectos el laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012 y, en su lugar, se le ordene a CES devolver a la Financiera Energética Nacional el valor pagado con ocasión del laudo arbitral, más los respectivos intereses de mora y la indexación a que haya lugar, al haber incurrido el Tribunal de Arbitramento en vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo.

3.2.2. Como se mencionó en el punto 1.4.3. de los hechos de la presente providencia, el 3 de mayo de 2013 la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió el fallo que resolvió el recurso extraordinario de anulación interpuesto por GENSA contra el laudo arbitral objeto de la presente acción, es decir, esto ocurrió con posterioridad a que fuera proferida la sentencia de tutela de primera instancia y con anterioridad a que se decidiera la impugnación de la misma.

3.3. Sentencia de Segunda Instancia

El 11 de diciembre de 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó la providencia de primera instancia, para en su lugar declararla improcedente. Esta decisión se fundamentó en que la acción de tutela no cumplió el requisito de subsidiariedad, ya que la sociedad accionante interpuso el recurso extraordinario de anulación el día 19 de julio de 2012, esto es dos meses antes de la interposición de la solicitud de amparo[72].

Con base en lo anterior el juez de tutela de segunda instancia argumentó que: “(...) la tutela no procede contra laudos arbitrales cuando es posible agotar el recurso extraordinario de anulación, ni mucho menos cuando se presenta en forma simultánea sin que existan razones que justifiquen el amparo provisional”[73]. Además, señaló que el recurso extraordinario de anulación sí era el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar la supuesta vulneración al debido proceso, debido a que las causales de nulidad que prevé el ordenamiento jurídico son suficientes para que el accionante solicite la defensa de sus derechos fundamentales, presuntamente quebrantados con la actuación del Tribunal de Arbitramento.

La Sección Quinta del Consejo de Estado sostuvo que la tutela se empleó para sustituir al juez que debía resolver el recurso extraordinario de anulación, cuestión que hace improcedente la acción[74] cuando el recurso ante la jurisdicción contenciosa era el mecanismo idóneo y eficaz para decidir los yerros endilgados al laudo arbitral:

“En conclusión, el juez natural resolvió las cuestiones debatidas en la tutela, hecho que comprueba que, en este caso, el recurso extraordinario de anulación era el mecanismo idóneo y eficaz para resolver las controversias presentadas por GENSA y, por lo tanto, la tutela era improcedente como mecanismo definitivo.”[75] (Negritillas originales).

Agregó que estudiar de fondo el laudo arbitral, implicaría analizar la sentencia proferida por la Sección Tercera con lo cual se “quebrantaría el derecho al debido proceso de esa autoridad judicial, que no fue accionada en el proceso”[76] y que “si la sociedad tutelante considera que la decisión por la cual se resolvió el recurso extraordinario de anulación, vulneró sus derechos fundamentales, podrá presentar otra acción de tutela contra ésta[77].”

Por último, la Sección Quinta sostuvo que por el hecho de tener que sufragar una alta suma de dinero, no se comprobaba per se la causación de un perjuicio irremediable y, que en todo caso GENSA tuvo la oportunidad de solicitar en el trámite del recurso extraordinario de anulación una medida cautelar que suspendiera los efectos del laudo arbitral.

4. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente

En el trámite de la acción de tutela obran, entre otras, las pruebas que se relacionan a

continuación:

No.

PRUEBA

FOLIOS

CUADERNO DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

1

Copia original de Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. contra Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. del 5 de julio de 2012.

2-340

2

Copia del Laudo Complementario al Laudo de 5 de julio de 2012, proferido el 17 de julio de 2012.

343-364

3

Copia de acta de conciliación del 18 de noviembre de 2009.

1731-1733

4

1714-1728

5

Copia de comunicación al Tribunal de Arbitramento de interposición del recurso extraordinario de anulación por parte de GENSA, del 19 de julio de 2012.

1729-1730

6

Copia de la Convocatoria Pública Internacional – Decreto 700 de 1992, Volumen I, condiciones generales y minuta del contrato.

365-479

7

Copia de la descripción técnica general del proyecto, realizado por el Consorcio Colombiano Industrial S.A.

484-528

8

Copia del Contrato Inicial para el suministro de Energía y de Disponibilidad de Potencia celebrado el 4 de marzo de 1994.

1754-1831

9

Copia de la Versión Integrada Suscrita entre las partes el 9 febrero de 1996.

529-604

10

Copia del Dictamen Pericial Contable, realizado por Ana Matilde Cepeda el 30 de julio de 2010 y anexos (Balance General, Estados de Resultados e informe de Revisoría Fiscal de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. al 31 de diciembre de 1995 e

606-967

11

Copia de las aclaraciones y/o complementaciones al Dictamen Pericial, presentada por Ana Matilde Cepeda el 30 de junio de 2011.

969-1416

12

Copia de la Ampliación oficiosa a las Aclaraciones y/o Complementos al Dictamen Pericial, presentada por Ana Matilde Cepeda el 15 de noviembre de 2011.

13

Copia del Dictamen Pericial Financiero, presentado por Andrés Escobar Arango el 30 de junio de 2011.

1629-1670

14

Copia testimonio del Señor Horacio Enrique Ayala Vela, rendido en audiencia del 02/12/10.

1671-1713

15

Copia de concepto sobre peculado por apropiación y otros delitos, rendido por el señor Jaime Lombana Villalba.

1739-1753

CUADERNO DE ANEXOS

16

Copia de la demanda arbitral instaurada por CES el 2 de abril de 2009.

6-16

17

Copia de comunicación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la EBSA de solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento por parte de CES.

42-43

18

Copia del acta de reunión de nombramiento de árbitros.

50

19

Copia del Auto por el cual se declara instalado el Tribunal de arbitramento

67-68

20

Copia de contestación de demanda por parte de la apoderada común de las convocadas.

80-102

21

Copia de demanda de reconvención por parte de la apoderada común de las

convocadas.

103-118

22

Copia de la contestación de la reconvención por parte de la CES.

127-141

Copia de traslado de excepciones por parte de la apoderada común de las convocadas.

143-148

24

Copia de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la apoderada común de las convocadas.

149-185

25

Copia de la reforma a la demanda presentada por la CES.

186-206

26

Copia del experticio técnico tributario rendido por el señor Horacio Ayala Vela el 15 de octubre de 2009.

230-249

27

Copia del alegato presentado ante el Tribunal de Arbitramento presentado por la

apoderada común de las convocadas.

252-425

28

Copia solicitud de aclaración, complementación y/o adición del laudo arbitral, presentado por el apoderado de la CES, realizada el 12 de julio de 2012.

432-435

29

Copia de la Convocatoria Pública Internacional – Decreto 700 de 1992, Volumen II, consideraciones técnicas.

562-572

30

Copia de la oferta del Consorcio Colombiano Industrial S.A. conforme a la Convocatoria Pública Internacional, presentada el 18 de junio de 1993.

574-580

31

Copia del oferta de tarifas propuestas para la potencia disponible por parte del Consorcio Colombiano Industrial S.A.

582-585

32

Copia de Otrosí # 8 al Contrato 94-016 del 1 de febrero de 1996.

598-599

33

Copia de Otrosí # 9 al Contrato 94-016 del 1 de febrero de 1996.

623-626

34

Copia de Auto que archiva proceso de responsabilidad fiscal en contra del exgerente de la EBSA, la CES y el Consorcio STEAG AG-CCI por parte de la Contraloría General de la República del 14 de julio de 2005.

752-777

35

Copia de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial financiero rendido por Andrés Escobar Arango el 20 de septiembre de 2011.

803-813

36

Copia de testimonio rendido por el señor Luis Fernando Alarcón en audiencia del 28/05/03.

1043-1060

37

1060-1079

38

Copia de testimonio rendido por el señor Francisco Cesar Vallejo Mejía en audiencia del 05/12/03.

1094-1109

39

Copia de la parte 2 del Peritaje rendido por el Asesor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

1114-1154

CUADERNO DE PRUEBAS

40

Copia de documento del Fidecomiso de Bancolombia S.A, en el cual notifica la transferencia de \$71.957.187.000.00 a la cuenta a nombre del P.A. CES Fiducolombia.

13

41

Copia de la Orden de Archivo de las Diligencias de la Fiscalía General de la Nación por los presuntos delitos de Tentativa de Peculado y Celebración Indebida de Contratos.

20-67

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Por auto del 31 de marzo de 2014 la acción de tutela objeto de estudio fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de la Corte Constitucional, y de acuerdo con el sorteo realizado en la sesión correspondiente, fue repartida al Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien presidía la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de esta Corporación.

2. En atención a que en el Laudo Arbitral dictado el 5 de julio de 2012, se ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, por la presunta comisión de conductas punibles relacionadas con la modificación contractual hecha mediante el OTROSI # 9 y la Versión Integrada del Contrato del 9 de febrero de 1996, el 18 de julio de 2014, el Despacho

del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio solicitó al ente investigador la copia íntegra del expediente de la referencia y, así mismo, ordenó suspender los términos para fallar. El 25 de julio de 2014, la Fiscalía General de la Nación remitió el Informe Ejecutivo en el que se evidencia que el Fiscal 222 Seccional “procedió a ordenar el archivo de las diligencias por Atipicidad de la Conducta.”[78]

3. El 3 de agosto de 2014, la apoderada de GENSA solicitó al Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio proponer que el estudio de la presente acción de tutela fuera asumido por la Sala Plena de esta Corporación, por el impacto que puede tener la decisión sobre el ordenamiento jurídico colombiano.

4. El 6 de agosto de 2014, el despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio decidió no acceder a la petición elevada por la apoderada de GENSA, en consideración a que el “presente caso no se refiere a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ni del Consejo de Estado, y que tampoco se considera necesario someterlo al estudio de la Sala Plena de esta Corporación.”[79]

5. El 10 de septiembre de 2014, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. allegó poder conferido al doctor Juan Carlos Henao Pérez, para que represente los intereses de la sociedad en el trámite de revisión de la presente acción de tutela. Así mismo, allegó memorial con el fin de cuestionar la acción de tutela y solicitó: (i) declarar la improcedencia y, de manera subsidiaria en caso de que se haga un estudio de fondo (ii) negar el amparo.

6. El 30 de septiembre de 2014, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 -Reglamento Interno de la Corte Constitucional-, el Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio ordenó la práctica de pruebas, por lo que requirió a la Cámara de Comercio de Bogotá, informar si el proceso arbitral objeto de debate se encuentra en sus archivos y, de ser así, el envío a la Corte del expediente original.

7. El 8 de octubre de 2014, el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cumplimiento del Auto del 30 de septiembre, informó al Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio que el expediente del proceso arbitral no reposaba en sus archivos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, e indicó que el mismo fue protocolizado en la Notaría 20 del Círculo de

Bogotá.

8. Por Auto del 21 de octubre de 2014, el Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio ordenó a la Notaría 20 de Círculo de Bogotá remitir a la Corte Constitucional el expediente original del proceso arbitral objeto de la presente acción de tutela.

9. Mediante oficio del 30 de octubre 2014 suscrito por Magda Turbay Bernal, en su condición de Notaría Veinte del Círculo de Bogotá, se informó al despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, la imposibilidad jurídica de sacar los protocolos de las instalaciones de la Notaría, a su vez comunicó el costo de las copias del expediente.

10. Por Auto del 13 de noviembre de 2014, el Magistrado Sustanciador Jorge Iván Palacio Palacio ordenó la práctica de una inspección judicial en la Notaría Veinte del Círculo de Bogotá con el “fin de revisar y eventualmente tomar copias del expediente del proceso arbitral.”[80]

11. El 20 de noviembre de 2014, en las instalaciones de la Notaría Veinte del Círculo de Bogotá, se realizó la diligencia de inspección judicial por parte de los funcionarios delegados del Despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En el desarrollo de la diligencia, el Magistrado Auxiliar Comisionado Yefferson Mauricio Dueñas Gómez examinó el expediente del proceso arbitral y solicitó la toma de las copias que consideró necesarias y pertinentes como pruebas dentro de la presente acción de tutela.

12. El 11 de marzo de 2015, el Magistrado Sustanciador Jorge Iván Palacio Palacio presentó ante la Sala Sexta de Revisión de esta Corporación manifestación de impedimento para conocer la presente acción de tutela en aras de preservar la transparencia de la administración de justicia, en consideración a su amistad con el doctor Juan Carlos Henao Pérez, quien funge como apoderado de la parte llamada en calidad de tercero con interés –Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P.

13. Por Auto del 21 de abril de 2015, la Sala Sexta de Revisión, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria Sáchica Méndez, aceptaron el impedimento para conocer de la presente acción, presentado por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En la misma providencia se señaló que la revisión del expediente correspondería a los restantes integrantes de la Sala Sexta de Revisión.

14. El 5 de mayo de 2015, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió al Despacho del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub el Expediente T-4.273.880, contentivo de la presente acción de tutela, para su conocimiento.

15. El 18 de junio de 2015, el apoderado de la CES radicó escrito dirigido al despacho del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en el que le solicitó “se abstenga de continuar participando en el trámite del proceso de tutela de la referencia como sustanciador, o a cualquier otro título”, con fundamento en la enemistad grave entre el Magistrado Sustanciador y el doctor Juan Carlos Henao Pérez.

16. El 24 de junio de 2015, el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt presentó ante la Sala Plena de este Tribunal Constitucional impedimento “en los asuntos en los que interviene como abogado el Doctor Juan Carlos Henao Pérez, ex Magistrado de la Corte Constitucional, quien alega la causal de enemistad grave”, entre los que se encuentra la presente acción constitucional. En la misma actuación, manifestó que el conocimiento del presente caso debía ser asumido por la Sala Plena dada la trascendencia jurídica que implica la decisión.

17. En atención al impedimento propuesto por el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, el cual fue aceptado por la Sala Plena de esta Corporación, el 10 de julio de 2015, la Secretaría General remitió el expediente al despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

18. Por Auto del 8 de septiembre de 2015, el Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos puso a disposición de la Sala Plena de esta Corporación el expediente bajo estudio y mantuvo la suspensión de los términos, hasta tanto sea proferida la sentencia de unificación correspondiente.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3º y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los

artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y formulación del problema jurídico

La Sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P -GENSA- alega que el laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. y las Sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-, desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en tanto incurrió en “vías de hecho” que configuran: (i) un defecto fáctico, por haber determinado el monto de la condena, sin haber tenido en cuenta el dictamen pericial financiero rendido por el perito Andrés Escobar, así como, haber fijado el monto, sin observancia del dictamen contable que daba cuenta de sumas que debieron ser descontadas y, (ii) un defecto sustantivo, por asimilar el pago de impuestos a eventos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil y, simultáneamente, determinar la nulidad por objeto ilícito como una nulidad saneable, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1742 de la misma normatividad.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional examinará, en primer término si se cumplen las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. De cumplirse tales presupuestos, seguidamente verificará si el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. y las Sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. y Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., incurrió en: (i) un defecto sustantivo, al determinar que el riesgo por cambio de legislación tributaria constituye un hecho imprevisible y, a su vez, (ii) un defecto fáctico, al valorar el material probatorio obrante en el expediente (peritazgos) y, a partir de ello, determinar que el riesgo de variación impositiva está a cargo de la entidad contratante.

Lo anterior, como consecuencia del laudo arbitral mediante el cual declaró el incumplimiento de las cláusulas contractuales y, consecuentemente, condenó a las entidades convocadas GENSA - EBSA al pago de \$73.831.339.047 por concepto de los tributos creados con posterioridad a la celebración del Contrato 94.016, en favor de CES.

Previo a ello, la Corte reiterará la jurisprudencia respecto a la procedencia excepcional de la

acción de tutela contra laudos arbitrales y las causales genéricas de procedencia. En caso de cumplirse tales presupuestos, se hará el estudio de fondo sobre las causales específicas de procedibilidad alegadas.

3. Consideraciones generales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales

El inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política dispone que los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Esta habilitación constituye el fundamento constitucional para que los particulares administren justicia a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitramento, cuya naturaleza jurídica comporta un acto jurisdiccional cuyas actuaciones tienen el alcance de surtir efectos de cosa juzgada.

Precisamente el carácter jurisdiccional y sus efectos implican que los laudos arbitrales se asimilan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela contra providencias. Sobre esta específica materia, en Sentencia T-244 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció en relación con la equiparación entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales, para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“En síntesis, el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.”

La equivalencia -material- que existe entre el laudo arbitral y la providencia judicial, activa de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, los cuales puedan verse afectados por las decisiones emanadas y el procedimiento llevado a cabo por los tribunales de arbitramento.

En la sentencia de unificación SU-837 de 2002, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó que los administradores de justicia, sean permanentes o temporales, no están exentos de cumplir con lo dispuesto en la Carta Política, de tal manera que mediante la acción de tutela es factible controvertir sus actos jurisdiccionales, siempre y cuando éstos vulneren de manera directa el derecho fundamental al debido proceso o al acceso a la administración de justicia:

“[l]a atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos (...) La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales.”

La jurisprudencia constitucional[81] 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. 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.

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.

(ii) Al constatarse el cumplimiento de los presupuestos anteriormente expuestos, deben configurarse las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra

providencias judiciales, cuestión que se concreta en la demostración de la ocurrencia de al menos uno de las siguientes:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- 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 hacerlo[82].

Las precitadas condiciones han sido recapituladas con el fin de reiterar que estas no implican la equivalencia absoluta entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales para efectos de la acción de tutela, ya que el carácter especial de la justicia arbitral inciden

que se deba hacer un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales, como especiales-, más riguroso. En efecto, a partir de la sentencia de unificación SU-500 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación precisó que la razón para realizar un examen más estricto reside fundamentalmente en que se trata de un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento.

La decisión de las partes de marginarse de la justicia ordinaria constituye un elemento esencial que implica procurar al máximo la permanencia de la decisión adoptada por la jurisdicción arbitral, la cual no debe condicionarse a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes expresamente renunciaron. En palabras de esta Corporación:

“(...) 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”[83].

En ese sentido, someter el laudo a las instancias propias de la justicia ordinaria implicaría, en cierto modo desconocer la voluntad de las partes que previeron un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Y es precisamente por ello que en el contexto de una procedencia más estricta, mediante la sentencia SU-174 de 2007, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“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.”

De acuerdo con la consideración transcrita, las vías procesales para controvertir los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas, por una parte, frente a ellos no procede la segunda instancia, y, por otra, los recursos de homologación -en materia laboral- o de anulación -en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo- y, contra la sentencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión, fueron creados por el legislador para controvertir aspectos del procedimiento, y en ese sentido se limitan a unas causales taxativas expresamente señaladas en la ley. Precisamente, en la precitada sentencia de unificación SU-174 de 2007 la Corte se pronunció al respecto:

Pues bien, si la excepcionalidad y taxatividad de las causales restringe el análisis de los recursos mencionados al aspecto meramente procesal, 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 razón la procedibilidad frente al procedimiento de tutela se hace más restringido todavía. Esto, pues si el Legislador limitó las vías judiciales para controvertir los laudos arbitrales, a su vez la acción de tutela, en principio, no resultaría procedente para controvertir circunstancias propias del proceso arbitral que las partes prima facie decidieron resolver por fuera de los cánones de la justicia ordinaria.

De lo anterior se colige entonces que la excepcionalidad en la procedencia de la acción de tutela se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, en atención a que muchas de las reglas son definidas por el mismo tribunal de arbitramento designado, en el cual las partes han depositado confianza para la solución alternativa de sus conflictos. Es por esta razón 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.

En la pluricitada sentencia de unificación SU-174 de 2007 la Corte fue enfática en reafirmar que el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige tener en

cuenta el respeto por: (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.

De esta manera, como se indicó en párrafos precedentes la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales en relación con la acción de tutela no es absoluta y está condicionada por las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007, las cuales fueron objeto de reiteración por la Corte en la sentencia SU-500 de 2015, 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.”

Estos criterios refuerzan la naturaleza autónoma de la justicia arbitral, cuestión que constituye un elemento esencial y a la vez un límite para el juez de tutela, quien debe tener como presupuesto la competencia del tribunal de arbitramento para decidir sobre el fondo del asunto, y la voluntad de las partes de que la decisión que ponga fin a la controversia quede en firme.

Conforme a lo criterios referenciados en los numerales 1 y 2 de la sentencia SU-500 de

2015, al juez de tutela corresponde verificar si la pretensión en sede de tutela hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, o por el contrario está orientada a revivir una instancia o a plantear asuntos que merecen un estudio de fondo. En este aspecto, la subsidiariedad en los procesos arbitrales reviste un carácter especial, ya que este procedimiento no cuenta con una segunda instancia que faculte a las partes a impugnar el laudo, pero sí disponen del recurso extraordinario de anulación, que debe ser agotado, previo a la interposición de la acción de tutela.

El requisito de subsidiariedad exige tener en cuenta que, tanto en la normatividad anterior (Decreto 1818 de 1998, artículo 163), como en la vigente (Ley 1563 de 2012, artículo 41), el legislador restringió la posibilidad del recurso de anulación a unas causales taxativas y, precisamente por ello, es posible que en el trámite arbitral se presenten afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y, en consecuencia, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación. Sobre el particular, en sentencia T-244 de 2007 la Corte precisó lo siguiente:

“Dado el carácter extraordinario del recurso de anulación y el alcance restringido de sus causales de procedencia, podría argumentarse que ciertos defectos en los que pueden incurrir los laudos arbitrales no están sujetos al control de la jurisdicción y en esa medida, en algunos eventos, el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento se revela ineficaces (sic) para la protección de los derechos fundamentales de las partes o de terceros en el proceso arbitral.”

Si bien el recurso extraordinario de anulación es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo, en aquellas materias excluidas de este recurso y que, en principio, están sometidas a la decisión definitiva e irrevocable del tribunal de arbitramento, es procedente la acción de tutela contra laudos en protección de los derechos fundamentales[84].

En términos simples, la acción de tutela se puede formular en dos eventos posibles, dependiendo de si se ha agotado el recurso de anulación. En los casos en que no se exige agotar el recurso de anulación, la acción de amparo implica un primer acercamiento al laudo arbitral, por lo que la valoración sobre la eventual vulneración de derechos

fundamentales habrá de ser más estricta. En segundo escenario se presenta cuando se ha agotado el requisito de anulación y, por tanto, el laudo ya ha sido sometido a un primer examen, esto incide en que el juez de tutela cumple una función más distante, y pasa a controlar si, al examinarse las causales en el recurso, no se advirtió alguna vulneración de derechos fundamentales.

En ambos casos la acción de tutela no se debe convertir en una instancia adicional y la actuación del juez de tutela se limita a examinar las posibles vulneraciones directas a los derechos fundamentales. Es decir, que la actuación del juez de amparo debe restringirse a determinar si el derecho al debido proceso se ha protegido en la sentencia de anulación, guardando distancia con los aspectos concretos del laudo. En palabras de la Corte:

“(…) la sede de tutela no puede convertirse en un nuevo espacio procesal para reexaminar las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral”[85].

Finalmente, el numeral tercero de los criterios especiales de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales conlleva a que al examinar los requisitos o causales de procedibilidad, se deban tener en cuenta las características propias del trámite arbitral. La especialidad de la justicia arbitral frente a cada defecto fue desarrollada por la Corte en la sentencia T-466 de 2011, la cual por su pertinencia en materia de arbitramento a continuación se cita in extenso:

“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.”

A partir de este recuento jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, de cumplirse las condiciones generales de procedibilidad la Sala Plena se enfocará en las características específicas de los defectos fáctico y sustantivo en esta modalidad, teniendo en cuenta que en el caso objeto de examen la apoderada de GENSA S.A E.S.P. alega que el laudo arbitral proferido por el tribunal convocado para dirimir las controversias contractuales derivadas del Contrato 94.016, incurrió en este tipo de causales.

3.1. El defecto fáctico

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el defecto fáctico se configura a partir de una doble dimensión[86], a saber: (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 negativa[87], cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración. En palabras de esta Corporación:

“En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: 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.”[88]

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.

En la sentencia SU-500 de 2015 la Corte se pronunció en el sentido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias arbitrales por defecto fáctico también requiere tener en cuenta el elemento de la voluntad del acuerdo de las partes de apartarse de la jurisdicción estatal y someterse a una justicia alternativa. En ese sentido, el análisis del juez de tutela sobre la actividad probatoria desplegada por el tribunal de arbitramento debe ser cuidadosa y, sólo se activará la procedencia de la acción, ante una valoración arbitraria y carente de razonabilidad del material probatorio.

De acuerdo con lo anterior, la actividad probatoria desplegada por el tribunal debe tener una “entidad relevante y determinante” para la afectación del derecho fundamental al debido proceso que lesione gravemente a la parte procesal afectada por la decisión, de tal suerte que no cualquier omisión en cuanto a la valoración de alguna prueba configura automáticamente el defecto fáctico. En la pluricitada sentencia T-466 de 2011, al abordar este aspecto en relación con la justicia arbitral, la Corte señaló lo siguiente:

“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 error 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.”

3.2. El defecto sustantivo

En la pluricitada sentencia SU-500 de 2015 la Corte también precisó que el principio de voluntariedad cumple una función esencial respecto a la causal de procedibilidad por defecto sustantivo, ya que el acuerdo de las partes de sustraer las eventuales controversias del conocimiento de la justicia ordinaria para someterlo a la arbitral incide de manera determinante en su procedencia excepcional. Sin embargo, esto no implica que las decisiones arbitrales no se supediten a la Constitución y, por ende, al control judicial cuando comporten una verdadera afectación a los derechos fundamentales, caso en el cual se ha admitido la procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo en los siguientes eventos: (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.

El defecto sustantivo en materia arbitral no se configura por el simple desacuerdo de las partes con las razones que tuvo el tribunal de arbitramento para decidir, pues ello desconoce directamente el principio de voluntariedad que orienta la justicia arbitral, en virtud del cual las partes decidieron someterse al laudo de manera definitiva. Sobre la configuración del defecto sustantivo en modalidad arbitral en la sentencia SU-174 de 2007 la Corte precisó lo siguiente:

“(…) en materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental”, pero que “[l]as discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal.”

Así, para que se configure un defecto sustantivo se requiere una grave y protuberante afectación a los derechos fundamentales y no se desconozca la voluntad de las partes de someterse a la autonomía de la justicia arbitral. Es decir, no basta oponer 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.

De acuerdo con los elementos normativos y jurisprudenciales expuestos, la Sala Plena procederá, en primer término, a determinar si se cumplen las condiciones generales de procedibilidad y, si a ello hubiere lugar, a efectuar un estudio de los defectos alegados a partir del ámbito sustantivo y probatorio desplegado en el asunto objeto de revisión.

4. El caso concreto

En aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales referenciadas en las consideraciones previas, para la resolución del presente caso, la Sala Plena, en primer término, determinará si se concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Sólo en el evento en que así sea, verificará si con la emisión del laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-, el Tribunal de Arbitramento incurrió en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante. En todo momento se atenderá la naturaleza especial de dicho mecanismo alternativo de solución de controversias.

Para tal efecto, es preciso recordar que la Sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P -GENSA- interpuso la presente acción de tutela alegando que el Laudo Arbitral proferido el 5 de julio

de 2012, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. y la Sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-, desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al incurrir en causales específicas de procedibilidad que configuran: (i) un defecto fáctico, por haber determinado el monto de la condena sin tener en cuenta el dictamen pericial financiero rendido por el perito Andrés Escobar, así como, fijar dicho monto, sin observancia del dictamen contable que daba cuenta de sumas que debieron ser descontadas y, (ii) un defecto sustantivo, por asimilar el pago de impuestos a eventos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil y, simultáneamente, determinar la nulidad por objeto ilícito como saneable, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1742 de la misma normatividad.

4.1. Examen de los requisitos generales de procedencia en el caso concreto

A continuación se examinará el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la presente acción de tutela contra laudos arbitrales, en los términos de la jurisprudencia constitucional[89] sobre la materia.

4.1.1. Identificación de los hechos

Se cumple el requisito atinente a que la parte accionante identifique claramente los hechos que generan la supuesta transgresión del derecho, y que ello hubiera sido alegado en el proceso que se examina, toda vez que la sociedad accionante GENSA realizó una exposición completa de los hechos que estima constitutivos de una violación a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Primero, en relación con la interpretación normativa que efectuó el Tribunal Arbitral por defecto sustantivo y, en segundo lugar, respecto a las valoraciones probatorias, las cuales considera configuran un defecto fáctico.

4.1.2. Inmediatez

Frente al requisito de inmediatez, la Sala Plena encuentra que el Tribunal de Arbitramento profirió Laudo Arbitral el día 5 de julio de 2012 y Laudo Complementario el 17 del mismo mes y año y, a su vez, la acción de tutela contra dicho laudo fue interpuesta el 12 de

septiembre de 2012 por la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA-. Es decir, transcurrieron dos meses y una semana desde la emisión del laudo que puso fin a la controversia y la interposición de la presente acción de tutela.

Así mismo, es pertinente precisar que el 19 y 24 de julio de 2012[90], las sociedades GENSA y EBSA interpusieron recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el 5 de julio de 2012, y complementado el 17 del mismo mes y año ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. El 3 de mayo de 2013, durante el trámite surtido ante la Sección Quinta del Consejo de Estado, en condición de juez de segunda instancia de la presente acción de tutela, fue resuelto el recurso extraordinario de anulación por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Aunque la acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Carta Política no está sometida a un término de caducidad, puesto que puede instaurarse en “todo momento y lugar”[91], de acuerdo con la jurisprudencia constitucional[92], el juez de tutela atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso concreto, debe determinar si el término transcurrido entre la ocurrencia del hecho generador de la amenaza o violación de derechos y la fecha en que se interpone la tutela, resulta razonable, y si existen o no motivos que justifiquen la inactividad de la persona afectada.

Así las cosas, en el caso objeto de revisión, se observa que transcurrieron poco más de dos meses, lo cual comporta un término razonable que da lugar a considerar satisfecha la inmediatez como requisito de procedencia general.

4.1.3. Irregularidades procesales

Por lo que concierne a las irregularidades procesales como condición de procedencia general, la Sala Plena encuentra que la parte accionante no las alega, razón por la cual, es innecesario el análisis de este presupuesto de procedencia. Es decir, que este requisito no es aplicable a la presente revisión, puesto que en la acción de tutela no se advirtió el desconocimiento de las reglas del procedimiento arbitral. En virtud de lo anterior, no se pasará a efectuar un examen de este requisito.

4.1.4. No se trata de tutela contra tutela

La decisión arbitral señalada de quebrantar el derecho fundamental al debido proceso no es una sentencia de tutela, sino, como ya se ha explicado, se trata de un laudo arbitral sobre el cual se debe precisar que con posterioridad a la presentación de la acción de tutela fue proferido el fallo que resolvió el correspondiente recurso de anulación, el cual, no es objeto de revisión, por no haber sido cuestionado, pero como ya se dijo sirve de parámetro en la revisión de la posible conculcación de las garantías fundamentales.

4.1.5. Relevancia constitucional

De manera puntual, esta exigencia en materia de acciones de tutela contra laudos arbitrales, exige la especial responsabilidad del juez constitucional, a quien de manera rigurosa corresponde verificar si efectivamente está ante una posible violación de los principios y reglas que integran el debido proceso, o si por esa vía una de las partes pretende reabrir el proceso y, a partir de ello cuestionar el criterio adoptado por el operador arbitral y con ello el debate probatorio, contrariando la autonomía que le proporciona el ordenamiento constitucional a los árbitros, en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 228 de la Carta Política.

Al aplicar esta condición general de procedencia a la cuestión objeto de revisión, la Sala Plena encuentra que no está demostrada la relevancia constitucional de los asuntos planteados a través de la presente acción de tutela. Esto en la medida en que si bien la parte accionante cuestiona aspectos relacionados con la posible conculcación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en el marco de la actividad probatoria, así como en la normatividad y la interpretación aplicada por el Tribunal de Arbitramento, en realidad la revisión de estos aspectos supone una injerencia del juez de tutela en el margen de autonomía de los árbitros en la resolución del fondo del litigio.

En materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional requiere 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 debe demostrarse de manera inequívoca la vulneración ius fundamental, que haga inminente la intervención del juez constitucional contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional.

Sobre este aspecto, la Corte ha sido enfática en cuanto a que por tratarse de laudos arbitrales que están sometidos al principio de voluntariedad de las partes, esta regla de procedencia, es incluso más rigurosa que la dispuesta en materia de tutela contra providencias judiciales. Exige demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, -como en este caso-, que recaen sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral in iudicando, los cuales tienen por objeto reabrir el fondo del asunto que ya ha sido decidido por la jurisdicción que las partes libremente escogieron.

A esta conclusión se arriba, toda vez que la pretensión de la parte accionante tiene un indiscutible contenido contractual y, por ende patrimonial, que se evidencia en solicitar en sede de tutela, - que en caso de no acceder a la revocatoria del laudo arbitral-, subsidiariamente se reduzca una suma considerable de la condena impuesta a través del laudo atacado.

Aunque 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”[93].

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.

De la interpretación efectuada por el Tribunal de Arbitramento accionado sobre disposiciones de rango legal (arts. 64, 1732 y 1742 del Código Civil, en concordancia con la cláusula 15 c de la versión integrada del Contrato 94.016) se colige la condena dineraria en

contra de la sociedad accionante GENSA, tras agotarse un proceso arbitral en el que el Consejo de Estado en sede de anulación en ningún trámite, procedimiento o instancia avistó el desconocimiento del conjunto de garantías previstas en los artículos 29 y 229 de la Constitución que consagran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

En el presente caso se aprecia 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 “el valor de la condena se hubiese reducido en \$7.703.140.114”[94] más intereses de mora e indexaciones a que haya lugar.[95]

4.1.6. Subsidiariedad

El requisito de subsidiariedad apunta a que antes de acudir a la acción de tutela, se agoten todos los medios judiciales de defensa contemplados en el ordenamiento jurídico para controvertir el laudo arbitral.

Sobre este aspecto, la Corte observa que la sociedad accionante instauró el recurso extraordinario de anulación el día 19 de julio de 2012, esto es, dos meses antes de la interposición de la acción de tutela, la cual fue presentada el 12 de septiembre de 2012. En ese sentido, el recurso extraordinario de anulación era el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar la supuesta trasgresión al debido proceso, teniendo en cuenta que las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico permiten al accionante solicitar la protección de los derechos, presuntamente conculcados con la actuación del Tribunal de Arbitramento.

La acción de tutela no puede emplearse -como lo pretende la parte accionante- para sustituir al juez que debía resolver el recurso extraordinario de anulación, cuestión que hace improcedente el amparo, cuando el mecanismo de control ante la jurisdicción contencioso administrativa se constituye en medio idóneo y eficaz para verificar los supuestos yerros endilgados al laudo arbitral.

Conforme a lo señalado en las consideraciones generales de esta providencia, tratándose de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la subsidiariedad implica que en el trámite

del recurso de anulación, previamente se ha efectuado un examen detallado sobre la actuación arbitral.

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.

Al respecto, es preciso señalar que a diferencia de los elementos de juicio con los que contó el juez que resolvió en primera instancia la presente acción de tutela, el juez de segunda instancia al momento de fallar, ya conocía el fallo de anulación, y sin que a su juicio se hubiese visto afectada la protección de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional en su condición de organismo de cierre de la jurisdicción constitucional, se restringe a ejercer un control sobre la efectividad de la garantía que el ordenamiento jurídico provee en materia del debido proceso dentro del procedimiento arbitral y, para lo cual, debe tener en cuenta que en la providencia del Consejo de Estado se resolvieron las nulidades alegadas por la accionante GENSA, las cuales ahora son presentadas como defectos judiciales o causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Para tal efecto, es preciso tener en cuenta las reglas jurisprudenciales expuestas en las consideraciones generales de esta providencia, en el sentido que, en materia arbitral, la competencia del fallador está circunscrita por un aspecto central, esto es: la voluntariedad que se desprende del principio de kompetenz kompetenz, cuestión que en el presente caso se concreta en la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria que EBSA - GENSA y CES suscribieron dentro del Contrato 94.016 de suministro de energía y de disponibilidad de potencia.

En sustento de la ocurrencia de un defecto fáctico, la sociedad accionante sostiene, por una parte, que el Tribunal de Arbitramento valoró defectuosamente el acervo probatorio obrante en el expediente por no haber tenido en cuenta el dictamen pericial rendido por el señor Andrés Escobar que da cuenta del supuesto error grave en que incurrió el perito Ramiro de la Vega en su dictamen. El perito Andrés Escobar señaló que el riesgo por cambios en la

legislación tributaria, de conformidad con la versión original del Contrato 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia suscrito en 1994[96] estaba inicialmente a cargo del contratista (CES); el cual según el perito Andrés Escobar fue modificado mediante la versión integrada suscrita en 1996 y en la que supuestamente se alteró la asignación de riesgos inicialmente pactada[97]. Por otra parte, la accionante sostiene la configuración de un defecto fáctico en que presuntamente no se valoró el dictamen contable relativo a los beneficios obtenidos por la sociedad CES, como consecuencia de los cambios en la legislación tributaria, posteriores a la firma del contrato, los cuales según afirma de haberse tenido en cuenta “el valor de la condena se hubiese reducido en \$7.703.140.114”[98].

Sobre el particular, la accionante estima que el Tribunal no valoró integralmente el dictamen pericial contable en lo relativo al valor pagado por el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) de las transacciones ajenas a la operación de la Planta Paipa VI, “como quiera que de haberse tenido en cuenta (...) el resultado hubiere sido diferente, y la condena a pagar por parte de GENSA hubiese sido menor”[99]. Así mismo, en cuanto al defecto fáctico la accionante alega que el tribunal incurrió en errores aritméticos.

Dado que los hechos a partir de los cuales se formula la existencia de un defecto fáctico fueron planteados, tanto ante el Tribunal de Arbitramento, como ante el Consejo de Estado en sede de anulación, de acuerdo con lo reiterado en esta providencia sobre la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, en este caso, al juez constitucional le corresponde examinar el cumplimiento de los requisitos generales, con apoyo en el recurso de anulación efectuado por el Consejo de Estado, autoridad judicial que verificó si en el trámite arbitral fueron garantizados los derechos fundamentales.

Al respecto, la Sala Plena evidencia que el 3 de mayo de 2013, durante el trámite cursado en la Sección Quinta del Consejo de Estado, autoridad judicial que fungió como juez de segunda instancia de la presente acción de tutela, fue resuelto el recurso extraordinario de anulación por parte de la Subsección B de la Sección Tercera de la misma Corporación, proveído mediante el cual: (i) declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por GENSA y EBSA, (ii) condenó en costas a la parte recurrente GENSA y EBSA, por partes iguales, y (iii) fijó las agencias en derecho en favor de la parte convocante CES.

En el fallo de anulación la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió de forma negativa los cargos aducidos con respecto a que el laudo se dictó en conciencia y no en derecho, fundamentándose en que el tribunal de arbitramento para fallar: (i) analizó la competencia atribuida en la cláusula compromisoria; (ii) estudió la naturaleza, los antecedentes, y regímenes jurídico y financiero del contrato; (iii) valoró los dictámenes periciales allegados al proceso y, a partir de todo ello, (iv) concluyó con el análisis de las pretensiones y las excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Con base en lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que el desacuerdo con lo decidido por el tribunal de arbitramento no significaba que el laudo hubiese sido proferido en conciencia y no en derecho[100].

Así mismo, la Sala Plena observa que la Sección Tercera del Consejo de Estado verificó si el laudo estuvo fundado en decisiones contradictorias. En ese sentido, en el fallo que resolvió el recurso extraordinario, el juez de anulación señaló lo siguiente: “Encuentra la Sala que la contradicción en que se funda el cargo se advierte confrontado el numeral séptimo de la parte resolutive con las razones del fallo, empero sin la entidad suficiente para constituir la irregularidad que, conforme con la causal invocada, daría lugar a su corrección. Amén de que la expresión “se condenará a EBSA – GENSA a pagar a favor de CES” contenida en la parte motiva i) no puede ser entendida como una decisión... y ii) no puede ser entendida necesariamente en referencia a una obligación solidaria, por el hecho de haberse enunciado en ella a las convocadas, pues, conforme con las disposiciones del artículo 1568 del Código Civil, –se destaca- “[l]a solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”[101].

Y, en lo que respecta a los errores aritméticos alegados por la accionante, la Sección Tercera se pronunció en los siguientes términos: “Del análisis sustancial de las dos disposiciones no es posible deducir el error aritmético en que se funda el cargo, si se considera que no contienen expresamente cifras que deban ser tenidas como minuendo y sustraendo a efectos de establecer el error aritmético, así como tampoco hallar una contradicción irreconciliable entre ellas, pues la declaración a que se refiere el numeral decimoctavo no imposibilita la ejecución de la obligación impuesta con la condena de que

trata el numeral séptimo. Y siendo meramente declarativa la decisión contenida en numeral decimoctavo, no se puede afirmar, estricto sensu, que se imposibilite su ejecución.”[102]

Sobre la base de lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que el Tribunal de Arbitramento sí había reducido la condena impuesta en \$1.588.330.844, correspondientes a los beneficios tributarios recibidos por CES, razón por la cual carecía de fundamento dicho cargo.

A la accionante GENSA le correspondía demostrar que el fallo arbitral se basó en pruebas que no tuvo la oportunidad de controvertir o señalar los apartes del laudo que se apoyaron en pruebas que se reputan ilegales, o, al menos, identificar las conclusiones del laudo que carecen de soporte probatorio en el expediente, cuestión que no se vislumbra en ninguna parte del escrito de tutela.

En el escrito de tutela, la accionante se limitó a cuestionar la decisión del Tribunal de Arbitramento y a replicar lo alegado en sede de anulación, como si ello, per se, configurara un defecto fáctico y sin presentar una argumentación que demostrara en qué consistió la vulneración del debido proceso, según el desarrollo jurisprudencial de las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales expuestas en las consideraciones generales de esta providencia.

La Corte es enfática en cuanto a que en sede de tutela no basta replicar las acusaciones formuladas en el recurso de anulación, de manera que a través de un pronunciamiento de derechos fundamentales se pretenda sustituir lo decidido por el juez natural, o, lo que es peor aún, convertir la acción de amparo en un instrumento de revisión de lo actuado por el juez arbitral. La acción de tutela contra laudos arbitrales exige demostrar que la valoración de los elementos probatorios realizada por el tribunal de arbitramento fue inadecuada o insuficiente. Es decir, la Sala Plena observa que la accionante GENSA no presentó una argumentación tendiente a demostrar la insuficiencia o la inadecuación de los fundamentos probatorios del Tribunal y explicitar cómo todo ello incidió de manera definitiva en la adopción del fallo arbitral.

En este orden de consideraciones, y en el mismo sentido que lo sustentó la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del recurso de anulación, el Tribunal de Arbitramento profirió su decisión a partir de los elementos probatorios con que contaba, dentro del ámbito de su

autonomía, a tal punto, que dicha autoridad judicial constató que el tribunal accionado no incurrió en los yerros alegados por la accionante, los cuales ahora pretende reabrir en sede de tutela. Lo anterior, por cuanto concurrieron en la actividad de ordenación, recaudo y valoración, muy diversos elementos probatorios, que contaban con la suficiente entidad para la adopción de la decisión objeto de censura. En términos extremadamente claros, el peritazgo reprochado no fue el único elemento probatorio valorado por el Tribunal de Arbitramento.

Es así que tanto en el recurso de anulación, como en sede de tutela la sociedad accionante sostuvo lo mismo, eso es que: (i) en el laudo se decidieron cuestiones no sujetas a arbitramento; (ii) se asimiló el pago de impuestos a hechos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil, relativo a la imprevisibilidad e irresistibilidad para el establecimiento de la fuerza mayor, y los pronunciamientos sobre esa materia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, (iii) el Tribunal de Arbitramento consideró la nulidad por objeto ilícito como saneable, bajo el argumento de que ninguna de las partes en el Contrato 94.016 la invocó, sino trece años después de la modificación del mismo y en el marco del proceso arbitral objeto de debate, desconociendo con ello lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y la jurisprudencia sobre esa materia, respecto a que es una imposibilidad sanear la nulidad por objeto ilícito[104].

Sobre estos aspectos, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de anulación determinó que tales argumentaciones carecían de fundamento al considerar que a través del recurso se atacan errores “in judicando” que escapan de la órbita del juez extraordinario de anulación, pues éste se orientó a insistir en los efectos de la cesión y la posición de la contratante -EBSA- en el Contrato 94.016 y la reserva formulada por la cedida -CES-, cuestión que fue ampliamente estudiada por el juez arbitral[105].

La Sección Tercera de manera pormenorizada analizó si en el laudo fueron decididas todas las cuestiones sujetas al arbitramento, precando que el Código de Procedimiento Civil exige la confrontación de los hechos, las pretensiones y las excepciones en función de lo alegado por las partes y no sobre cuestiones que no pudieron ser decididas por el juez arbitral de oficio, pues con ello se vulneraría el derecho de defensa. Al respecto, en la providencia judicial la Sección Tercera señaló lo siguiente:

“Confrontación de la cual resulta que el cargo formulado por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. no tiene vocación de prosperidad, en cuanto de la revisión integral de la contestación de la demanda se encuentra que las convocadas no propusieron los medios exceptivos, que sustentan la causal.”[106]

De la consideración transcrita se desprende que no sea cierta la afirmación de la accionante tendiente a que el Tribunal de Arbitramento habría pasado por alto las objeciones planteadas por GENSA. Por el contrario, al revisar el expediente se aprecia que el Tribunal de Arbitramento hizo un análisis de esta materia a partir de un recuento fáctico y a partir de ello fundó su consecuente decisión.

De otra parte, la accionante GENSA señala que el tribunal arbitral no decidió la excepción formulada en la contestación de la demanda relativa a que el pago del gravamen a las transacciones por parte de CES, no implicaría una aplicación de la cláusula 15 (c) del Contrato 94.016.

Respecto a esta cuestión, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de anulación se pronunció en el sentido que de la revisión integral del laudo se evidencia la labor de estudio de dicho tema por parte del Tribunal de Arbitramento y reprodujo apartes del laudo en los que así se comprueba[107], los cuales por su relevancia se transcriben a continuación:

“Con esta perspectiva general es de observarse que, si bien los valores que han sido retenidos a CES por concepto de G.M.F. implican la configuración de un evento de fuerza mayor en los términos del literal c del cláusula 15ª, también es cierto que no puede llegarse a igual conclusión tratándose de precisos rubros arriba especificados, toda vez que dicen relación a erogaciones ajenas al desarrollo, el diseño, la construcción, la operación, la adquisición o el arrendamiento de la planta y, por ende, no pueden aplicarse frente a los mismos las consecuencias dispuestas en la referida cláusula contractual. Esta conclusión conduce a tener como parcialmente demostrada la excepción novena formulada por la convocada al contestar la demanda arbitral, excepción según la cual, el pago de G.M.F. no necesariamente da lugar a la aplicación del literal c. en efecto, considerando que la menos en relación con los conceptos analizados supra no procede la aplicación del tantas veces citado literal c), es claro que frente a estos no hay lugar al efectuar reconocimiento alguno a favor de ces, circunstancia esta que da mérito parcial a la excepción en comento -fl. 272

cdn. C. de E.”[108]

Con base en ello, la Sección Tercera no accedió a la pretensión, al encontrar que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre todos los movimientos financieros cuestionados por las convocadas en la excepción novena.

En lo atinente a lo alegado por GENSA sobre el supuesto error en que se incurrió al asimilar el pago de impuestos a hechos de fuerza mayor, los integrantes del Tribunal de Arbitramento manifestaron que la accionante pretende, a partir de una interpretación gramatical, que se declare un defecto en el laudo. En ese sentido, precisaron que el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1732[109] del Código Civil y la Cláusula 15 c del Contrato 94.016 consideró que: “era posible que las partes acordaran el esquema de riesgos que regularía la relación contractual, esquema que se convertiría en parámetro de obligatoria observancia por parte del tribunal de arbitramento al momento de decidir si se configuraba un hecho de fuerza mayor”[110], disposiciones que debían ser aplicadas conforme al principio “Contractus lex”.

La Corte observa que conforme lo señaló el Consejo de Estado en sede de anulación por virtud del Otrosí No. 9 de 1996, a la cláusula 15 se le adicionó el literal “c”, por medio del cual se previó la posibilidad de reajustar el precio de potencia, por los cambios que surjan producto de un evento de fuerza mayor, tales como los cambios en la legislación tributaria, reglamentos, entre otros, del que resulte un aumento en el costo de desarrollo del contrato por más de US\$50.000[111].

De acuerdo con el artículo 64[112] del Código Civil y la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado, un evento de fuerza mayor se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución y, para lo cual, se deben cumplir los siguientes presupuestos: (i) la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato, (ii) que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y, (iii) que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.

Sobre la teoría de la imprevisión frente a las cargas impositivas que afecten la ecuación

financiera del contrato estatal, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de señalar que la expedición de la norma tributaria debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato y, a su vez, tratarse de un hecho nuevo para los contratantes y que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración. Por la relevancia que reviste este tópico específico para en resolución del caso objeto de estudio, a continuación se transcriben in extenso las consideraciones del Consejo de Estado sobre la figura de la imprevisión en asuntos tributarios que afectan el contrato estatal:

“La doctrina, al abordar el estudio del hecho del príncipe o el *factum principis*, sostiene que éste “alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste”. De allí que “en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal”. El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: -La expedición de un acto general y abstracto. - La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. -La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. -La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación

económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, “cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el contratante”, ya que “el álea “normal”, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del contratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato”. De ahí que la dificultad que enfrenta el juez al momento de definir la aplicación de la teoría del hecho del príncipe consiste en la calificación de la medida, toda vez que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, no existe, en principio, como consecuencia de ésta responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por el hecho de la ley cuando el perjuicio sea especial, con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración. En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo.

La teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: -La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. -Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. -Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma

sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante”. En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. De los antecedentes jurisprudenciales se deduce, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Esta exigencia también está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su “especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación. [113]

El sujeto pasivo o responsable del pago de la contribución especial es el contratista, persona natural o jurídica, que celebre con una entidad de derecho público un contrato para la construcción o mantenimiento de vías públicas o celebre adiciones al mismo y el beneficiario de la contribución es la Nación, Departamento o Municipio del nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante. Se trata, pues, de una medida de carácter general que se aplica a un sector determinado de la economía: los contratistas del Estado para la construcción o mantenimiento de las vías, gravamen que si bien es cierto fue creado

por el legislador excepcional en uso de las atribuciones del estado de conmoción interior (art. 213 Constitución Política), luego el Congreso lo incorporó a la legislación ordinaria y desde entonces tiene fuerza material de ley. En el presente caso por tratarse de un gravamen creado por una ley expedida por el Congreso de la República, que no fue expedida por la entidad pública contratante, el daño no es imputable a una de las partes de la relación contractual y por consiguiente, no puede decirse que se está frente a un hecho del príncipe. No cabe duda, sin embargo, que la medida en mención fue imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato 0411 de 1989, pero no lo fue al momento de suscribir los contratos adicionales, como quiera que para ese momento ya se había creado la contribución y así se consignó en los referidos contratos. Se impone, por tanto, el análisis de la teoría de la imprevisión en el caso concreto, en consideración a que la ley 104 de 1993, al no haber sido proferida por la entidad pública contratante, constituyó un hecho externo a las partes, que, de darse en forma concurrente con los otros supuestos de dicha teoría, haría procedente la pretendida declaración de rompimiento de la ecuación financiera del contrato. En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella. Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad. Concluye la Sala de lo anterior, que si lo que pretendía la sociedad demandante era demostrar que con la retención del 5 o/o sobre algunas de las cuentas del contrato se afectaron las utilidades previstas al momento de su celebración, en forma grave, tal circunstancia no se acreditó suficientemente. Para determinar si, en efecto, ocurrió el rompimiento del equilibrio económico del contrato, debió la demandante demostrar la incidencia del descuento de la contribución en la utilidad que esperaba, que de paso se advierte, no se sabe en qué porcentaje se fijó en la propuesta (porque ésta no fue allegada), o si era del 5 o/o, según el ejemplo traído en la o del 7 o/o como se consignó en los contratos adicionales para efectos tributarios. Era necesario, pues, que ese acontecimiento imprevisto

hiciera excepcionalmente onerosa la ejecución del contrato, provocando una pérdida que excediera el álea normal y previsible. La doctrina, como ya se dijo, coincide en señalar que para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sea que se invoque la teoría del hecho del príncipe o la imprevisión, la ecuación económico financiera del contrato, considerada al momento de su celebración, debe alterarse por un álea anormal o extraordinaria. Es cierto que la fijación de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, pero es necesario que el contratista pruebe que el mayor valor que asume por la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, si pretende ver restablecida dicha ecuación, que fue lo que en el presente caso no ocurrió. Al no haberse demostrado por el demandante que el cobro de la contribución le causó un daño cierto y especial, que alteró más allá de los áleas normales la ecuación financiera del contrato, habrán de negarse las pretensiones de la demanda encaminadas al restablecimiento económico de dicha ecuación.” [114] (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De las consideraciones transcritas se desprende que el Estado entre sus múltiples funciones tiene la de expedir normatividad en materia tributaria que, en algunos casos, puede ocasionar un impacto en las relaciones contractuales que pactan los organismos públicos y los particulares, generando con ello un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato. Este aspecto fue analizado en el laudo arbitral por parte del Tribunal de Arbitramento, jurisdicción que consideró que la variación en la carga impositiva constituía un evento imprevisible que dio lugar a aplicar una de las cláusulas que regulan el contrato.

Así las cosas, se puede verificar entonces que la controversia llevada por la parte accionante en sede de tutela, concierne a un asunto de interpretación relacionada con la determinación de si el riesgo contractual cobija los cambios en la legislación tributaria. Esta cuestión escapa por completo a la órbita de competencia del juez de derechos fundamentales y se ubica en el plano de una controversia legal que fue zanjada, tanto por el Tribunal de Arbitramento, como por el Consejo de Estado en sede de anulación.

Por último, en cuanto que el Tribunal de Arbitramento accionado consideró la nulidad por objeto ilícito como saneable, la Corte encuentra que este señalamiento no tiene cabida, toda vez que conforme lo determinó el Tribunal accionado “dicha nulidad (absoluta) nunca existió y, por tanto, nada había que declarar saneado” [115] . Al respecto, el Tribunal se

pronunció en el laudo arbitral, en los siguientes términos:

“Atendiendo lo analizado hasta aquí en relación con la solicitud elevada por la convocada para que fuera declarada la nulidad por objeto ilícito del literal c) de la cláusula decimoquinta de la versión integrada del contrato No. 94.016, el Tribunal encuentra que luego de analizar a profundidad los elementos materiales de prueba que reposan en el expediente, no hay lugar a la declaratoria deprecada por EBSA – GENSA en ese sentido, toda vez que al considerar el alcance de lo convenido por las partes en la cláusula decima quinta y más precisamente en su literal c, se advierte que de manera alguna lo que aquí se dispuso implicó una modificación de las condiciones inicialmente contempladas en los términos de la referencia en materia de riesgos por cambios de ley y régimen de tarifas.”[116]

A la luz de lo transcrito, encuentra la Corte que no le asiste la razón a la accionante cuando afirma que el Tribunal de Arbitramento descartó sin fundamento el estudio de la nulidad por objeto ilícito de la cláusula 15 c de la versión integrada del Contrato 94.016, ya que dicha autoridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1742[117] del Código Civil analizó que fue EBSA “quien no sólo realizó el trámite administrativo previo a la suscripción de la versión integrada del contrato y prestó su consentimiento al momento de su firma, sino que, además, nunca manifestó reparo alguno en cuanto a su validez durante casi trece años luego de haberse celebrado el referido acuerdo, pese a tener pleno conocimiento sobre el contenido y los alcances del mismo, luego en estas circunstancias que la hacen inconciliable con la buen fe, la impugnación en sustancia no es atendible.”[118]

En gracia de discusión, si la cláusula 15 c de la versión integral del Contrato 94.016 fuese nula, de ello no se derivaría que no se dieran las consecuencias prestacionales de las que se queja la accionante, ya que desde el origen del Contrato 94.016 se pactó el riesgo contractual, conforme lo dejó probado el Tribunal de Arbitramento. Es así que el dictamen pericial financiero concluyó que el riesgo de cambios en la legislación tributaria, estaba asignado desde un principio a la EBSA y, por tanto, correspondía a ésta asumir los costos de la carga tributaria, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones y las cláusulas contractuales pactadas.

Sobre la incidencia de la interpretación efectuada por el Tribunal de Arbitramento, la Sala

Plena observa que la tutelante se limita en el todo escrito de tutela a afirmar que esta fue determinante en la decisión, cuestionando las consecuencias económicas que de ello se derivan, pero sin demostrar la afectación del derecho al debido proceso en los términos en los en que se ha referido la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Según el tratadista Hernando Morales Molina los vicios in iudicando: “son errores de derecho que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea.” Mientras que los errores in procedendo, corresponden a la “inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal, constituye en el proceso una irregularidad.”[120]

Partiendo de tal distinción, en función de la autonomía de la voluntad de las partes, en lo que al proceso arbitral concierne, el objetivo de la acción de amparo contra laudos arbitrales es excepcional y, por tanto, en principio se restringe esencialmente a la vulneración del debido proceso constitucional por hechos o conductas de naturaleza diversa a las causales taxativamente reguladas para fundar el recurso extraordinario de anulación; y a la vulneración ius fundamental por errores in iudicando, cuando exista manifiesta e inequívoca arbitrariedad por parte del tribunal de arbitramento, ya que la tutela no es un recurso o instancia adicional para argüir inconformidades respecto de los juicios de valor jurídicos o probatorios realizados por el juez natural de arbitramento.

La sociedad accionante instauró el recurso extraordinario de anulación el día 19 de julio de 2012, esto es, dos meses antes a la interposición de la acción de tutela, la cual fue presentada el 12 de septiembre de 2012[121]. En ese sentido, la Sala Plena sostuvo que el recurso extraordinario de anulación era el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar la supuesta vulneración al debido proceso, teniendo en cuenta que las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico permiten al accionante solicitar la protección de los errores in procedendo, presuntamente conculcados con la actuación del Tribunal de Arbitramento.

En tal sentido, 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.

De lo anterior se sigue que la Sala Plena concluya que en el presente caso no se reúnen las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Por el contrario, todo el asunto se contrae a una controversia legal que tiene consecuencias económicas diversas, causadas por el hecho de que con posterioridad al 22 de octubre de 1993 (fecha de celebración del contrato) y del Otrosí No. 9 de 1996 que lo modificó, se crearon nuevos tributos y se incrementaron las tarifas de algunos ya existentes.

Así las cosas, una vez revisadas las causales generales de procedibilidad, la Sala Plena encuentra que los argumentos esgrimidos por GENSA en sede de tutela, están orientados a reactivar una controversia que fue zanjada mediante un fallo adverso a sus pretensiones dinerarias y, en consecuencia, conforme a las reglas jurisprudenciales en materia de tutela contra laudos arbitrales, ampliamente referenciadas en las consideraciones generales de esta providencia, la interposición de una acción de este tipo no puede sustentarse en el simple desacuerdo con respecto a las razones consignadas en el laudo, pretendiendo con ello, convertir la acción de amparo de los derechos fundamentales en una instancia judicial adicional.

4.2. Conclusión sobre los requisitos generales de procedibilidad

Verificados los argumentos en los que se sustenta la presente acción de tutela en relación con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte encuentra que no se satisfacen los presupuestos de subsidiariedad y relevancia constitucional y, por lo tanto, no procederá a examinar la posible configuración de los defectos alegados por la sociedad accionante.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará el fallo de tutela de segunda instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 11 de diciembre de 2013 que modificó la sentencia de primera instancia del 1 de noviembre de 2012 emitida por la Sección Cuarta de la misma

Corporación, pero por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

5. Síntesis

5.1. En ejercicio de la competencia atribuida por el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional revisó las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, el 1º de noviembre de 2012, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta y, en segunda instancia, el 11 de diciembre de 2013, por la Sección Quinta de la misma Corporación, mediante las cuales se declaró improcedente la acción de tutela formulada por la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA-, con fundamento en la ausencia de los presupuestos genéricos de procedibilidad, en especial por falta de relevancia constitucional e incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

5.2. La sociedad GENSA promovió acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P.- GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-, con ocasión del Contrato N° 94.016, cuyo objeto consiste en el suministro de energía y disponibilidad de potencia (construcción, operación y mantenimiento de la planta Paipa IV).

5.3. Según la sociedad accionante GENSA, el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo correspondiente vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al configurarse: (i) un defecto fáctico, por haber determinado el monto de la condena sin haber tenido en cuenta los dictámenes periciales (financiero y contable), que daban cuenta de sumas que debieron descontarse; y, (ii) un defecto sustantivo, por asimilar el pago de impuestos a eventos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil y, simultáneamente, determinar la nulidad por objeto ilícito como saneable, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1742 de la misma normatividad.

Lo anterior, como consecuencia del laudo arbitral que declaró el incumplimiento de las cláusulas contractuales y, consecuentemente, se condenó a las entidades convocadas GENSA - EBSA al pago de \$73.831.339.047 por concepto de los tributos creados con posterioridad a la celebración del Contrato 94.016, en favor de la Compañía Eléctrica de

Sochagota S.A. E.S.P. -CES-.

5.4. De acuerdo con los hechos brevemente resumidos, correspondió a la Sala Plena verificar, en primer término, si la acción instaurada cumple las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Y, a partir de ello, determinar si el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las Sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. -EBSA-, incurrió en: (i) un defecto fáctico, al valorar el material probatorio obrante en el expediente (peritazgos) y, determinar que la cuantificación económica del riesgo de variación impositiva está a cargo de la entidad contratante y, (ii) un defecto sustantivo, al disponer la asignación del riesgo por cambio en la legislación tributaria como una circunstancia imprevisible.

5.5. La Sala Plena, siguiendo las reglas jurisprudenciales contenidas en las sentencias de unificación SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015, señaló que la equivalencia entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales para efectos de la procedencia de la acción de tutela contra providencias no es absoluta, toda vez que el carácter especial de la justicia arbitral implica que deba hacerse un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales como especiales- más estricto, dado que se trata de un escenario en el cual se ha expresado en forma inequívoca la voluntad de las partes de separarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento, constituido para dichos efectos con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política.

A la luz de una comprensión como esa, en materia arbitral, la competencia del fallador está circunscrita por dos aspectos centrales, a saber: (i) la voluntariedad y, (ii) el principio de kompetenz Kompetenz, cuestión que se concreta en el caso bajo estudio en la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria que EBSA - GENSA y CES suscribieron dentro del Contrato No. 94.016 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia.

5.6. A partir de lo anterior y al verificar los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: (i) relevancia constitucional, (ii)

subsidiariedad, (iii) inmediatez, (iv) identificación de los hechos y derechos que se alegan vulnerados, y (v) que no se trate de tutela contra sentencias tutela, la Corte encontró que la acción interpuesta no acreditó suficientemente los presupuestos de relevancia constitucional y subsidiariedad.

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.

A partir de lo anterior y luego de reiterar las marcadas diferencias entre el debido proceso legal y el constitucional (Sentencia C-314 de 2014), conforme a lo cual, la vulneración del debido proceso con relevancia constitucional exige, como se ha indicado, la carga argumentativa que demuestre claramente el quebrantamiento del contenido normativo del artículo 29 de la Constitución Política, la Corte señaló que la acción de tutela no se puede emplear para sustituir al juez que debía resolver el recurso extraordinario de anulación, cuestión que hace improcedente el amparo, cuando el mecanismo de control ante la jurisdicción contencioso administrativa se constituye en medio idóneo y eficaz para verificar los supuestos yerros in procedendo endilgados al laudo arbitral.

5.7. Adicionalmente, la Corte advirtió 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 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.

5.8. Al no satisfacerse las condiciones genéricas de procedibilidad, no hubo lugar a examinar los defectos alegados, a saber: fáctico y sustantivo, los cuales, además, fueron previamente estudiados y desestimados paralelamente por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede extraordinaria de anulación[123].

5.9. Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó, pero por las razones expuestas, el fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 11 de diciembre de 2013, que modificó la sentencia de primera instancia del 1 de noviembre de 2012, emitida por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA-.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada.

Segundo. CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el once (11) de diciembre de dos mil trece (2013), mediante el cual declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. -CES- y las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. -GENSA- y la Empresa de Energía de Boyacá

S.A. E.S.P. -EBSA, pero por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Ausente en comisión

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008 y por el Artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional).

[2] Cuaderno de Anexos, folio 516.

[3] Ibidem, folio 532.

[4] Ibídem, folio 532 y 533.

[5] Ibídem, folio 532.

[6] Ibídem, folio 447 a 477.

[7] Ibidem, folio 450.

[8] Ibidem.

[9] Ibidem, folio 462.

[10] Ibídem, folio 598.

[11] Ibídem. El texto completo de la modificación de la cláusula 15 (c) del contrato N°. 94.016 consagra que: “(...) Las partes signatarias convienen que en caso de un evento de fuerza mayor cualquiera, incluyendo, sin limitarse a, cambios en la legislación o en el

reglamento que resulte en un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la planta por más de US\$50,000 en total, entonces i) hasta el momento en que tales costos adicionales a lo largo de todo el contrato alcancen en conjunto una suma agregada de US\$5,000,000, el contratante y el contratista convienen en que habrá un ajuste equitativo al precio por potencia, con vigencia para el resto del plazo del contrato, salvo que las partes de común acuerdo definan los términos y condiciones bajo los cuales el contratante pagará al contratista dicho valor de manera directa, y ii) sin perjuicio de la vigencia de la validez de lo anterior, luego de ello y a partir del momento de que tales costos adicionales a lo largo de todo el contrato superen en conjunto una suma agregada de US\$5,000,000 el contratante y el contratista convienen que antes de que el contratista incurra en cualquier costo adicional (x) que habrá un ajuste equitativo al precio por potencia con vigencia para el resto del plazo del contrato y (y) el pago de ese mayor valor deberá quedar garantizado bien por las garantías que a la fecha en que se produzca dicho ajuste se hallen vigentes o por otras de igual o similar naturaleza expresamente aceptadas por el contratista (...).

[12] Ibidem.

[13] Ibidem, folio 623.

[14] Ibidem, folio 626.

[15] Ibídem, folio 501.

[16] Ibídem, folio 501 y 502.

[17] Cuaderno de Primera y Segunda Instancia, folio 1851, 2088 y 2275.

[18] Ibídem, folio 2088 y 2275.

[19] Cuaderno de anexos, folio 6.

[20] Ibídem, folio 50.

[21] Ibídem, folio 67.

[23] Cuaderno de anexos, folios 103-118.

[24] Cuaderno de Primera y Segunda Instancia, folio 1851 A.

[25] Ibídem, folio 2090.

[26] Ibídem, folio 334.

[27] Ibídem, folio 75.

[28] Ibidem, folio 190.

[29] Ibídem, folio 336-339

[30] Ibídem, folio 333 – 339.

[31] Ibídem, folio 336.

[32] Ibídem, folio 336-339.

[33] Ibídem, folio 358-364.

[34] Cuaderno de recurso de anulación del laudo arbitral, folio 66.

[35] Ibídem, fólíes 66 y 67.

[36] Ibídem, fólíes 67 a 69.

[37] Ibídem, fólíes 71 y 72.

[38] Ibídem, folio 81.

[39] Ibídem.

[40] Ibídem, folio 88.

[41] Ibídem, folio 90.

[42] Cuaderno de Primera y Segunda instancia, folio 1843.

[43] Ibídem, folio 1844.

[44] Ibídem, folio 1863.

[45] Ibídem, folio 1864.

[46] Ibídem, folio 1866.

[47] Ibídem, folio 1873.

[48] Ibídem, folio 1880.

[49] Ibídem, folio 1886.

[50] Ibídem.

[51] Ibídem. Folio 1898.

[52] Ibídem. Folio 1899.

[53] Ibídem, folio 1923.

[54] Ibídem, folio 1924.

[55] Ibídem, folio 1926.

[56] Ibídem, folio 1928.

[57] Ibídem, folio 1930.

[58] Ibídem, folio 1937.

[59] Ibídem, folio 1939.

[61] Ibídem, folio 1970.

[62] Ibídem, folio 1975.

[63] Ibídem, folio 1982.

[64] Ibídem, folio 1984

[65] Ibídem, folio 1988.

[66] Ibídem, folio 1997.

[67] Ibídem, folio 2132.

[68] Ibídem, folio 2135.

[69] Ibídem, folio 2139.

[70] Ibídem, folio 2192.

[71] Ibídem, folio 2193.

[72] Ibídem, folio 2283.

[73] Ibídem.

[74] Ibídem, folio 2284.

[75] Ibídem, folio 2285.

[76] Ibídem.

[77] Ibídem.

[78] Cuaderno de Revisión, folio 15-17.

[79] Ibídem, folio 147.

[80] Ibídem, folio 363.

[81] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007.

[82] Sentencia SU-649 de 2017.

[83] Ibídem.

[84] Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

[85] Corte Constitucional, Sentencia T- 225 de 2010.

[86] Ver sentencia T-233 de 2007.

[88] Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2012.

[89] Sentencia C-590 de 2005.

[90] Cuaderno de recurso de anulación del laudo arbitral, folio 66.

[91] Sentencia C-543 de 1992.

[92] Sentencia SU-961 de 1999.

[93] Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007.

[94] Ibídem, folio 1873.

[95] Ibídem. folio 1899.

[96] Ibídem, folio 1863.

[97] Ibídem, folio 1864.

[98] Ibídem, folio 1873.

[99] Ibídem, folio 1880.

[100] Ibídem.

[101] Ibídem, folio 85.

[102] Ibídem, folio 86.

[103] Sobre la procedencia del defecto fáctico, en la Sentencia T-417 de 2008 indicó que “cuando el error en el juicio valorativo de la prueba sea de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el

juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”.

[104] Ibídem.

[105] Ibídem, folio 88.

[106] Ibídem, folio 89.

[107] Ibídem, folio 90.

[108] Ibidem, folio 89-90.

[109] “ARTICULO 1732. RESPONSABILIDAD POR CASO FORTUITO. Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observara lo pactado.”

[110] Ibídem, folio 1937.

[111] Ibídem, folio 501 y 502.

[112] “ARTICULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

[113] Nota de Relatoría: Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 1938; concepto 561 del 11 de marzo de 1972; sentencia de febrero de 1983, Exp. 4929; sentencia de 27 de marzo de 1992, Exp. 6353; concepto 637 del 19 de septiembre de 1994 y sentencia del 7 de marzo de 2002, Exp. 4588.”

[114] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 4028(14577) del 03/05/29. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Sociedad Pavimentos Colombia LTDA. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

[115] Ibídem, folio 1939.

[116] Cuaderno de primera y segunda instancia folio 190.

[117] “ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

[118] Cuaderno de primera y segunda instancia folio 109.

[119] En atención a que el Laudo Arbitral del 5 de julio de 2012 ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, por la presunta comisión de conductas punibles en la modificación contractual hecha en el OTROSI # 9 y la Versión Integrada del Contrato del 9 de febrero de 1996, el 18 de julio de 2014. El 25 de julio de 2014, la Fiscalía General de la Nación remitió el Informe Ejecutivo en el que se evidencia que el Fiscal 222 Seccional “procedió a ordenar el archivo de las diligencias por Atipicidad de la Conducta.” (Cuaderno de Revisión, folio 15-17)

[120] Hernando Morales Molina, Técnica de Casación Civil, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

[121] Ibídem, folio 2283.

[122] Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2007.

[123] El recurso extraordinario de anulación fue decidido por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado el 3 de mayo de 2013