SU173-15

Sentencia SU173/15

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Tutela interpuesta por Senador de la República en representación de los ciudadanos que lo eligieron por voto popular

Para el agente promotor de la acción de tutela es claro que en su condición de Senador era su deber velar por los intereses y derechos de los ciudadanos que lo eligieron por voto popular, de donde sus mayores electores se situaban en el Departamento del Huila y, aunque ocupara el cargo de Senador por circunscripción nacional, representaba fundamentalmente los intereses del citado departamento. En ese orden, afirmó que con el fallo del Consejo de Estado no sólo se vulneraron los derechos de sus electores, en particular los derechos de los ciudadanos del Municipio de Neiva, sino también sus derechos fundamentales como ciudadano común.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude

No encuentra la Sala legitimación por activa del gestor de la acción en su condición de ciudadano puro y simple, en la medida que no demostró una afectación subjetiva o individual a su derecho fundamental al debido proceso dentro del trámite de anulación de laudo arbitral cursado en sede Contencioso Administrativa, entre otras cosas, porque carece de la condición de “parte”, es decir de interés legítimo que lo vincule al proceso de anulación de laudo arbitral del cual predica un defecto que vulnera el debido proceso. En esos términos, tampoco puede el actor lograr por esta vía la protección a un derecho colectivo (patrimonio público) alegando conexidad con un derecho fundamental del cual no es titular. Y menos aún encuentra la Sala Plena que el accionante como ciudadano del común haya actuado como agente oficioso en la medida que: i. no existió ninguna manifestación por parte de éste en este sentido, pues siempre invocó su condición de

Senador y de ciudadano. ii. no se demostró imposibilidad alguna para que cualquiera de los interesados hubiese accedido a la acción de tutela; de hecho el Municipio de Neiva accede a la acción de tutela alegando coadyuvancia, lo que reitera que no existía obstáculo alguno para incoar la acción.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO ORGANICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia ha advertido que entre las formas de configurar el defecto orgánico, se tienen, el desconocimiento de las competencias por parte del administrador de justicia o, la asunción de aquellas que no le están autorizadas por el ordenamiento. Esta apreciación se corresponde con lo mandado por el artículo 6 Superior, el cual, hace responsables a los servidores públicos por la infracción de la constitución y la Ley, pero también por la omisión y extralimitación en el cumplimiento de sus funciones.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En materia de defecto orgánico, esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones. Para la Corte Constitucional, tiene lugar el defecto orgánico como causal que permite prosperar el amparo, bien cuando "(…) se da un desconocimiento absoluto de las formas del juicio porque el funcionario judicial sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto) (…)" o, bien cuando se "(…) pretermite etapas o eventos sustanciales del procedimiento legalmente establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso(…)"

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION EN JUSTICIA ARBITRAL-Alcance

El recurso extraordinario de anulación no es otra cosa que un mecanismo restrictivo, extraordinario y excepcional, que se limita a cuestionar asuntos de forma – errores in

procedendo-, que comprometen la ritualidad de la actuación procesal, esto es la forma de los actos, su estructura externa, su modo ordinario de realizarse, los cuales se presentan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.

RECURSO DE ANULACION-Límite de las facultades del Juez

FALLO EN EQUIDAD-Características en términos de la jurisprudencia contenciosa y arbitral

El derecho positivo señala que "el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad". Concepto que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado se ha encargado de nutrir para efectos de concretar su alcance. De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el fallo en equidad o en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada ("ex aequo et bono").

FALLO EN DERECHO-Características en términos de la jurisprudencia contenciosa y arbitral

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto orgánico, por cuanto Consejo de Estado asumió competencias que no le correspondían dentro de proceso de anulación de laudo arbitral

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto procedimental por cuanto el Consejo de Estado adelantó un trámite no autorizado por el ordenamiento jurídico que además se encuentra proscrito dentro de proceso de anulación de laudo arbitral

Referencia: Expediente T-2833391

Acción de tutela instaurada por Rodrigo Lara Restrepo contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., Diez y seis (16) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y en el artículo 54A del acuerdo 05 de 1992[1], ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el de 5 de agosto de 2010, por el cual se confirmó la providencia de 4 de febrero de 2010 proferida por la Sección Cuarta de la misma Corporación, dentro de la acción de tutela instaurada por el entonces Senador Rodrigo Lara Restrepo contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que mediante la sentencia de 13 de mayo de 2009, proferida dentro del proceso de anulación de laudo arbitral, se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con los derechos a la seguridad jurídica, confianza legítima y patrimonio público.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

1.1 Entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., se celebró el 31 de diciembre de 1997 el “contrato de concesión para el mantenimiento y la operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en todo el territorio del Municipio de Neiva incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios

eléctricos necesarios para la repotenciación y la expansión del sistema".

La Unión Temporal DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., en su propuesta presentó un presupuesto de inversión para repotenciación de la iluminación, sobre la base de 18.113 luminarias, indicando el valor unitario de cada ítem de material y de mano de obra así como los costos indirectos AIU para un total de inversión inicial de $5.278'209.103. Igualmente, presupuestó los costos de operación y mantenimiento para 20.283 luminarias existentes en un valor de $557'749.536 anual y calculó en $9.134'003.531 -en valor presente a diciembre de 1997- el costo de dicho rubro durante los 20 años de la concesión.

1.2 En la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión, las partes convinieron que las controversias contractuales que surgieran por la interpretación, ejecución y liquidación del contrato serían resueltas por un Tribunal de Arbitramento. (Fls. 33 a 46, cd. pbas2)

1.3 Mediante memorial radicado el 24 de agosto de 2006, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Neiva, por intermedio de apoderada, el Municipio de Neiva, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver una serie de controversias derivadas del contrato de concesión. Las pretensiones formuladas por el Municipio en la demanda arbitral fueron las siguientes: (Fls. 325 a 336, cd. ppal No. 1)

"A. PRINCIPALES:

'PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la Unión Temporal DISELECSA LTDA I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados por el índice de Precios al Consumidor (IPC).'

‘SEGUNDA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, incrementando dicho valor por el índice de Precios al Consumidor.’

‘TERCERA: Que se declare que la suma de $288.880.149, cobrada y recibida por la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, en el mes de marzo de 2.004, para corregir las diferencias presentadas en el rubro de repotenciación (suministro y montaje), acumulado a octubre 31 de 2000, entre la rendición de cuentas a octubre 31 de 2.000 cuadro “MOVIMIENTO DE EFECTIVO ACUMULADO A OCTUBRE DEL 2.000” ($4.730.569.859) y el que aparece en el Informe de Cuentas Fiduciario correspondiente al período de enero a diciembre de 2.000 ($4.440.589.710), ya había sido pagada y recibida al(sic) Concesionario.’

‘CUARTA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en segundo lugar, (sic) en el índice de precios al Consumidor.’

‘QUINTA: Que se declare que los excedentes del flujo de caja del proyecto una vez ajustado el mismo tanto en sus ingresos como egresos, con base en los supuestos o variables macroeconómicas de la propuesta, deben destinarse a la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio de Neiva y que los recursos sobrantes a la terminación del contrato deben restituirse al Municipio de Neiva.’

‘SEXTA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de luminarias no suministradas ni instaladas, la suma de $238.509.756, en pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma que resulte probada en el proceso, superior a la pactada, a la cual no tenía derecho.’

SÉPTIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de ajuste en el suministro y montaje la suma de $289.880.149, en pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma que resulte probada en el proceso, superior a la pactada, a la cual no tenía derecho.’

‘OCTAVA: Que se DECLARE que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. –I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de operación y mantenimiento la suma de $3.587.425.898, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la que no tenía derecho por corresponder a un incremento de los costos equivalente al 18% fijo y no al IPC.’

NOVENA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de operación y mantenimiento la suma de $527.131.841, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la que no tenía derecho en razón del menor alcance del servicio por la disminución del número de luminarias que efectivamente fueron objeto de operación y mantenimiento.’

‘DÉCIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de retorno de la inversión o utilidades, contractualmente no previstas, la suma de $3.940.319.033, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la cual no tenía derecho.’

‘DÉCIMA PRIMERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” a destinar al desarrollo de las actividades previstas en el contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de $238.509.756, o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A., sobre las que contractualmente tenía derecho por concepto de suministro y montaje, en razón del menor alcance del servicio (luminarias no suministradas, ni instaladas), para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoría del laudo.’

‘DÉCIMA SEGUNDA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de $289.880.149 o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por las mencionadas sociedades, a través UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., en el mes de marzo de 2.004, sobre las que contractualmente tenía derecho, por concepto de repotenciación de luminarias (suministro y montaje) acumulada a octubre 31 de 2000, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la fecha de ejecutoria del

laudo.’

‘DÉCIMA TERCERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de $3.587.425.898, o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del incremento de precios efectuado por encima del IPC, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas en (sic) día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.’

‘DÉCIMA QUINTA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de $3.940.319.033 o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.’

‘DÉCIMA SEXTA: Todas las condenas se harán en pesos constantes, trayendo a valor presente la totalidad de las sumas a que fueren condenadas, desde las fechas en que la Unión Temporal y/o las sociedades que la conforman recibieron cada uno de los respectivos pagos, hasta la fecha de entrega real y efectiva al citado patrimonio autónomo.

DÉCIMA SEPTIMA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y

CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” a pagar intereses a la tasa de mora más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas, desde la fecha en que se recibieron tales sumas hasta el pago efectivo total. En su defecto, que se condene a pagar intereses remuneratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas desde la fecha en que se recibieron tales sumas hasta la fecha de notificación del auto que admita la presente demanda y a partir de dicha fecha y hasta el pago total intereses a la tasa de mora más alta autorizada por la ley. En defecto de las dos anteriores, que se condene a pagar intereses remuneratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas, desde la fecha en que se recibieron tales (sic) hasta la fecha de ejecutoria del laudo y a partir (sic) dicha ejecutoria y hasta el pago total de intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley.’

‘DÉCIMA OCTAVA: Que se condene a las convocadas al pago de las costas del proceso y de las agencias en derecho.’

‘DÉCIMA NOVENA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, tiene derecho a destinar a publicidad, seguros y contingencias como máximo las sumas de dinero previstas para estos ítems en el flujo financiero proyectado, ajustadas en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y que dentro de dicho límite, las sumas de dinero a que tiene derecho a cobrar y recibir son aquellas que efectivamente hayan sido destinadas a publicidad, seguros o contingencias.’

‘VIGÉSIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.”, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de publicidad, seguros y contingencias, sumas de dinero sin haber acreditado que las mismas se destinaron a publicidad, seguros y contingencias.’

‘VIGÉSIMA PRIMERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES

ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A. a destinar al desarrollo de las actividades previstas en el objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de dinero que resulte probada en el proceso actualizada como se solicita más adelante, recibida por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., en exceso sobre las que contractualmente tenía derecho por concepto de publicidad, seguros y contingencias, para lo cual deberán entregar al patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo."

"B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

'PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que el índice de Precios al Consumidor durante la ejecución del Contrato de Concesión ha sido sustancialmente inferior al 18%, que equivalía al IPC que se tomó como supuesto cuando se celebró el contrato.'

'SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que para mantener hacia futuro las condiciones económicas existentes al momento de contratar, se revise el contrato, a efectos de establecer que el incremento a que tiene derecho el Concesionario, es el índice de Precios al Consumidor vigente en cada período facturado.'

'PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA Y A LA SEXTA PRETENSIONES PRINCIPALES: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que la contraprestación a que tiene derecho el Concesionario por el suministro y montaje de luminarias se pactó con base en un número estimado de luminarias a ser suministradas e instaladas, el cual resultó ser sustancialmente inferior al previsto en el momento de celebrar el contrato de concesión.'

'PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que el Concesionario ha cobrado su

remuneración por concepto de operación y mantenimiento incrementando los costos en un 18% fijo anual (equivalente al índice de Precios al Consumidor que tomó como base para el flujo financiero del proyecto), mientras que éste índice ha resultado ser sustancialmente inferior a dicho porcentaje desde la fecha en que se celebró el contrato de concesión y, además en razón de que la contraprestación a que tiene derecho el Concesionario por la operación y mantenimiento se pactó con base en un número estimado de luminarias que resultó ser sustancialmente inferior al previsto al momento de celebrar el contrato de concesión.'

'PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del laudo y que, para tales efectos, se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero recibidas por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., que llegaren a probarse en el proceso que por concepto del menor número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el concesionario, hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo.'

'PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del Laudo y que, para tales efectos, se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión, a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero que llegare a probarse en el proceso que por concepto de disminución del Índice de Precios al Consumidor que se tuvo

en cuenta para establecer los precios de operación y mantenimiento frente a los mismos índices durante la ejecución del contrato de concesión hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.'

'PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del Laudo y que para tales efectos se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero recibidas por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. que por concepto del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento, hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo."

1.4 El Tribunal de Arbitramento fue instalado el 7 de Septiembre de 2006. Se designaron como árbitros a los doctores José Joaquín Bernal Ardila, Luis Fernando Villegas Gutiérrez y William Namén Vargas.

1.5 Las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. -I.S.M. S.A.- integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A., como parte convocada, en escritos separados, pero de igual contenido, se opusieron a la totalidad de las pretensiones de la demanda. (Fls. 126 a 155, y 166 a 196, cd. ppal. 1). A su turno, los integrantes de la Unión Temporal (convocada) por intermedio de sus respectivos apoderados y en escritos separados, presentaron demanda de reconvención contra el Municipio de Neiva. (Fls. 156 a 165 y 197 a 206, cd. ppal 1).

1.6 Surtido el trámite prearbitral y arbitral, se fijó la audiencia para dictar el fallo para el 14 de agosto de 2007, fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo en el siguiente sentido (Fls. 365 a 619, cd. Ppal, C. Edo.):

"PRIMERO.- Declarar impróspera la objeción por error grave contra el dictamen pericial financiero rendido por el perito JULIO E. VILLARREAL NAVARRO y frente a la experticia de VANCAST & ASOCIADOS LTDA., por lo expuesto en la parte motiva.

'SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por la Parte Convocada contra la demanda principal y su reforma, denominadas "Buena fe contractual por parte de los miembros de la Unión Temporal en la ejecución del Contrato de Concesión" y "Cumplimiento total de las obligaciones contractuales y legales a cargo de los miembros de la Unión Temporal", las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.'

'Respecto de las excepciones denominadas "Ausencia de Legitimación en la causa activa"; "Ausencia de Legitimación en la causa pasiva"; "Ausencia de causa para pedir"; "Ausencia total de presupuestos para deducir el insinuado incumplimiento de las obligaciones a cargo de los miembros de la Unión Temporal"; 'Validez e intangibilidad del contrato (Pacta Sunt Servanda)"; "Culpa grave del Municipio de Neiva al contravenir sus propios actos"; "Irrevocabilidad de la oferta aceptada por el Municipio de Neiva"; "El Municipio de Neiva está invocando su propia culpa para demandar incumplimientos que no existen"; "Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para dirimir controversias contractuales entre la Fiduciaria y los Beneficiarios del Contrato de Fiducia", " Abuso del derecho de litigar por parte del Municipio de Neiva"; "Petición de modo indebido"; "Inexistencia de la obligación de revisar el Contrato" y "La convocatoria está dirigida a obtener en conciencia y no en derecho la revisión del Contrato de Concesión", se declaran no probadas y, por tanto, se rechazan.'

'Con relación a las excepciones denominadas "Inexistencia absoluta de imprevisión contractual justificativa de la revisión del contrato"; Ausencia total de presupuestos para invocar el desequilibrio financiero o de cualquier otra índole entre los contratantes", no hay lugar a pronunciamiento, por estar referidas a las pretensiones subsidiarias respecto de las cuales no hubo necesidad de pronunciamiento, por los motivos expuestos en la parte

motiva de este Laudo.'

'TERCERO: Declarar que la Unión Temporal DISELECSA LTDA – I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. SA", de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados los últimos con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación de los costos del componente de suministro y montaje con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'CUARTO: Declarar que la Unión Temporal DISELECSA LTDA – I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA", tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

QUINTO: Declarar que la Unión Temporal DISELECSA LTDA – I.S.M. SA, conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e

INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA", tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en segundo lugar, en el índice de Precios al Consumidor, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

SEXTO: Declarar que los excedentes del flujo de caja del proyecto una vez ajustado el mismo tanto en sus ingresos como egresos, con base en los supuestos o variables macroeconómicas de la propuesta, deben destinarse a la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio de Neiva y que los recursos sobrantes a la terminación del contrato deben restituirse al Municipio de Neiva con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

SÉPTIMO: Declarar que la Unión Temporal DISELECSA LTDA – I.S.M. SA, conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA", tiene derecho a destinar a publicidad, seguros y contingencias como máximo las sumas de dinero previstas para estos ítems en el flujo financiero proyectado, ajustadas en el índice de Precios al Consumidor (IPC) y que, dentro de dicho límite, las sumas de dinero a (sic) que tiene derecho a cobrar y recibir son aquellas que efectivamente hayan sido destinadas a publicidad, seguros o contingencias, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

'OCTAVO: Condenar solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S A "I.S.M. S A", a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE CON VEINTIDÓS CENTAVOS ($4.682.979.352,22), que contiene su actualización, recibida en exceso por las

mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. SA, sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento de las luminarias existentes y también del incremento de precios efectuado por encima del IPC, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas en día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.'

'NOVENO: Condenar solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. S.A.", a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS ($5.437.25.3.791,58) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. – i.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.'

'DÉCIMO: Las condenas impuestas en las decisiones precedentes, serán cumplidas en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con éste y la Sentencia C-189 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo, por lo expuesto en la parte motiva.'

'DÉCIMO PRIMERO: Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda principal y en su reforma presentada por el Municipio de Neiva y, abstenerse de decidir las pretensiones subsidiarias en virtud de la prosperidad de las respectivas principales, por lo expuesto en la parte motiva.'

'DÉCIMO SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por el Municipio de Neiva, contra las demandas de reconvención presentadas por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA,

SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", denominadas "Cumplimiento total de las obligaciones por parte del Municipio de Neiva" e "Ilegitimidad de lo pretendido por inexistencia de la obligación", las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.'

'Respecto de las excepciones denominadas "Incumplimiento de la demandante en reconvención" y "Falta de buena fe de la demandante en reconvención" el Tribunal las declara no probadas y, respecto de las denominadas "Pretensión de enriquecimiento sin causa"; "Actuación del Municipio de Neiva de conformidad con lo dispuesto en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo"; "Inexistencia de un daño del que pueda derivarse una indemnización."; "Rompimiento de la ecuación financiera y económica del contrato" y "Genérica" se abstiene de decidirlas por la prosperidad de las otras, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.'

'DÉCIMO TERCERO: Denegar las pretensiones declarativas y de condena formuladas en las demandas de reconvención presentadas, por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." contra EL MUNICIPIO DE NEIVA por lo expuesto en la parte motiva.'

'DÉCIMO CUARTO: Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.'

'DÉCIMO QUINTO: En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente…"

'DÉCIMO SEXTO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al Representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C,)." (Resaltado y subrayado fuera de texto)

1.7 Mediante providencia de 23 de agosto de 2007, el Tribunal, a solicitud de las partes, aclaró el laudo arbitral; en la parte resolutiva se lee entre otras cosas lo siguiente (Fls. 646 a 676, cd. ppal, C.E.):

1.8 En escrito presentado el 30 de agosto de 2007, según certificación expedida por el Presidente del Tribunal de Arbitramento, la Unión Temporal Diselecsa Ltda. e I.S.M. S.A., por intermedio de apoderado, interpuso el recurso de anulación invocando las causales consagradas en "los numerales 2, 4, y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998." (FL. 678 y 687, cd. Ppal. C.Edo.).

1.9 El impugnante sustentó el recurso ante la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2008; a propósito de la causal 2 del artículo 72 de la Ley 80 "Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...", el impugnante señaló que el laudo fue dictado en equidad, como se desprende del numeral noveno de la parte resolutiva, mediante el cual se condenó a las sociedades concesionarias a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión, la suma de $5.437.253.791,58 modificada por la corrección del laudo a la suma de $6.545'073.556,18, recibida por la Unión Temporal concesionaria, a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, al interpretar que la TIR en el flujo financiero proyectado obedecía, en estricto sentido, a la utilidad razonable por operación y mantenimiento que, estimó sin soporte alguno, en un porcentaje del 8%, idéntico al contemplado para el suministro e instalación, rentabilidad que el Tribunal consideró "razonable" como juez del contrato, sin consultar el riesgo asumido que, en el presente caso, estaba explícitamente cuantificado en los documentos integrantes de la oferta del concesionario que fue aceptada por el Municipio, en la cual se estableció que la TIR del proyecto se estimaba en un 38%.(Fls. 690 a 742, cd. ppal. C.Edo.).

Frente a las causales 4 y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, "haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de los pedido" y "no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento", respectivamente, el actor señaló en cuanto a la causal 4º que las condenas aplicadas en el laudo debían ser consecuencia de unas decisiones declarativas. Así, las pretensiones OCTAVA, NOVENA y DÉCIMA perseguían la declaratoria judicial de la violación del contrato de concesión, de forma que sólo después de reconocer esa situación podría el Tribunal proceder a realizar las condenas contenidas en los puntos DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO y DÉCIMO QUINTO del Laudo, pues para el actor las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, CUARTA y QUINTA no son ni pueden ser causa de una pretensión de condena, razón por la cual terminó resolviendo sobre pretensiones subsidiarias que sólo eran procedentes rechazando

las principales. En consecuencia, solicita declarar la prosperidad del recurso de anulación y corregir los puntos OCTAVO y NOVENO del laudo recurrido.

En lo que se refiere a la causal establecida en el numeral 5º -citada- se afirma que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las excepciones de cumplimiento del contrato y de buena fe, aceptándolas, pero no se pronunció sobre sus consecuencias, así como para resolver de fondo sobre las pretensiones auxiliares de restablecimiento del equilibrio económico del contrato debió antes pronunciarse sobre la excepción de falta de presupuestos para invocar el citado desequilibrio. En consecuencia, solicita corregir los numerales OCTAVO y NOVENO del Laudo, en el sentido de denegar respecto del numeral OCTAVO las pretensiones principales DECIMA TERCERA y DÉCIMA CUARTA, y denegar respecto del numeral NOVENO la pretensión principal DÉCIMA QUINTA.

1.10 Dentro del término que para el efecto establece la ley, el Municipio de Neiva por intermedio de apoderada, calificó como absurda la tesis de la recurrente en el sentido de que los árbitros no estaban habilitados para interpretar los documentos contractuales, cuando se le solicitó al Tribunal establecer cuáles eran los derechos económicos de que era titular una de las partes del contrato, como contraprestación por las actividades ejecutadas en desarrollo del mismo. Consideró que de la simple lectura del Laudo se infiere que la decisión adoptada tuvo como fundamento un análisis jurídico, el examen y valoración de la prueba con respaldo en las normas legales vigentes aplicables, la jurisprudencia existente sobre la materia, los documentos de la licitación y el contrato, todo lo cual fue objeto de estudio, ponderación e hilada argumentación por parte del Tribunal. (fls. 747 a 759, cd. ppal C. Edo.).

1.11 Mediante providencia del 13 de mayo de 2009 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, se anuló la totalidad del laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario de 23 de agosto del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 1997, suscrito entre las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. –DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. –I.S.M. S.A. (parte convocada) y el Municipio de Neiva (parte convocante), al encontrar probada la causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia

aparezca manifiesta en el laudo".

1.12 Las consideraciones más importantes de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para encontrar probada dicha causal se transcriben in extenso, por tratarse de materia fundamental para la decisión de la presente acción de tutela.

"…En el asunto sometido a estudio de la Sala, las partes expresamente convinieron que las controversias que eventualmente se suscitaran en el contrato, serían sometidas al conocimiento de un Tribunal de arbitramento que fallaría en derecho, pero si así no lo hubieren expresado en el pacto arbitral, al tenor de lo dispuesto por la norma en comento, el fallo sería en derecho y no en conciencia.

Los argumentos esgrimidos por las sociedades convocadas y a la vez impugnantes del laudo, para sustentar la causal de haberse fallado en conciencia y no en derecho, hacen referencia a la decisión de condena contenida en el numeral noveno de la parte resolutiva del fallo, en cuanto que en su sentir, ésta se fundó en unas pocas pruebas recaudadas en el proceso sin tener en cuenta lo dispuesto por la ley y el contrato y so pretexto de la interpretación de la voluntad de las partes llegó a conclusiones que provienen del sentido de la equidad de los árbitros, como también por haber interpretado que la TIR en el flujo financiero proyectado, obedecía en estricto sentido a la que podría estimarse como utilidad razonable por operación y mantenimiento, la cual estimó en un porcentaje del 8%.

La Sala verificará si el Tribunal de Arbitramento, para adoptar su decisión, partió de argumentos jurídicos fundados en las normas positivas que regulan la materia, el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario y aceptada por el Municipio, el contrato de concesión que constituye ley para las partes y en el análisis del material probatorio allegado regular y oportunamente al proceso. Para tal fin examinará detenidamente el contenido de todos estos documentos y el laudo arbitral en relación con los fundamentos que sirvieron al Tribunal para imponer la condena contenida en el numeral noveno de la parte resolutiva del mismo el cual es motivo de impugnación con fundamento en causal contenida en el numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

i) El pliego de condiciones.

El pliego de condiciones de la Licitación Pública No 01-97 y las adendas 1 y 2 de 13 y 17 de diciembre contienen las reglas bajo las cuales se presentarían las ofertas por parte de los interesados, se haría la selección del contratista y también, en dichos documentos se fijaron las bases bajo las cuales se desarrollaría el contrato.

A continuación se transcribirán los apartes del pliego de condiciones que atañen a la remuneración del concesionario y a la recuperación de la inversión, aspectos que tocan directamente con el tema que se cuestiona por vía del recurso de anulación formulado contra el laudo arbitral.

"Numeral 6. Instrucciones para presentar las ofertas"

6.4. Son documentos esenciales de la propuesta y de obligación (sic) presentación:

6.4.7. Formularios de: Nro. 6. Cantidades y precios de la oferta; Nro. 7 Costos de Operación y Mantenimiento del alumbrado público; (…)

6.5.15. Esquema de Financiación propuesto y carta de aprobación de cupo de crédito en firme de los fondos necesarios para acometer el proyecto, expedida por una entidad financiadora a nombre del proponente. (fls. 15 y 16, cd. pruebas 1)

"Numeral 7 Marco de Referencia."

Los proponentes deberán tener en cuenta para la presentación de su oferta, lo siguiente: (…)

7.9) La Alcaldía autorizará a la Electrificadora del Huila el traslado de lo facturado y recaudado por efecto del cobro de la tasa de impuesto del Alumbrado Público a la firma concesionaria, previa deducción del valor de la facturación mensual por concepto de suministro de energía para alumbrado, y de los costos que se hayan acordado por concepto de facturación y recaudo. Lo anterior en caso de que el suministro de energía sea realizado por esta entidad.

7.10) Será responsabilidad del concesionario, establecer su propio esquema financiero a fin de darle operatividad y viabilidad a la concesión."

7.11) El término de la concesión será de veinte (20) años. (fls. 19 a 20, cd. 1 pruebas)

"Numeral 12. Financiación, Forma de pago y capacidad financiera.[2]

12.1. Financiación.

Será responsabilidad del concesionario obtener la financiación requerida para el buen desarrollo de la concesión.

12.2.1 Fuente de pago:

La Alcaldía Municipal pagará al concesionario el costo mensual del suministro, de la operación y mantenimiento con los remanentes del recaudo por concepto de impuesto de alumbrado público, una vez se haya cancelado el valor mensual del suministro de energía para alumbrado público, y los costos de facturación y recaudo. Igualmente deberá tenerse en cuenta la deducción de tres por ciento (3%) del valor trasladado a la fiduciaria por parte de la Electrificadora para atender los gastos de interventoría.

… Hicieron parte del pliego de condiciones varios formularios que debían ser diligenciados por los posibles oferentes, entre ellos los correspondientes a los precios o costos de suministro, repotenciación, expansión, operación y mantenimiento, del alumbrado público.

En el formulario No. 6 se lee: "Presupuesto inversión inicial para la repotenciación de la iluminación.". En dicho formulario aparece la descripción de la clase de los materiales y las cantidades solicitadas, el valor unitario y el valor total; las actividades o mano de obra necesaria para que el oferente la diligenciara incluyendo, igualmente, el valor unitario y el valor total. También se encuentran los rubros denominados Administración, imprevistos, utilidad e IVA del 16% sobre la utilidad, aspectos que también debían ser diligenciados por los proponentes. (numeral 12.2.1 Fuente de pago) (fl. 51, cd. 1 pruebas)

Como parte del pliego de condiciones, obra en el plenario, el formulario No. 7 denominado "Costos de Operación y Mantenimiento" en el cual aparecen los tipos de luminarias requeridas para la prestación del servicio de alumbrado y las cantidades solicitadas, con el fin de que los proponentes incluyeran el valor unitario de cada una de ellas. Adicionalmente en dicho formulario se estableció: "Los valores presentados en este formulario deberán ser

sustentados teniendo en cuenta la vida útil de la luminaria y sus accesorios.”(fl. 52, cd. 1 pruebas)

Otro de los formularios que hace parte del pliego de condiciones es el No. 8, el cual se refiere a los denominados “costos del servicio de operación y mantenimiento del alumbrado público” discriminados en los rubros de: nómina del personal administrativo y operativo del proyecto, gastos administrativos, equipos, repuestos y herramientas de operación en el cual se totalizaba el costo anual de operación y mantenimiento. (fl. 53, cd. 1 pruebas)

Conclusiones en relación con el pliego de condiciones.

2. Igualmente se dispuso en el pliego, que la Administración cedería, con destino al proyecto de concesión, los recursos provenientes del recaudo del alumbrado público – luego de descontar el valor de la energía, los costos de facturación y recaudo y la deducción del 3% por concepto de gastos de interventoría-, recursos que constituyen la fuente de pago de los costos mensuales del suministro, operación y mantenimiento a cargo del concesionario. Los recursos del proyecto debían ser administrados por una entidad fiduciaria, previa constitución de un patrimonio autónomo o fideicomiso por parte del concesionario.

3. Entre los documentos de la licitación, los proponentes debían diligenciar varios formularios, entre ellos los números 6 y 7. Se observa que el formulario 6 estaba destinado para que el concesionario incluyera los costos del suministro y repotenciación. En este formulario se utilizó el esquema de costos directos e indirectos y como parte integral de estos últimos están los conceptos de administración, utilidad e imprevistos, esquema que no es usual en los contratos de concesión pero así fue establecido en las reglas de la licitación y debe ser respetado.

Cabe precisar que el esquema de costos directos e indirectos en el precio, tan solo fue previsto para el suministro y repotenciación de las luminarias, actividad que el concesionario debía cumplir dentro de los 12 primeros meses del contrato, puesto que para los costos de operación y mantenimiento, el pliego estableció otro esquema, acostumbrado en los contratos de concesión, en el cual se establece el valor o remuneración por la actividad desarrollada, y dentro de ella debe estar comprendida la utilidad y por supuesto la valoración de los riesgos que debe asumir el inversionista durante el desarrollo del proyecto

y en general todo costo que deba ser retribuido, precisión que resulta de fundamental importancia en el sub lite.

ii) La propuesta.

Entre los documentos integrantes de la propuesta presentada por el concesionario, en los temas referidos al aspecto de financiación del proyecto y la remuneración del concesionario, es preciso destacar la carta de presentación de la propuesta, en la cual la Unión Temporal convocada presentó, entre otras, las siguientes aclaraciones:

"1. A LA PROYECCIÓN DEL RECAUDO.

Como quiera que el Municipio pagará al Concesionario, el costo mensual del suministro y del mantenimiento en el recaudo por concepto de impuesto del alumbrado público, el Municipio se comprometerá a mantener el impuesto citado en la medida que conserve las condiciones económicas del contrato de concesión y en el evento de que se produzca su extinción o su disminución, el municipio asumirá las obligaciones de pago con otros recursos o adoptará las soluciones que conserven el equilibrio económico del contrato."

"2. CONDICIONES DE LOS PRECIOS PROYECTADOS.

La proyección financiera del proyecto se calculó con base en las variables macroeconómicas de la economía del país, tomando para la compra de energía I.P.P; operación y mantenimiento I.P.C. y recaudo con el I.P.P. y la tasa de crecimiento anual de la demanda del 2,5%., el cálculo de los créditos están basados en DTF (TA) + 4.0."

(…)

"4. CONDICIONES DE LOS PRECIOS.

En el formulario No. 2 se encuentra el resumen de la oferta presentada por la Unión Temporal concesionaria, que contiene la determinación del valor total de la propuesta por el monto de $5.278'209.103 y el plazo propuesto como duración de la concesión por 20 años. (fl. 14, cd. pruebas 1)

En el formulario 6 de la propuesta presentada por la Unión Temporal concesionaria,

correspondiente al presupuesto inicial para la repotenciación de la iluminación, es decir, para el suministro y repotenciación de luminarias, se estableció como valor de los materiales la suma de $3.414’713.761; para el rubro de mano de obra se propuso un costo de 765’052.713, lo cual arrojó un subtotal por costos directos de $4.179.766.474. Los costos de administración fueron calculados en un 15% del monto de los costos directos, suma que asciende a $626’964.971; por imprevistos determinó el 2% de los costos directos, equivalentes a $83’595.329 y la utilidad fue tasada en un 8% de los costos directos, monto equivalente a $334’381.318. (fl. 209, cd. pruebas 1). Finalmente se consignó la siguiente nota: “Estos precios se indexarán al 1.5% mensual después del vencimiento de la validez de la oferta.”

En el formulario 7 de la propuesta, la Unión Temporal concesionaria plasmó los costos de operación y mantenimiento, tomando como base los tipos de luminarias exigidas y las cantidades solicitadas, multiplicadas por el precio unitario, operación que arrojó un valor total de $557’749.536; en dicho documento se lee:

“VALOR TOTAL DEL MANTENIMIENTO POR LOS 20 AÑOS $9.134’003.531 EN VALOR PRESENTE A DICIEMBRE DE 1997.

“Nota: Aplicando la tasa promedio de crecimiento anual del 3%, un incremento promedio en precios unitarios anuales equivalentes al índice de precios al consumidor, estimados en el 18% y el tiempo de duración del contrato, se obtiene el valor total anterior.” (Fl. 211, cd. pruebas 1)

En el formulario 8 de la propuesta, la Unión Temporal Concesionaria discriminó los costos del servicio de operación y mantenimiento correspondientes al personal administrativo, al personal operativo y a los equipos requeridos para la operación (equipos, herramientas y repuestos), para un total anual de $557’749.536, cifra que es igual a la consignada en el formulario No. 7. (fl. 213, cd 1 pruebas)

En cumplimiento de lo ordenado por el pliego de condiciones, la Unión Temporal concesionaria presentó con la propuesta, el esquema financiero y el flujo financiero proyectado, plasmado en varios cuadros que reflejan los ingresos y egresos por diversos conceptos, mes a mes durante los 20 años (240 meses) de ejecución del contrato. (fls. 402 a 422, cd pruebas 1.)

Conclusiones sobre la oferta presentada.

1. En la oferta presentada por la Unión Temporal Concesiona, aceptada por el Municipio, se dejó claro que el riesgo por ingresos del alumbrado público se encontraba a cargo del Municipio, entidad que debía aportarlos de manera regular al patrimonio autónomo, independientemente de que dicha tasa se cobrara o no a los usuarios.

2.Igualmente la Unión Temporal concesionaria de manera expresa manifestó en su propuesta que la proyección financiera se había calculado con base en las variables macroeconómicas de la economía del país, tomando para operación y mantenimiento el I.P.C., la tasa de crecimiento anual de la demanda en un 2,5%, y el cálculo de los créditos basado en DTF (TA) + 4.0.

3. También de manera expresa señaló en su propuesta que los precios ofertados en el formulario No. 6, es decir, los de suministro y repotenciación se indexarían mensualmente en el 1.5%, a partir de la fecha de vencimiento de la validez de la oferta.

4. En el formulario No 6, correspondiente a los costos de suministro y repotenciación o sea la inversión inicial del proyecto que debían cumplirse durante los primeros 12 meses de la concesión, la Unión Temporal en acatamiento de lo prescrito en el pliego de condiciones incluyó el valor de los costos directos y sobre dicho monto calculó lo costos indirectos de Administración, Imprevistos y Utilidades, para éste último rubro calculó un 8%. Reiteró que la indexación de los costos de suministro y repotenciación sería del 1.5 % mensual después de vencida la oferta.

5. En el formulario No. 7 determinó los costos de operación y mantenimiento en una suma de $557’749.536 anual; los cuales discriminó en el formulario No. 8. Igualmente señaló que el costo total de la operación y mantenimiento durante los 20 años del plazo de la concesión a precios de diciembre de 1997, es decir, de la presentación de la oferta era de $9.134’003.531, que la tasa promedio de crecimiento anual que se había aplicado era del 3% y el incremento de los precios se había hecho con el I.P.C., el cual, para la fecha de la presentación de la oferta, estimó en un 18% anual.

6. El flujo financiero contiene la forma en que el concesionario proyectó el desarrollo del contrato durante los veinte años correspondientes al plazo de la concesión, discriminados

mes a mes, incluidos los ingresos y egresos; entre los rubros del flujo financiero aparecen los siguientes:

a) La operación y mantenimiento: se encuentra prevista desde el segundo mes de la concesión hasta el último día del contrato (renglón 6). El costo del mes inicial se proyectó en $46’479.128 y el del mes 240, (último mes) asciende a $1.162’746.636.

b) Los costos por publicidad, seguros, impuestos y contingencias (renglón 8) se establecieron para los 20 años de concesión; desde el primer mes, hasta el mes 240. El costo inicial se proyectó en $17’934.537 y el del último mes en $542’729.436.

c) La comisión fiduciaria o remuneración a favor de la entidad fiduciaria contratada por el concesionario para el manejo de los dineros, incluido el IVA, se proyectó para los 240 meses del plazo de la concesión (renglón 9). En el mes uno la comisión se previó en un monto de $ 6’612.000 y en el mes 240 en $71’434.558.

d) Los créditos obtenidos en los bancos por parte del concesionario con el fin de financiar el proyecto eran del monto de $5.641’000.000 según la propuesta presentada, dichos recursos se ven reflejados en el flujo financiero (renglón 21), el desembolso y su ingreso al fideicomiso se previeron entre el mes primero y el mes 20 de la concesión.

e) Los abonos a capital por el crédito obtenido (renglón 11) se previeron a partir del mes 37 de la concesión, préstamos que terminarían de ser amortizados en el mes 79 de la concesión.

f) Entre los costos del proyecto también se encuentran previstos los intereses que causan los recursos provenientes de créditos obtenidos por el concesionario en el mercado bancario (renglón 10). Según el flujo financiero proyectado los intereses se causarían a partir del tercer mes de la concesión y la última cuota estaba prevista para el mes 79.

g) En armonía con la propuesta, el flujo financiero proyectado refleja que el capital de riesgo o EQUITY (renglón 23), que el concesionario se comprometió a aportar por el monto de $1.128’000.000 se aportaría en forma sucesiva y mensual dentro de los primeros 13 meses de la concesión, uno en el mes 15, otro en el mes 18 y un último aporte en el mes 20.

h) El costo de la interventoría según la propuesta presentada por el concesionario, asciende al monto de $1.439’121.082, valores que según el flujo financiero se causarían desde el mes tercero de la concesión, con una valor inicial de $2’415.299,79 y un valor final de $311’513.603, se observa como la remuneración a la interventoría se incrementaría mes a mes.

i) El recaudo de impuesto por alumbrado según el flujo financiero de la propuesta (renglón 19) se previó a partir del mes tercero de la concesión con sumas que mes a mes tienen un incremento, la inicial es de $200’000.000 y en mes 240 al final del plazo del contrato se estimó un ingreso de $12.316’303.292, por este concepto.

j) Los dineros recaudados en el fideicomiso por concepto del alumbrado público, créditos y EQUITY no permanecen inactivos, sino que generan unos rendimientos, valor que también fue estimado en el flujo financiero del proyecto, mes a mes (renglón 18), con valores que son fluctuantes. En el mes primero de la concesión se previó como intereses por rendimientos la suma de $996.860 y desde el mes 63 de la concesión la cifra se vuelve ascendente. Al final del ejercicio, es decir en el mes 240 de la concesión, por rendimientos financieros se proyectó la suma de $19.184’829.525.

k)En el flujo financiero también se estimó el total de los ingresos mensuales (renglón 20) que no es nada diferente que la sumatoria de los recursos obtenidos por la tasa del alumbrado público, más los rendimientos financieros que estas sumas producen; concepto que en el mes 240 de la concesión, se previó que ascendería a $31.501’132.817,88.

l)En el renglón 24 del flujo financiero proyectado por el concesionario, se previó el saldo acumulado de caja en la fiducia, con valores fluctuantes que al mes 240 de la concesión fueron proyectados en un monto de $1.178.453’418.491.

Con este flujo financiero, la Unión Temporal estimó la rentabilidad o Tasa Interna de Retorno en un 38.08%, según lo expresado en su propuesta, como resultado de la ejecución del proyecto.

iii) El contrato.

Las partes convinieron las siguientes cláusulas contractuales:

“CLAUSULA SEGUNDA – OBJETO DEL CONTRATO. (…)’

El contrato se acordó por un valor indeterminado pero determinable en los siguientes términos:

“CLAUSULA TERCERA.- VALOR DEL CONTRATO. (…) ‘

“CLAUSULA DECIMA OCTAVA – RETRIBUCION. (…)’

En cuanto a la forma de pago y manejo económico, las partes convinieron lo siguiente:

“CLAUSULA TRIGESIMA SEGUNDA: FORMA DE PAGO AL CONCESIONARIO Y MANEJO ECONOMICO: (…)’

El plazo del contrato fue pactado en las cláusulas quinta y vigésima séptima cuyo contenido es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA QUINTA- PLAZOS (…)’

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA: DURACIÓN DEL CONTRATO. (…)’

Conclusiones en relación con las cláusulas pactadas:

1. La actividad fundamental del objeto del contrato estuvo constituida por la operación y el mantenimiento de la infraestructura del servicio del alumbrado público del Municipio de Neiva, incluido además, el suministro, la instalación, reemplazo y renovación de las luminarias y de los accesorios eléctricos, la repotenciación y expansión del sistema.

2. El contrato de concesión celebrado es de cuantía indeterminada, pero determinable, valor que se obtiene de multiplicar los precios indicados para cada ítem, en los dos grandes rubros de: i) suministro e instalación y ii) operación y mantenimiento, por el plazo del contrato, ajustado con los factores previstos en la oferta.

3. El Municipio, como contraprestación por las actividades desarrolladas por el concesionario, le retribuiría el costo mensual del suministro e instalación y la operación y el mantenimiento con la cesión de los recursos provenientes del alumbrado público recaudado, recursos que el Municipio debía consignar mensualmente y cuya administración

se encuentra a cargo de una entidad fiduciaria, a través de un patrimonio autónomo constituido por el concesionario mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil.

4. La entidad fiduciaria debía hacer los pagos solicitados por el concesionario pero ejerciendo el respectivo control tanto para que los aportes de crédito y capital de riesgo que debía hacer el concesionario se cumplieran en la oportunidad prevista en el contrato como para que los egresos no excedieran del flujo básico acumulado para cada ítem.

5. La financiación del proyecto estaba a cargo del concesionario, la cual se adelantó con recursos propios y recursos de crédito, valores que debían ingresar al patrimonio autónomo de acuerdo con lo previsto en el flujo financiero.

6. El Municipio estaba obligado a mantener la tasa del alumbrado público, recaudarla y luego de restar los gastos de suministro de energía, recaudo, facturación e interventoría, debía consignar los saldos en el patrimonio autónomo, puesto que una de las obligaciones de la entidad pública consistió en ceder al concesionario la tasa del alumbrado público.

7. El plazo del contrato se pactó a 20 años que se contarían a partir de la fecha de la suscripción del acta de iniciación. El inicio del contrato debía producirse a los 90 días calendario después de haberse suscrito el contrato; el suministro e instalación de las luminarias y demás accesorios debía cumplirse dentro de los 12 meses siguientes al inicio del contrato y el mantenimiento y la operación del sistema del alumbrado público debía cumplirse durante la totalidad de los 20 años de la concesión.

8. Como se observa en aquellas cláusulas del contrato de concesión, referidas a la remuneración del concesionario, concretamente las cláusulas: tercera, décimo octava y trigésima segunda, no se estableció cifra alguna o porcentaje por concepto de utilidad a favor del concesionario, puesto que dichas cláusulas remiten expresamente a los factores contenidos en la propuesta.

iv) El dictamen pericial.

En el dictamen pericial practicado dentro del proceso, tanto las partes como el Tribunal formularon diversas preguntas relacionadas con la TIR del proyecto, entre otras se destacan

las siguientes:

Pregunta 13 formulada por los árbitros:

“Determinar cuál es la tasa interna de retorno (TIR) del flujo financiero presentado en la propuesta y que hace parte del contrato de concesión materia del proceso.” (Fl. 45, cd. Pruebas 13)

Se advierte que esta misma pregunta fue formulada por la entidad pública concedente y a la vez convocante en este proceso, en el numeral 11 del cuestionario, en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta los documentos que forman parte de la propuesta adjudicada por el Municipio de Neiva a la U.T. Diselecsa-ISM. En lo sucesivo la UT o el concesionario, específicamente el denominado “Esquema Financiero Propuesto y Flujo Financiero Proyectado, que obra en el expediente aportado por la parte convocante, el señor perito se servirá responder:

1.1. Pregunta 1.1.

¿Cuál es la tasa Interna de Retorno (en lo sucesivo TIR) prevista por dicho flujo financiero? El perito se servirá expresar dicha TIR en términos Efectivo Anual y Mes vencido.” (Fl 142, cd pruebas 3)

La respuesta es la siguiente:

“Teniendo en cuenta el Flujo Financiero proyectado Folios 248 a 268 de la propuesta, que concluye en la línea 24 “saldo acumulado caja fiducia” este saldo no corresponde a un flujo libre de caja en el sentido estricto. Por lo tanto no es correcto financieramente hablando estimar la Tasa Interna de Retorno del proyecto (TIR) con base en cifras diferentes a un flujo de caja libre. A partir de los rubros que constituyen el flujo financiero propuesto que están directamente relacionados con el objetivo de la operación del proyecto, se construye el flujo libre de caja, con el objetivo principal de esta pregunta, que consiste en estimar la TIR del proyecto.

Cabe anotar que el flujo de caja libre constituye las salidas y entradas de dinero efectivo

en un período determinado sin incluir ningún rubro no operativo y ningún rubro relacionado con la estructura de capital de una firma (deuda y equity). La tabla 13 muestra los componentes usados para construir el flujo libre de caja de acuerdo a los rubros del flujo financiero a folios 248-268 de la propuesta.

Según los componentes del flujo de caja libre que se detallan en la tabla 1 y de acuerdo al valor de los rubros proyectados en la propuesta Folios 248 a 268, se calculó la TIR del proyecto que equivale a 3.428% efectiva mensual equivalente a una tasa efectiva anual de 49.865%(Fl. 45, cd. Pruebas 13)

Pregunta 14, formulada por el Municipio de Neiva.

“Determinará y establecerá si en el flujo financiero proyectado que obra a folios 248 a 268 de la propuesta del concesionario figura algún rubro o línea denominada “retorno de la inversión” y en caso positivo qué valores indicaba a favor del concesionario. (Fls. 314, cd. Pruebas 13)

La respuesta es la siguiente:

“El flujo financiero proyectado presente en los folios de 248 a 268 de la propuesta del concesionario no contiene ningún rubro denominado “retorno de la inversión”. Por tal motivo no se determina ni establece ningún valor a favor de la Unión Temporal DISELECSA LTDA ISM S.A. (Fls. 314, cd. Pruebas 13)

Pregunta 27 formulada por el Municipio de Neiva.

“Determinará si el nivel de utilidades con relación al valor reportado por el concesionario y/o por alguna o algunas de las sociedades que lo integran en cada una de las facturas que le fueron pagadas por la fiduciaria, por concepto de operación y mantenimiento, fue del 9% para cada una de las facturas y en caso contrario diga cuál fue su nivel de utilidades reportado por el concesionario o alguno de los integrantes de la UT para cada caso de operación y mantenimiento (fl. 389, cd. Pruebas 13).

La respuesta es la siguiente:

“En la tabla 36 (columna 6) se muestra el porcentaje de utilidades reportado por la Unión

Temporal DISELECSA LTDA- ISM S.A. para cada una de las facturas que fueron pagadas por la fiducia, por concepto de operación y mantenimiento (Anexo 12)

En conclusión, el nivel de utilidades registrado en las facturas presentadas por la Unión Temporal DISELECSA LTDA-ISM S.A. muestra para el concepto de operación y mantenimiento utilidades del 8%. (Fl. 391, cd. Pruebas 3)

Del contenido del dictamen pericial resulta claro que en el flujo financiero elaborado por el concesionario, el cual hace parte de la propuesta que fue aceptada por el Municipio y por ende, del contrato, claramente se advierte que en él no se incluyó un ítem que se denominara egresos por concepto de retorno de la inversión toda vez que los rubros introducidos en el flujo financiero al cumplirse en los términos, oportunidades y valores allí consignados o proyectados, arrojaban una tasa interna de retorno del proyecto estimada por el concesionario en un 38,08% anual, según lo indicado en la propuesta, pero que en los cálculos efectuados por el perito, con las mismas cifras de la oferta, era un poco mayor equivalente a una tasa de 49,865% anual.

De otra parte, en el dictamen pericial se pudo establecer que en cada una de las facturas cobradas por el concesionario, por concepto de las actividades de operación y mantenimiento del alumbrado público, estaba obteniendo una utilidad del 8%; lo cual lleva a concluir que aunque en los formularios No. 7 y 8, no se aprecia un rubro como tal que se denomine utilidad, dichos precios contenían implícita la utilidad que debía obtener el concesionario.

v) El laudo arbitral.

En el acápite III del laudo arbitral se acometió el estudio de las pretensiones y excepciones formuladas por las partes; en el numeral 1.1 el Tribunal se pronunció sobre “la pretensión de remuneración por suministro y montaje de luminarias, operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado” (fls. 431, cd. ppal C. Edo).

En las consideraciones a dicha pretensión el Tribunal señaló la necesidad de establecer la recíproca intención de las partes plasmada en los documentos contractuales respecto de varios puntos, entre ellos si el municipio de Neiva garantizó la TIR del proyecto o el retorno de la inversión o si la remuneración o contraprestación del concesionario se refiere a los

precios, costos mensuales del suministro e instalación, operación y mantenimiento y si dichos precios contienen la utilidad y retribuyen los costos e inversiones. (fl. 490, cd. ppal C. Edo.)

'… El Tribunal destacó de los documentos contractuales, varios aspectos, entre otros, el referido al retorno de la inversión y las utilidades del concesionario, tema de interés por constituir la esencia de la condena consignada en el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo, decisión que fue cuestionada por las impugnantes, por vía del recurso de anulación con fundamento en la causal del numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, señaló que para establecer el sentido y alcance de lo acordado por las partes en cuanto a la remuneración derivada de la operación y el mantenimiento de la infraestructura del servicio del alumbrado público, debió acudir a la propuesta presentada por el concesionario, concretamente a los formularios 7 y 8, que contienen los "costos de operación y mantenimiento" y los "costos del servicio de operación y mantenimiento", documentos que interpretó a la luz de las cláusulas contractuales previamente referidas y el pliego de condiciones para arribar a la siguiente conclusión "en lo relativo a los costos de operación y mantenimiento, el concesionario en su propuesta formularios 7 y 8, listó los costos por operación y mantenimiento sin discriminar en ellos utilidad o beneficio alguno", pero que como el concesionario había acompañado la propuesta de un flujo financiero, allí podía apreciarse la estructura del negocio por él concebido con la totalidad de variables económicas que había considerado entre ellas la TIR del proyecto. (Fls. 513 a 514, cd. ppal C.Edo)

Consideró que el alcance del flujo financiero no implicaba obligación del municipio convocante de pagar la totalidad de los conceptos, ni las sumas previstas en la proyección o estimativo presentado con la propuesta y menos garantizar dichos pagos, ni asumir los riesgos de déficit que pudieran presentarse en relación con los recaudos estimados. De otra parte señaló que la transferencia al fideicomiso de los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público, fuente de pago acordada para la retribución del concesionario, no determinaba que éste fuera su titular, puesto que tales recursos pertenecían exclusivamente al dominio público y se encontraban destinados, por disposición legal, para atender los costos de suministro, mantenimiento operación y

expansión del sistema.

El Tribunal se refirió a la prueba pericial practicada en el proceso con el fin de precisar el método utilizado por el concesionario para calcular la TIR (Tasa Interna de Retorno) del proyecto que fue presentada con el flujo financiero de la propuesta; señaló que en dicho dictamen se puntualizó sobre "las inconsistencias entre la TIR contenida en el cuadro y la resultante de todo el flujo, TIR múltiples", como respuesta a la pregunta 1.1 formulada por la parte convocada.[3](fls. 516 a 517, cd. ppal C. Edo.)

El Tribunal también hizo alusión al testimonio rendido en el proceso por el señor Andrés Enrique Taboada, en relación con las diferencias que se presentaron entre la Tasa Interna de Retorno presentada con la propuesta y la TIR real del contrato, en el cual sostuvo lo siguiente: "si uno calcula la TIR de ese flujo incluyendo el ingreso por intereses le da cerca del 54% efectivo anual y en la hoja de flujo dice 36.8 o 38 algo". (fls. 517 a 518, cd. ppal., C. Edo.)

Con base en lo anterior, el Tribunal arribó a las siguientes conclusiones:

Por otra parte la rentabilidad de una inversión está vinculada al monto del capital invertido, al riesgo asumido, al tiempo de su recuperación y a la gestión, a punto que entre mayor sea la inversión, el riesgo, la duración y la eficiencia, naturalmente mayor será la rentabilidad.

En el caso concreto las inversiones realizadas por el concesionario estuvieron destinadas a la repotenciación, suministro e instalación de luminarias, para lo cual aportó capital propio y acudió a créditos y, su inversión por tal concepto fue recuperada con una utilidad propuesta del 8%. De otro lado el costo de operación y mantenimiento como se expresó, se propuso en los formularios 7 y 8, sin indicar el concepto de utilidad. Sin embargo, el flujo financiero proyectado integrante de la propuesta, proyecta en el tiempo los egresos para los componentes de suministro e instalación, operación, mantenimiento y expansión, en forma integral y contiene lo llamado por el proponente "TIR proyecto"

Considera el Tribunal, por las razones expresadas, desentrañando la recíproca intención de las partes en coherencia con la naturaleza del contrato de concesión, el derecho a una contraprestación proporcionada, razonada y equilibrada, que tome en consideración los

factores de eficiencia y riesgo, que ya quedaron expuestos cuando se hizo el análisis del contrato de concesión, que lo rotulado como TIR en el esquema financiero propuesto por el concesionario y aceptado por el Municipio, es una utilidad asociada al proyecto integral, esto es, comprensivo de la repotenciación, la operación y la expansión, pues lo contrario, comportaría un contrato en la fase de operación y mantenimiento sin una adecuada y proporcionada retribución o remuneración desvirtuando por completo la naturaleza del contrato y su ejecución práctica.

Entiende el Tribunal que la noción de "costo", desde un punto de vista estricto económico, está referida a los gastos o egresos de una actividad y, por consiguiente, no contiene la utilidad. Empero, considera que lo que las partes entendieron como "Costo" de operación y mantenimiento está asociado también al cuadro financiero proyectado y, por ende, a lo mal denominado "TIR del proyecto", proyectado en rigor en una "utilidad" para el componente de operación y mantenimiento.

En efecto en este cometido, tomando como base la totalidad de las variables que fueron presentadas en su flujo financiero proyectado y llevándolas a una ecuación financiera y tomando en consideración los elementos de duración del contrato, riesgos del recaudo, factores de crecimiento históricos del servicio, remuneración empleada en otras concesiones del sector, entre otras, el Tribunal considera que lo denominado como "TIR" en el flujo financiero proyectado obedece estricto sensu a la utilidad razonable por la operación y mantenimiento y, para tal efecto, estima razonable un porcentaje idéntico al contemplado para el de suministro e instalación, esto es, un 8%.

Debe precisar el Tribunal que no existe prueba en el proceso que los costos de operación y mantenimiento de la propuesta del concesionario contengan implícitamente la utilidad. Por ello estima que al valor del "costo" propuesto debe adicionarse a título de utilidad razonable el 8%, aplicando para tal efecto, idéntico parámetro al de suministro e instalación. (Subrayado y negrilla no es del texto original)

Desde otra perspectiva, concluye el Tribunal que conforme a lo expresamente pactado en el contrato, el Municipio solo está obligado a pagar los costos de operación y mantenimiento contenidos en la propuesta del concesionario, con el entendimiento anteriormente expuesto, es decir adicionando el 8% a título de utilidad ("Formulario No. 7- COSTOS DE

OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO” y Formulario No. 8” Costos del servicio de operación y mantenimiento del alumbrado público”), aceptada por el Municipio e integrante del contrato, debidamente ajustados “con los factores contenidos en la propuesta seleccionada, la cual advirtió que la “proyección financiera del proyecto se calculó con base en las variables macroeconómicas de la economía del país, tomando para la compra de energía I.P.P., operación y mantenimiento I.P.C. y recaudo con el I.P.P. y la tasa de crecimiento anual de la demanda del 2.5% el cálculo de los créditos están basados en DTF (TA) 4.0 puntos”, aclarando para este componente (operación y mantenimiento): “ Aplicando la tasa promedio de crecimiento anual del 3% un incremento promedio en precios unitarios anuales equivalentes al índice de precios al consumidor, estimados en el 18% y el tiempo de duración del contrato, se obtiene el valor total anterior”.

‘…En suma, para el Tribunal, el concesionario solo tiene derecho a los costos de operación y mantenimiento contenidos en su propuesta indexados en el IPC y, lo denominado costo por las partes se adiciona con la utilidad del 8%. (Fls. 518 a 521, cd. Ppal. C. Edo.) (Negrilla con subrayado es del texto original, subrayado sencillo es de la Sala)

En este pronunciamiento, si bien es cierto que el Tribunal procede a hacer un análisis sobre la situación fáctica sometida a su conocimiento a la luz de lo previsto en el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario y las estipulaciones plasmadas en el contrato de concesión e igualmente, hace una apreciación sobre la prueba pericial arrimada al plenario, circunstancias que observadas en su conjunto dan la apariencia de que el laudo fue dictado con base en las normas y la prueba recaudada en el expediente, es decir en derecho, tal como se pactó en la cláusula compromisoria y como lo ordena la ley para estos casos, también lo es, que el Tribunal al resolver uno de los asuntos sometidos a su consideración, concretamente el referido a la TIR del proyecto, realmente decidió en conciencia o equidad y no en derecho como se evidencia del contenido del aparte del laudo anteriormente transcrito.

En efecto, en el laudo se afirma que los costos de operación y mantenimiento plasmados en los formularios 7 y 8 de la oferta presentada por el concesionario no indicaban el concepto de utilidad, pero que el flujo financiero proyectado, integrante de la propuesta, “proyectaba en el tiempo los egresos para los componentes de suministro e instalación, operación, mantenimiento y expansión, en forma integral y contiene lo llamado por el proponente “TIR

Proyecto”

Agregó el Tribunal sin fundamento contractual o probatorio alguno, que “la noción de “costo”, desde un punto de vista estricto económico, no contiene la utilidad. Empero, considera que las partes entendieron que el costo de operación y mantenimiento está asociado también al cuadro del flujo financiero proyectado y, por ende, a lo mal denominado “TIR del proyecto” proyectado en rigor en una utilidad para el componente de operación y mantenimiento” (fl. 519, cd. C. Edo) (subrayado no es del texto original.)

A continuación precisó: “En efecto en este cometido, tomando como base la totalidad de las variables que fueron presentadas en su flujo financiero proyectado y llevándolas a una ecuación financiera y tomando en consideración los elementos de duración del contrato, riesgos del recaudo, factores de crecimiento históricos del servicio, remuneración empleada en otras concesiones del sector, entre otras, el Tribunal considera que lo denominado como “TIR” en el flujo financiero proyectado obedece estricto sensu a la utilidad razonable por la operación y mantenimiento y, para tal efecto, estima razonable un porcentaje idéntico al contemplado para el de suministro e instalación, esto es, un 8%.”

“Debe precisar el Tribunal que no existe prueba en el proceso que los costos de operación y mantenimiento de la propuesta del concesionario contengan implícitamente la utilidad. Por ello estima que al valor del “costo” propuesto debe adicionarse a título de utilidad razonable el 8%, aplicando para tal efecto, idéntico parámetro al de suministro e instalación.”

Cabe destacar que la conclusión a la cual arribó el Tribunal no tiene fundamento en los documentos contractuales, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%; toda vez que en el formulario No 7 del pliego contentivo del presupuesto para la operación y mantenimiento tan solo aparece determinado el tipo de luminarias y las cantidades solicitadas debiendo el proponente diligenciar el valor unitario y total al momento de presentar la propuesta.

Si se examina la propuesta presentada por el concesionario, en ella no se advierte que hubiere hecho un ofrecimiento para los costos de operación y mantenimiento que reportaran una utilidad del 8%, prueba de ello es que en los formularios 7 y 8 diligenciados por el concesionario, (que hacen parte de su oferta la cual fue aceptada por el Municipio,)

en los cuales se ven reflejados los costos de operación y mantenimiento en forma resumida y también discriminada, no aparece un rubro que se denomine utilidad, tal como lo reconoce el propio Tribunal, toda vez que el esquema utilizado para calcularlos, fue diferente al de costos directos e indirectos, lo cual corrobora que el Tribunal se apartó de la prueba.

Y si se observa el contrato, en cláusula alguna aparece una estipulación en este sentido, puesto que las cláusulas, tercera y décima octava, referidas al valor del contrato y la remuneración del concesionario, no aparece expresada cifra del 8% por concepto de utilidad para la operación y el mantenimiento.

Lo anterior no significa que el Concesionario no hubiere considerado en sus precios de operación y mantenimiento, la utilidad que debía reportar por esta actividad tal como se advierte en el dictamen pericial rendido dentro del proceso, en el cual se afirmó que en las facturas presentadas y pagadas al concesionario, por concepto de operación y mantenimiento, existía un nivel de utilidades para este rubro, el cual fue calculado por el perito. (Fl. 391, cd. Pruebas 3)

Aunque en criterio del Tribunal, los costos de operación y mantenimiento no reportaban una utilidad, consideró que sí estaban asociados al flujo financiero, para luego llegar a la conclusión de que la TIR del proyecto, indicada en el flujo financiero proyectado, corresponde a la utilidad razonable que debía obtener el concesionario por la operación y mantenimiento y estimó en su íntima convicción que era razonable conceder como utilidad un porcentaje del 8%, idéntico a la utilidad contemplada para los costos de suministro e instalación que fueron plasmados en el cuadro No. 6 de la oferta presentada por el concesionario.

El Tribunal es reiterativo al afirmar que no existe prueba en el proceso en cuanto que los costos de operación y mantenimiento contenidos en la propuesta del concesionario contengan una utilidad y por ello “estima que al valor del costo propuesto debe adicionarse a título de utilidad razonable el 8%”, tomando como directriz los precios del suministro e instalación, en los cuales sí se estableció un ítem denominado utilidad, al aplicarse el esquema de costos directos e indirectos.

Son estas apreciaciones del Tribunal, las que comportan un fallo en equidad o en

conciencia, puesto que al entender que no se había estipulado una utilidad para las actividades de operación y mantenimiento desplegadas por el concesionario, consideró equitativo estimar una utilidad razonable del 8% para este rubro, con el fin de compensar, de alguna manera, al concesionario, sin que su decisión se hubiere fundado en algunas de las regulaciones contenidas en el pliego o en las estipulaciones contractuales o en prueba pericial practicada en el proceso. Adicionalmente el Tribunal asimiló esta utilidad del 8% a la TIR del proyecto[4] al sostener: "el Tribunal considera que lo denominado como "TIR" en el flujo financiero proyectado obedece estricto sensu a la utilidad razonable por la operación y mantenimiento y, para tal efecto, estima razonable un porcentaje idéntico al contemplado para el de suministro e instalación, esto es, un 8%.", afirmación en la cual se evidencia que arribó a esta conclusión apartándose de los documentos contractuales que constituyen ley para las partes, del flujo financiero que hizo parte de la oferta presentada por el concesionario y aceptada por el municipio, el cual constituye la estimación o proyección de su negocio con la respectivas variables financieras.

El Tribunal también se apartó de la prueba pericial en la cual se indicó en qué consistía la tasa interna de retorno y cuál podía ser su valor según el flujo financiero de la oferta; independientemente de que dicha tasa interna de retorno hubiere sido del 49,865%, de conformidad los cálculos efectuados por el perito financiero o del 38,08 %, según lo estimado en la oferta; lo cierto es que el Tribunal no tenía fundamento alguno para determinar que esta debía ser del 8%, valor que estimó razonable o equitativo, mucho menos tenía fundamento legal o probatorio alguno, para concluir que la TIR calculada en el flujo financiero era igual a la utilidad de los costos de operación y mantenimiento que estimó, el Tribunal, en un 8%.

Lo cierto es que el Tribunal, en el caso concreto, en estricto sensu, no hizo una valoración errada de la prueba, aspecto que atañe al criterio o razones del juez para tomar sus decisiones, el cual no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación encaminado a corregir errores in procedendo y no in judicando; sino que sencillamente se separó de la prueba y de los documentos contractuales que gobernaron la relación negocial, al analizar y decidir la pretensión encaminada a obtener el reintegro al patrimonio autónomo de lo percibido por el concesionario por concepto de retorno de la inversión, es decir, que prescindiendo de los documentos contractuales y del dictamen pericial, en su íntima convicción encontró que resultaba equitativo y razonable determinar un 8% como TIR o

rentabilidad del proyecto y como utilidad de los costos de operación.

El fallo en conciencia se configura no solo cuando el juez ha prescindido de las normas que regulan el contrato de concesión, puesto que en el sub lite, no se consolida tal situación, toda vez que el Tribunal en repetidas ocasiones se refirió a la Ley 80 de 1993 y a los Decretos reglamentarios de la misma; a las Leyes 143 de 1994 y 105 de 1993; a las normas del Código Civil y Código de Comercio, entre otras, como también a las estipulaciones contractuales.(Fls. 467 a 481, cd. Ppal C. Edo.) sino que también se presenta -como lo ha sostenido la jurisprudencia referida al iniciar el estudio de la causal que se analiza-, cuando el juez se aparta de la prueba allegada al expediente o acude a la libre apreciación de los hechos y decide de acuerdo a su íntima convicción sobre lo justo o equitativo, es decir, que su decisión encuentra apoyo en la en su propio y personal criterio, como se evidencia en el aparte del fallo al cual se ha hecho referencia el cual sirvió de fundamento para tomar la decisión plasmada en el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo, que es materia de cuestionamiento por vía del recurso de anulación.

Lo anterior no significa que los árbitros carezcan de libertad para valorar la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, sino que en el contenido del fallo se evidencie que las decisiones tomadas por el juez no se apoyaron en la valoración de la prueba, al punto de que la decisión proferida en el laudo no guarda correspondencia alguna con el recaudo probatorio traído al proceso sino que obedece al sentido común del juez, al juicio que identifica a un hombre recto y justo, a su íntima convicción de lo justo y equitativo respecto de las diferencias planteadas por las partes del contrato, con lo cual se sustituyó la voluntad negocial de los contratantes.

En este orden de ideas, resulta claro que el fallo dictado por el Tribunal de Arbitramento, en cuanto se refiere a lo decidido en el numeral noveno de la parte resolutiva, objeto de la censura, se hizo en equidad o conciencia, y no en derecho al establecer como TIR del proyecto y a la vez como utilidad de los costos de operación y mantenimiento un porcentaje del 8%, el cual no se encontraba previsto en los documentos contractuales ni fue establecido en prueba alguna arrimada al plenario, razón que determina la prosperidad del cargo formulado.

Resulta pertinente precisar que la denominada TIR del proyecto, contenida en el flujo

financiero de la propuesta presentada por el concesionario y aceptada por la entidad concedente, fue calculada teniendo en cuenta también los costos de suministro e instalación, los cuales aparecen en el renglón 12, como reposición (inversión inicial), puesto que tal actividad debía cumplirse dentro de los primeros doce (12) meses de la ejecución del contrato, quiere decir que el concepto de TIR (rentabilidad) tiene incidencia determinante en todos los rubros del negocio celebrado y no solo en los de operación y mantenimiento." (subrayado y resaltado del texto)

1.13 El fallo citado fue objeto de dos (2) salvamentos de voto por parte de los Consejeros Ruth Stella Correa y Ramiro Saavedra, según los cuales al considerar la mayoría de la Sala que el fallo del Tribunal fue en equidad desbordó el ámbito de competencia del recurso de anulación. Los magistrados disidentes estimaron que los árbitros hicieron un ejercicio de interpretación jurídica, en el cual, la oferta, el pliego de condiciones, el contrato y otros anexos fueron valorados de tal modo que sirvieron de soporte a lo resuelto en el laudo. Adicionalmente, observaron que la valoración probatoria efectuada por el grupo de árbitros, consolidaba la conclusión de estar frente a un fallo en derecho y no frente a una decisión en conciencia.

1.14 En ese orden, el entonces Senador Rodrigo Lara Restrepo, en dicha calidad, interpuso la presente acción de tutela al considerar que mediante la providencia de anulación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 13 de mayo de 2009, se incurrió en un: i. defecto orgánico y en un ii. defecto procedimental absoluto, capaces de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y en conexidad con este la seguridad jurídica, la confianza legítima y el patrimonio público.

Con el fin de respaldar tal afirmación el actor citó in extenso la sentencias C-662 de 8 de julio de 2004 de la Corte Constitucional y las sentencias 32398 de 8 de junio de 2006, 34239 de 28 de enero de 2009 y 35288 de 10 de junio de 2009 del Consejo de Estado, para concluir que " De la simple lectura del fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, tal como lo pusieron de presente la magistrada Correa y el magistrado Saavedra en sus salvamentos de voto, los magistrados Fajardo, Gil y Guerrero, examinaron las razones jurídicas y la apreciación de la prueba respecto de los puntos sometidos a la jurisdicción de los árbitros, incluso coincidiendo en algunos aspectos y discrepando en otros sobre la valoración probatoria y la interpretación de los documentos

contractuales, particularmente, divergiendo en aquellos en los cuales se basó el Tribunal de Arbitramento en relación con la TIR del proyecto, análisis que escapaba a la jurisdicción y competencia del juez de anulación, en tanto que el mismo corresponde de forma privativa a los árbitros."

Para el actor, la Sala de decisión de la Sección Tercera realizó una nueva valoración de la prueba recaudada, al examinar todos los documentos que tuvo en cuenta el Tribunal para proferir su decisión y se detuvo a cuestionar tanto los razonamientos jurídicos como la valoración que de la prueba hizo el juez arbitral en relación con la TIR del proyecto, valoración que por voluntad de las partes involucradas escapaba al ámbito de competencia del juez.

1.14.2 En cuanto al defecto procedimental, indicó que este se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido. En el caso debatido se evidencia que "El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, incurrió en error en cuanto al procedimiento, toda vez que asumió la competencia como si fuera un trámite de segunda instancia, pronunciándose sobre el fondo del asunto, a sabiendas que se trataba de un trámite de ÚNICA INSTANCIA". Ello en consideración a que tal como lo afirma la jurisprudencia de esa Corporación la finalidad del recurso de anulación se orienta a cuestionar errores in procedendo que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y el debido proceso, de forma que el recurso de anulación es extraordinario sin que corresponda a una instancia más del proceso arbitral.

2. Intervenciones.

2.1 Myriam Guerrero de Escobar.

En su condición de Magistrada Ponente de la providencia del 13 de mayo de 2009 y, como integrante de la Sala de decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la doctora Myriam Guerrero de Escobar señaló que en la citada providencia se realizó un riguroso análisis de las razones que llevaron a la Sala a aceptar la prosperidad de la causal contenida en el numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, respecto del Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2007 y su auto complementario de 23 de agosto del mismo año. Las razones consignadas en dicha providencia niegan por sí mismas que se haya vulnerado derecho

fundamental alguno.

Señaló la entonces Consejera que el cargo del actor se contrae a que el Consejo de Estado cuestionó la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Arbitramento, lo cual no es dable por vía del recurso extraordinario de anulación. Sobre el punto señaló que la premisa de la cual parte el actor es equivocada, pues en ningún momento la Sala advirtió o afirmó que el Tribunal efectuó una errada valoración de la prueba "…y no podía hacerlo porque la prueba no fue valorada y precisamente esta situación fue la que determinó que el fallo haya sido dictado en conciencia".

Tanto es así que en la providencia se señaló expresamente: "…lo cierto es que el Tribunal, en el caso concreto, en estricto sensu, no hizo una valoración errada de la prueba, aspecto que atañe al criterio y razones del juez para tomar sus decisiones, el cual no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación encaminado a corregir errores in procedendo y no in judicando; sino que sencillamente se separó de la prueba y de los documentos contractuales que gobernaban la relación negocial, al analizar y decidir la pretensión encaminada a obtener el reintegro al patrimonio autónomo de lo percibido por el concesionario por concepto de retorno de la inversión, es decir, que prescindiendo de los documentos contractuales y del dictamen pericial, en su íntima convicción encontró que resultaba equitativo y razonable determinar un 8% como TIR de rentabilidad del proyecto y como utilidad de los costos de operación…".

En ese orden, el señalar y revisar los documentos del contrato y la prueba obrante en el proceso en la providencia cuestionada, tenía como único propósito corroborar el sustrato de la causal de anulación declarada próspera, esto es, que el laudo arbitral había sido proferido en conciencia, porque los árbitros decidieron la controversia con total desapego de la prueba recaudada, acudiendo a la libre apreciación de los hechos y bajo el pretexto de interpretar la voluntad de los contratantes, impusieron su voluntad, fundamentando su decisión en lo que consideraron "equitativo" y "razonable" dentro de la relación negocial "et quo ex bono". En esa línea la Magistrada transcribe apartes del laudo arbitral en los cuales se revela que como el mismo Tribunal acepta que no existe prueba en el proceso en cuanto a que los costos de operación y mantenimientos contenidos en la propuesta del concesionario contengan una utilidad, por ello estima "que el valor del costo propuesto debe adicionarse a título de utilidad razonable el 8%", tomando como directriz los precios

de suministro e instalación en los cuales sí se estableció un ítem denominado utilidad, dado que lo consideró equitativo y razonable.

Finalmente, no entiende la Magistrada por qué el actor de la tutela hace alusión a la protección del patrimonio público, pues por el simple hecho de que una decisión no sea favorable a los intereses de una entidad pública, no se constituye per se una violación al derecho al patrimonio público, que entre otros, es un derecho colectivo cuya protección se activa a través de la acción popular. Le resulta extraño por tanto esta afirmación por parte de un senador que prevalido de su condición de congresista, deslegitima las decisiones judiciales cuando resultan adversas a sus intereses o a los de la comunidad, desconociendo que la función jurisdiccional contenciosa no puede estar supeditada a favorecer los intereses de alguna de las partes en litigio.

Como ponente, la Consejera señala que la providencia cuestionada en la acción de tutela, no podría asegurar que la decisión fuera adversa o favorable a los intereses del Municipio de Neiva, no sólo porque determinar tal extremo no es función que corresponda al juez de la anulación, sino porque el único que podría determinar tal situación es el ente territorial.

Finalmente, considera que la legitimación para ejercitar la acción de tutela a favor de terceros es excepcional y por lo mismo sólo puede intentarse cuando el interesado demuestre que se ven afectados sus derechos fundamentales y que se halle imposibilitado para deprecar por sí mismo el amparo constitucional; así los interesados son aquellas personas a quienes la decisión afecte directamente en sus derechos fundamentales, esto es, las partes del litigio. En el caso concreto no existía imposibilidad alguna para que las partes interesadas ejercitaran la acción, en consecuencia, el Senador de la República se arroga facultades de agente oficioso para alegar la vulneración de derechos fundamentales de una persona de derecho público con representación legal, olvidando que la investidura de congresista no le otorga, dentro de su cláusula general de competencia, la facultad de representar judicial y legalmente a la comunidad que políticamente representa en procesos judiciales, pues en ese contexto podría litigar a nombre de todo ciudadano colombiano, además de que la dignidad de Congresista es contrapuesta al derecho de postulación en términos del numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política.

2.2 José Joaquín Bernal Ardila y Luis Fernando Villegas Gutiérrez.

Mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2009, los doctores José Joaquín Bernal Ardila y Luis Fernando Villegas Gutiérrez, en su condición de Árbitros, señalaron que concurren a la acción de tutela con interés legítimo en el resultado de la misma, en la medida que el fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido por ellos, vulnerando sus derechos "al debido proceso" en calidad de particulares investidos de funciones públicas, así como el principio del juez natural y observancia de la plenitud de normas de cada juicio, pues en esencia el arbitramento ha sido consagrado por la ley como un procedimiento de única instancia, en la que debe prevalecer la autonomía e independencia del árbitro.

En ese orden, presentan los intervinientes una síntesis del desarrollo legal y jurisprudencial de la administración de justicia por particulares en Colombia. De igual manera, afirman que se adhieren como fundamento de su intervención a los salvamentos de voto formulados por los H. Consejeros Ruth Stella Correa Palacios y Ramiro Saavedra Becerra, los cuales dan cuenta con absoluta claridad de los errores cometidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado y para el efecto transcriben casi en su integridad los mencionados salvamentos.

2.3 Wiliam Namen Vargas.

Interviene el doctor Wiliam Namen Vargas, en su entonces condición de árbitro del Tribunal de Arbitramento, señalando que a no dudarlo el Laudo se pronunció en derecho y no en conciencia, y por tal motivo le asiste razón al Senador Rodrigo Lara Restrepo y también a los Magistrados Ruth Stella Correa Palacio y Ramiro Saavedra Becerra en sus salvamentos de voto.

Considera el doctor Namen que la Sección Tercera del Consejo de Estado actuó como juez de instancia y no de anulación. En ese orden, recordó que tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan la relevancia del arbitramento como mecanismo solutorio de las controversias y el derecho a acordarlo en ejercicio de la libertad contractual o autonomía privada. En tal virtud los árbitros ejercen la función de administrar justicia de forma que ostentan pro tempore la condición de verdaderos jueces en el caso singular y en lugar del juez ordinario –que en esta instancia carece de competencia para el juzgamiento del fondo o mérito del asunto- al radicarse privativamente en ellos, es decir, sustraen su

conocimiento de la jurisdicción común, asignándolo a los árbitros.

Por tal razón al juez de anulación le está vedado examinar, modificar o replantear el fondo de la decisión arbitral y, por consiguiente, su fundamentación fáctica, probatoria y normativa, precisamente por carecer de jurisdicción y competencia a propósito de la materia controvertida. Así mismo señala que el recurso de anulación no es una segunda instancia y, por tanto, está circunscrito a la materia expresamente consagrada en la ley, sin comprender la definición jurídica, hermenéutica de los preceptos y valoración probatoria resuelta en el laudo arbitral, en torno de las cuales, carece el juzgador de absoluta jurisdicción, al sustraerse de su juzgamiento y asignarse a los árbitros por el pacto arbitral.

Así, "sin explicación plausible el fallo de 13 de mayo de 2009 de la Sección Tercera como evidencia copiosa jurisprudencia de la Sala enunciada en los ilustrados salvamentos de voto de los magistrados Ramiro Saavedra Becerra y Ruth Stella Correa Palacio, para volver después de la anulación, al criterio anterior. Con dicha sentencia sin jurisdicción ni competencia abordó el estudio de consideraciones fácticas, normativas y probatorias del fondo sometido a la decisión arbitral. Suficiente examinar la extensa confrontación en el marco de la anulación, que no es segunda instancia, y sin jurisdicción ni competencia de la motivación jurídica del laudo, la valoración probatoria y las conclusiones, contraponiendo a la del juez natural, su percepción y conclusión en unos casos, coincidente y, en otros, divergente."

Indica sobre el caso concreto de la (TIR), que el Consejo de Estado no valoró las profundas y complejas diferencias entre los argumentos expuestos por las partes respecto de la remuneración a que tenía derecho el contratista, por ejemplo, el concesionario afirmaba tener derecho a la totalidad de los recursos públicos del impuesto de alumbrado público durante todo el tiempo de la concesión, por su parte el Municipio señalaba que la remuneración del concesionario debía corresponder al número real de luminarias efectivamente suministradas e instaladas, operadas y mantenidas, al precio pactado con los factores de ajuste de la propuesta, como tampoco valoró las anfibologías y antinomias de los documentos contractuales (pliegos, oferta, contrato, formularios, comunicaciones, ejecución práctica), y los diversos e incompatibles elementos de convicción que fueron sometidos a la valoración racional del juzgador. Sobre el efecto indicó:

“El laudo no se apartó, sino que se apoyó en los documentos contractuales y en la prueba pericial, valorándola con los restantes elementos probativos; y esta pericial, es indicativa de las inocultables inconsistencias del flujo financiero propuesto.

En la técnica financiera, no basta, la expresión arbitraria de la TIR; los datos de la propuesta, a más de contradictorios por su inconsistencia, y la polivalencia de múltiples TIR concluidas en el dictamen, no ofrecían certeza suficiente en las cifras del proponente, su flujo teórico, ni el flujo real de caja se probó. Esto y nada más es la conclusión del experto. Distinto es el cálculo teórico, utilizando datos usuales para construir el flujo de caja libre y, por tanto, estimarla.

Dadas estas inconsistencias del concesionario, imputables a sus propios actos y conducta, del cual no puede derivar provecho, es elemental por ello, calcular la “utilidad” del concesionario con el estudio pericial dictaminándola en el 8% para la operación y mantenimiento, como concluyó el Tribunal, precisando que lo llamado “TIR” en el papel y en contradicción a la técnica financiera, conforme a la recíproca intención de las partes, equivale a la utilidad razonable.

En suma, el juez de anulación, controvirtió el exacto entendimiento del Tribunal, variando en su providencia de 13 de mayo de 2009, su constante jurisprudencia, en cuanto todo cuestionamiento a la labor axiológica de las pruebas, “necesariamente implica para el juez de dicho recurso enjuiciar la valoración que al respecto efectuaron los árbitros, circunstancia que recae sobre el fondo del litigio y, por lo mismo, en modo alguno resulta constitutivo de vicios in procedendo, únicos pasibles del recurso extraordinario de anulación” (Sentencia del 23 de abril de 2009, Consejo de Estado, Sección Tercera).

En igual sentido afirmó que se declaró la nulidad total del laudo cuando la aparente motivación en conciencia, a su juicio, se predica de un segmento. Ello por cuanto la controversia conocida y definida por el Tribunal de Arbitramento no se limitó a la remuneración del concesionario por el componente de operación y mantenimiento, comprendió la relativa al suministro e instalación de luminarias y a los factores de ajuste de los costos propuestos, aspectos ajenos a la causal formulada y, también a la aparente motivación en “conciencia”, referida según el juez de anulación, solo a la problemática de la TIR, por lo cual estima procedente dejar sentada la incoherencia y el exceso al declarar la

anulación de todo el laudo arbitral.

Concluyó, por consiguiente, que el laudo arbitral se fundó en derecho y, comprendió un minucioso análisis jurídico, doctrinario y jurisprudencial de la controversias, las pruebas y su apreciación conforme a la libre convicción, por todo lo cual, resulta inexplicable la providencia anulatoria, máxime al anular toda la decisión arbitral.

2.4 Municipio de Neiva.

Mediante escrito del 14 de diciembre de 2009, el Director del Departamento Administrativo Jurídico de Neiva, en su condición de representante judicial del municipio, coadyuvó la acción de tutela con el fin de que se impartiera la órden para que la decisión adoptada el 13 de mayo de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado se modificara en salvaguarda de los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección del patrimonio público, o en su defecto, "para que se dicte fallo de sustitución que restablezca el ejercicio de las garantías constitucionales".

Para el representante del municipio en el fallo en cita se incurrió en errores que vician la sentencia, afectan su legalidad y deben ser corregidos por esta vía, teniendo en cuenta que no existe otro medio de defensa judicial. En ese orden consideró que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en i. un defecto orgánico en cuanto asumió una competencia no atribuida a esta, toda vez que se convirtió en juez de segunda instancia al pronunciarse sobre el fondo del proceso y de su acervo probatorio, lo cual le estaba vedado al resolverse el recurso de anulación. Igualmente, afirma que se incurrió en un ii. defecto procedimental, teniendo en cuenta que asumió la competencia como si fuera un trámite de segunda instancia, manifestándose sobre el fondo del asunto, cuando la Sala era conocedora que se trataba de un trámite de única instancia.

En consecuencia, consideró relevante hacer mención a los salvamentos de voto de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio y el Doctor Ramiro Saavedra Becerra, a través de los cuales se advirtió que la Sala realizó sin tener competencia para ello, un análisis del fondo del proceso y de su acervo probatorio. De esta forma se allanó al texto de la demanda de tutela y al alcance de los citados salvamentos.

Sostuvo entonces el ente territorial que el Tribunal de Arbitramento después de adelantar

un estudio jurídico y probatorio resolvió el asunto con base en el derecho objetivo vigente, es decir, de acuerdo con las normas jurídicas y su interpretación de ellas.

2.5 DISELECSA LTDA. – I.S.M S.A.

Los integrantes de la Unión Temporal Diselecsa Ltda – I.S.M S.A., señalaron la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, precisando que para que ésta proceda, de manera excepcional, no debe existir otro medio de defensa judicial para la protección del derecho fundamental supuestamente lesionado. Sin embargo, en el presente caso indicaron que al prosperar la causal 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (que corresponde a la causal 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), por expresa disposición del artículo 165 del mismo Decreto, el laudo queda sin efecto y, como consecuencia de ello, la controversia no queda resuelta, lo que significa que puede ser debatida y resuelta de nuevo.

De esta manera y, al no haber quedado resuelta de manera definitiva la controversia contractual planteada por el Municipio de Neiva, esta puede ser debatida aún, lo que evidencia que el municipio sí cuenta con un mecanismo judicial para su defensa, como es, volver a convocar el Tribunal de Arbitramento, para que como juez del contrato entre a resolver este punto, con lo cual resulta improcedente la acción de tutela planteada.

De otra parte, afirma la representante de la Unión Temporal, que se utiliza la acción de tutela con el fin de proteger derechos fundamentales y, también derechos colectivos como el patrimonio público, olvidando que de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991, la tutela resulta improcedente cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que se trate de impedir un perjuicio irremediable, de forma que si el interés era proteger el patrimonio público la vía adecuada era la acción popular señalada en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 472 de 1998.

En ese orden, infiere la Unión Temporal que no existe perjuicio irremediable, en la medida que la sentencia anulada podía y puede ser sometida nuevamente a la decisión de árbitros como lo señaló expresamente la providencia que decretó la nulidad del fallo arbitral al referirse a sus efectos. Por tanto, no es cierto la afirmación según la cual la decisión del Consejo de Estado “Conduce a un detrimento para el Municipio de Neiva de aproximadamente TRESCIENTOS CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS”, cifra que no se

entiende cómo fue calculada por el Senador accionante y que está en la obligación de probar como se lo impone el artículo 177 del C. de P. C..

Considera además que el asunto no tiene relevancia constitucional por cuanto los argumentos del actor no pasan de ser su apreciación subjetiva sobre el fallo de la Sección Tercera y, más aún por inexistencia de legitimación en la causa por activa del Senador demandante, por cuanto según lo afirma "…es su deber velar por los derechos e intereses de los ciudadanos que lo han elegido mediante votación popular (…) y que como ciudadano colombiano y como representante del pueblo invoca a nombre propio los derechos fundamentales solicitados en la presente acción", olvidando el Senador que la legitimación en la causa es un presupuesto procesal exigido en la acción de tutela, debido a que los derechos fundamentales son inherentes a las personas y, además, son intransferibles, aun tratándose de personas jurídicas o entidades territoriales como el Municipio de Neiva, el cual de acuerdo con la Constitución Política, artículo 315, tiene como representante judicial y extrajudicial al alcalde, de forma que no puede el Senador abrogarse o atribuirse una personería o competencia señalada por la Constitución a otro funcionario público, acudiendo al sofisticado argumento de que es el representante político del pueblo que lo eligió, pues estaría desconociendo la propia Carta Política. En esos términos, sólo el Alcalde Municipal está legitimado para promover una acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales del municipio. De esta forma, al atribuirse funciones públicas que no le corresponden, el Senador podría estar incurso en el delito de "usurpación de funciones públicas" tipificado en el artículo 425 del Código Penal.

Finalmente, considera la Unión Temporal que no se vulneró el derecho al debido proceso, pues el Municipio de Neiva pudo ejercer su derecho de defensa en el curso del recurso extraordinario de anulación, gozando de todas las garantías constitucionales. De otra parte, frente a la vulneración de la seguridad jurídica considera que se ha manifestado de manera infundada que el Consejo de Estado anuló el laudo por diferencias en la valoración de la prueba, afirmación temeraria que desconoce que en el fallo de anulación se afirmó que el Tribunal de Arbitramento no hizo una valoración errada de la prueba, sino que sencillamente se separó de ésta y de los documentos contractuales que gobernaron la relación contractual.

3. Pruebas relevantes obrantes en el expediente.

Obran en el expediente las pruebas que se relacionan a continuación:

3.1 La sentencia de trece (13) de mayo de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y sus salvamentos de voto. (Fls 107 a 198 del cuaderno principal de tutela).

3.2 Mediante Auto de 25 de enero de 2011 se solicitó a la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado el envío del expediente correspondiente al recurso de anulación radicado con el Número 11001-03-26-000-2007-0005800 (34.525) surtido por la Unión Temporal DISELECSA LTDA. e I.S.M. S.A..

Es así como mediante Oficio radicado el 7 de febrero de 2011, la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado remite la totalidad del expediente solicitado, el cual contiene los pliegos de condiciones, la oferta presentada por la Unión Temporal, el contrato de concesión, la demanda arbitral y su contestación, la demanda de reconvención y su contestación, el laudo arbitral y adición, así como la demanda de anulación, el fallo de anulación y los respectivos salvamentos de voto, así:

Cuaderno No. 1 Folios 365 a 981

AZ No.01 folio 01 a 438

AZ No.02 folio 01 a 364

AZ No.03 folio 01 a 237

AZ No.04 folio 01 a 448

AZ No.05 folio 01 a 478

AZ No.06 folio 01 a 468

AZ No.07 folio 01 a 535

AZ No.08 folio 01 a 196

AZ No.09 folio 01 a 457

AZ No.10 folio 01 a 557

AZ No.11 folio 01 a 438

AZ No.12 folio 01 a 378

AZ No.13 folio 01 a 648

Cuaderno No. 14 Folios 01 a 593

AZ No.15 folio 01 a 185

AZ No.16 folio 01 a 587

AZ No.17 folio 01 a 339

3.3 Copia auténtica del Acta No. 007 correspondiente a las secciones celebradas los días 13 y 14 de mayo de 2009 por la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en las cuales se estudió y aprobó la sentencia, con salvamento de voto de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Ramiro Saavedra Becerra. (19 folios).

4. Decisión judicial objeto de revisión.

4.1 Sentencia proferida en primera instancia el 04 de febrero de 2010 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

La acción de tutela es rechazada en razón a que la interpuso en nombre propio el entonces Senador Rodrigo Lara Restrepo, al verificar una falta de legitimación por activa, en la medida que no acreditó interés legítimo para actuar ni acreditó su intervención como agente oficioso del Municipio de Neiva, entidad que puede acudir directamente a la defensa de sus derechos fundamentales y que está en capacidad de designar un representante legal que promueva la acción de tutela en defensa de sus intereses. Recuerda el juez constitucional que es el Municipio de Neiva como persona jurídica de derecho público a quien corresponde ejercitar la acción de tutela en términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, entidad que no se encuentra en incapacidad de promover su propia defensa.

4.2 Sentencia proferida en segunda instancia el 05 de agosto de 2010 por la Sección

Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Mediante providencia de 5 de agosto de 2010 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó la decisión del a quo, más no por la falta de legitimación por activa sino porque fue promovida con el objeto de cuestionar un laudo arbitral cuyos efectos se asemejan a una sentencia judicial, de manera que la tutela resulta improcedente para tales fines.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en razón a que esta fue escogida por la Sala de Selección Número Cinco del trece (13) de mayo de dos mil diez (2010).

Cuestión previa. La legitimación en la causa e interés para adelantar acción de tutela.

2. La acción de tutela en revisión fue propuesta por el ciudadano Rodrigo Lara Restrepo, en su entonces condición de Senador de la República y alegando tal calidad, así como la de ciudadano del común. A propósito del punto, el actor afirmó que dentro de la responsabilidad de los miembros de cuerpos colegiados de elección popular, el artículo 133 Superior dispone que aquellos representan al pueblo, de forma que el elegido es responsable político ante la sociedad y sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, al igual que lo prescribe el artículo 263 de la Ley 5 de 1992 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-.

Para el agente promotor de la acción de tutela es claro que en su condición de Senador era su deber velar por los intereses y derechos de los ciudadanos que lo eligieron por voto popular, de donde sus mayores electores se situaban en el Departamento del Huila y, aunque ocupara el cargo de Senador por circunscripción nacional, representaba fundamentalmente los intereses del citado departamento. En ese orden, afirmó que con el fallo del Consejo de Estado no sólo se vulneraron los derechos de sus electores, en

particular los derechos de los ciudadanos del Municipio de Neiva, sino también sus derechos fundamentales como ciudadano común.

Al respecto, recordó una acción de tutela instaurada por un Concejal de Versalles – Valle del Cauca a nombre propio y de sus coterráneos, en relación con el cual la Corte Constitucional señaló que si bien podía cuestionarse la falta de legitimación por activa del Concejal al no demostrar la imposibilidad de sus "coterráneos" para actuar en su propio nombre, éste actuaba también en defensa de sus propios intereses y derechos, de forma que atendiendo la informalidad de la tutela encontró cumplido el requisito de procedibilidad de la misma.

3. Este aspecto en particular obliga a la Sala Plena a revisar si existe en términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, legitimidad o interés para solicitar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección al patrimonio público, vulnerados en términos del actor, por la providencia de 13 de mayo de 2009 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del trámite de anulación de laudo arbitral.

4. Según lo indicado por la jurisprudencia constitucional y las disposiciones superiores pertinentes (Art. 86 C.P.), un primer requisito de procedibilidad de la acción de tutela es la exigencia de que quien solicite el amparo, se encuentre "legitimado en la causa" para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales. La legitimación "por activa" exige que el derecho cuya protección se invoca, sea un derecho fundamental radicado en cabeza del demandante y no, en principio, de otra persona[5].

5. La relevancia constitucional de la legitimación por activa, no puede considerarse una exigencia nimia sino por el contrario necesaria en la protección y garantía adecuada de los derechos fundamentales en términos de la sentencia T-899 de 2001, al indicarse que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.

6. La Corte Constitucional en su sentencia T-799 de 2009, se refirió a la legitimación en la causa como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”

“… la “legitimación por activa” es ‘… requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona… Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente”.

7. Al respecto, el artículo 86 de la C.P., permite que la tutela pueda ser ejercida por el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados: “(i) en forma directa, (ii) por medio de representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) a través de apoderado judicial o (iv) por intermedio de agente oficioso, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; o (v), por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

8. En relación con la agencia oficiosa, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela puede ejercerla toda persona “… por sí misma o por quien actúe a su nombre” para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud” (resaltado fuera de texto).

9. En esos términos, la agencia oficiosa en materia de tutela es un instrumento procesal de origen constitucional, por el cual se busca la eficacia de principios como la efectividad de

los derechos constitucionales (artículo 2º C.P.), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Carta Política), y la solidaridad social (artículos 1º y 95.2 constitucionales), así como una faceta del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (artículos 229 C.P.).

10. Sin embargo, la Corporación ha establecido que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa no implica que su ejercicio no pueda ser regulado, al punto que ha sostenido que ésta sólo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la Jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos[6].

11. A partir de estos lineamientos, esta Corte ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que los elementos normativos que informan la agencia oficiosa son los siguientes[7]:

"(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente".

Como puede verse, los dos primeros elementos (manifestación del agente oficioso, e imposibilidad del interesado para actuar) son constitutivos de la agencia oficiosa, en tanto que el tercero y el cuarto son accesorios. Así, sobre los dos primeros puede decirse que, individualmente considerados, son condiciones necesarias pero no suficientes para la configuración de la agencia oficiosa, en tanto que su conjunción es suficiente para legitimar la actuación del agente. El tercer elemento es de carácter interpretativo, y el cuarto (ratificación), se refiere a la posibilidad excepcional de suplir el primero, si se presentan ciertos actos positivos e inequívocos del interesado durante el trámite de la acción.

Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito[8]. En relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia cuando se habla de agencia oficiosa, atenúa la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física o mental del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda; o bien, derivarse de especiales circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico o la situación de especial marginación o indefensión en que se encuentre el afectado para asumir la defensa de sus derechos. Por ello, es un deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la imposibilidad a partir de los antecedentes del caso concreto[9].

12. En el caso materia de estudio, se ataca por vía de tutela una providencia judicial proferida dentro de un trámite contencioso, trabado por la Unión Temporal DISELECSA LTDA. e I.S.M. S.A., respecto de un laudo arbitral en el cual fueron partes la mencionada Unión Temporal por un lado y, por el otro, el Municipio de Neiva, quienes en ese marco fáctico se perfilan como únicos titulares del derecho fundamental al debido proceso que podría ser vulnerado a causa del proceso de anulación y la providencia en cita.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho que le asiste a cualquier persona de adelantar acción popular para la protección del derecho colectivo al patrimonio público, cuando no sea posible su amparo por vía de tutela alegando conexidad con un derecho fundamental.

13. Es así como en el caso concreto, el entonces Senador Rodrigo Lara Restrepo, presentó la acción de tutela invocando de una parte: i. su condición de Congresista, la cual en sus términos, le habilita para representar los intereses de sus electores, especialmente en el Departamento del Huila, así como en ii. su condición de ciudadano puro y simple.

14. Respecto de su calidad de Senador invocada para fundar la legitimidad por activa, es menester recordar que el funcionario público, sólo puede hacer aquello que le esté expresamente permitido; esto es, ejercer las funciones expresamente previstas en la Constitución, la ley y el reglamento de acuerdo con el artículo 123 Constitucional.

En esos términos, el artículo 133 de la Constitución Política señala que los miembros de cuerpos colegiados representan al pueblo y que son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las “obligaciones propias de su investidura”. De este modo, la representación a que hace referencia esta disposición se circunscribe a las obligaciones que se señalan expresamente en el artículo 150 Constitucional, entre las cuales no se incluye la de ejercer “agencia oficiosa” o “representación judicial” de sus electores. De allí que si bien los Senadores tienen la facultad de representar políticamente a sus votantes en el ejercicio de sus funciones por circunscripción nacional, ello no los faculta para intervenir como “parte” en procesos contenciosos en representación de sus electores.

Ahora bien, invoca el ex Senador como precedente para demostrar su legitimación en la causa, la sentencia T-410 de 2003, interpuesta por un concejal como miembro de una corporación colegiada de elección popular en favor de sus “coterráneos”; sobre el punto se debe precisar que en efecto en dicha providencia se habilitó como parte actora al Concejal del Municipio de Versalles – Departamento del Valle del Cauca, al verificar que si bien la tutela no era procedente en representación de sus conciudadanos, sí lo era a nombre propio, dado que como habitante del municipio se encontraba directamente afectado por la ausencia de sistemas de acueducto y alcantarillado y, en ese orden como titular directo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud conculcados por la omisión en la adecuada prestación de estos servicios, aclarando en todo caso la Corte que en su condición de Concejal no se encontraba habilitado para incoar acción de tutela en representación de sus “coterráneos”.

En ese orden, concluye la Sala la falta de legitimación por activa del señor Rodrigo Lara Restrepo para iniciar el presente trámite, en su entonces condición de Senador de la República, al carecer de habilitación legal para actuar como “parte” actora en una acción de tutela como agente oficioso o representante judicial de sus electores.

15. Tampoco encuentra la Sala legitimación por activa del gestor de la acción en su condición de ciudadano puro y simple, en la medida que no demostró una afectación subjetiva o individual a su derecho fundamental al debido proceso dentro del trámite de anulación de laudo arbitral cursado en sede Contencioso Administrativa, entre otras cosas, porque carece de la condición de “parte”, es decir de interés legítimo que lo vincule al

proceso de anulación de laudo arbitral del cual predica un defecto que vulnera el debido proceso. En esos términos, tampoco puede el actor lograr por esta vía la protección a un derecho colectivo (patrimonio público) alegando conexidad con un derecho fundamental del cual no es titular.

Y menos aún encuentra la Sala Plena que el señor Lara Restrepo como ciudadano del común haya actuado como agente oficioso en la medida que: i. no existió ninguna manifestación por parte de éste en este sentido, pues siempre invocó su condición de Senador y de ciudadano. ii. no se demostró imposibilidad alguna para que cualquiera de los interesados hubiese accedido a la acción de tutela; de hecho el Municipio de Neiva accede a la acción de tutela alegando coadyuvancia, lo que reitera que no existía obstáculo alguno para incoar la acción.

16. Lo expuesto permite concluir que existe para la Sala Plena una dificultad en cuanto a la legitimación en la causa por activa y la procedibilidad misma de la presente acción. Sin embargo, tal como se estableció en la sentencia T-301 de 2003, el juez de tutela tiene el deber de utilizar sus poderes constitucionales y legales para despejar cualquier incertidumbre respecto de la legitimación por activa. En ese sentido, debe utilizar sus facultades oficiosas y efectuar un estudio material y no meramente formal de la petición[10].

17. Sobre el punto, se advierte a folio 222 del cuaderno principal de tutela, que el Municipio de Neiva a través de representante debidamente autorizado por el Alcalde, coadyuvó la acción de tutela incoada desde la primera instancia, en su condición de parte interesada dentro del trámite de anulación de laudo arbitral, argumentando en su escrito la presencia de un defecto orgánico y un defecto procedimental en la providencia de 13 de mayo de 2009 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, capaz de vulnerar su derecho fundamental a la defensa y al debido proceso.

La citada "coadyuvancia" tiene por fundamento los mismos argumentos y razones señaladas por el Senador Lara Restrepo en su escrito de tutela y, con ella pretende el ente territorial la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con la seguridad jurídica, la confianza legítima y el derecho colectivo a la protección del patrimonio público.

17.1 La “coadyuvancia” como representación adhesiva ofrece una disociación entre tener un interés alterno y ser el titular del mismo, es decir entraña una legitimación secundaria, en vez de una legitimación principal. Así, la acción de otro puede tener interés para el coadyuvante en la medida que su desarrollo le resulte útil sin necesidad de ostentar la titularidad del derecho a definir; se trata entonces de un sujeto que refuerza las pretensiones de una de las partes y actúa a favor del interés ajeno con el fin de que el resultado irradie también a su favor sin que por esto se convierta en el titular de la causa procesal o material.[11]

17.2 Si bien la actuación del Municipio de Neiva se presenta en apariencia como una forma de intervención adhesiva o ad adiuvandum[12], es decir en ayuda de una parte y para proteger el derecho ajeno como coadyuvante del mismo, lo cierto es que materialmente se trata de una intervención principal, pues en últimas su actuación tiene por objeto, tal como expresamente lo solicita, la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima conculcados aparentemente por una providencia judicial que dejó sin efectos un laudo arbitral originado en una controversia de la cual fue parte, aspecto que a diferencia del gestor del amparo, lo ubica como verdadero actor en tanto titular directo de los derechos supuestamente conculcados y, por lo mismo de la acción de tutela que pretende su protección, pues litiga en causa propia y no en causa ajena.

17.3 En esos términos, la Corte encuentra probada la falta de legitimación por activa del señor Rodrigo Lara Restrepo en su condición de Senador, ciudadano y/o agente oficioso para interponer esta acción, así como que la intervención del Municipio de Neiva, corresponde a una acción principal que lo ubica sin lugar a dudas en calidad de actor en la presente causa, al solicitar oportunamente -como se verá más adelante-, la protección de sus derechos fundamentales conculcados mediante la providencia de 13 de mayo de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Superado de esta forma el aspecto de la legitimación en la causa por activa como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, procede la Sala a definir el problema jurídico y su esquema de solución.

Problema jurídico y esquema de resolución.

18. En esta oportunidad debe analizar la Sala Plena de la Corte Constitucional si como lo afirma el Municipio de Neiva, la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver un recurso de anulación contra el laudo arbitral de 14 de agosto de 2007 y declarar probada la causal 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 a través de su providencia de 13 de mayo de 2009, se pronunció de fondo sobre controversias sometidas a la decisión exclusiva del Tribunal de Arbitramento en extralimitación de su competencia –defecto orgánico-, convirtiendo el trámite de anulación en segunda instancia de la controversia arbitral –defecto procedimental- y, si con ello se vulneró el derecho al debido proceso del Municipio de Neiva en conexidad con los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Estudiará también la Sala Plena en desarrollo de sus facultades de fallar extra y ultrapetita -como se explicará más adelante-, si aún en caso de no estructurarse alguno de los citados defectos, la decisión de anulación contenida en la providencia de 13 de mayo de 2009, debía afectar en su integridad el laudo arbitral de 14 de agosto de 2007 y su auto complementario en aplicación del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 o sólo aquel aspecto reclamado específicamente por el actor en desarrollo del principio de congruencia y cómo ello afecta los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

19. En términos del problema jurídico planteado, el estudio se circunscribirá a verificar la existencia o no de los defectos orgánico y procedimental expresamente invocados por el Municipio de Neiva, los cuales de manera excepcional habilitan la acción de tutela contra providencias judiciales.

20. Con tal propósito la Sala Plena analizará: (i) La procedencia genérica de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración. (ii) Los defectos orgánico y procedimental como causales del amparo contra providencias judiciales (iii) Alcances del recurso extraordinario de anulación (iii) La causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –subrogada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007- y las facultades del juez de anulación para determinar su existencia, (iv) Características de un fallo en equidad y de un fallo en derecho en términos de la jurisprudencia contenciosa y arbitral con el fin de evidenciar la complejidad a la que se enfrenta el juez contencioso cuando se trata de definir si se está frente a un laudo en conciencia o uno en equidad, para de esta forma. (v) Caso concreto.

(i) Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales. Reiteración de

jurisprudencia.

21. Conforme al precepto contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias expedidas por las autoridades judiciales. En un comienzo, esta atribución encontró fundamento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, aunque dichas disposiciones fueron declaradas inexequibles mediante sentencia C-543 de 1992, al considerar que valores como la seguridad jurídica y la cosa juzgada eran relevantes en nuestro sistema normativo en tanto justificaban la intangibilidad de las decisiones judiciales, se previno que ciertos actos no gozaban de tales cualidades y que, por tanto, frente a actuaciones de hecho, la acción de tutela sí resultaba procedente para proteger los derechos fundamentales; la Corte afirmó en ese entonces:

"Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, (…). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia".

22. El caso materia de tutela plantea un asunto que ha sido abordado profusa y reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, en la que ésta ha sido positiva en afirmar que la acción de tutela procede, a pesar de su carácter subsidiario, contra providencias judiciales en las que se vislumbre vulneración a los derechos fundamentales. En ese orden, la Corte ha registrado una importante evolución de su jurisprudencia a partir de la citada sentencia C-543 de 1992, de manera que sentencias como la T-079 de

1993[13] y T-158 de 1993, precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la administración de justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

23. En esa dirección, la sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado "vía de hecho" respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; ó (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que se ha precisado y reiterado en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

24. Esa misma evolución jurisprudencial propició que la Corte revaluara el concepto de vía de hecho declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario[14] que interesa al juez constitucional y, en su lugar, prefiriera el enunciado de "causales genéricas de procedibilidad de la acción"[15]. Al respecto, en la sentencia T-949 de 2003, la Sala Séptima de Revisión explicó lo siguiente:

"Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

"En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión "vía de hecho" por la de "causales genéricas de procedibilidad". Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita "armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado (Sentencia T-462 de 2003)".

En esta sentencia, se advirtió expresamente que la acción de tutela contra fallos judiciales sólo procedía cuando se cumpliera con ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos, distinguió unos de carácter general, que habilitaban la interposición de la tutela y, otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.

Entre los requisitos generales, la sentencia acopió y definió los siguientes:

"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional[16]. (…)'.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[17].

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[18].

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[19]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

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[20].

f. Que no se trate de sentencias de tutela[21]. 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.”

De la misma forma, el fallo enlistó varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, entre ellas:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“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[22] 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, por ejemplo, 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[23].

“i. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” (Resaltado fuera de texto)

26. Precisado el marco conceptual de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a examinar si en el presente caso se configuran los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial de 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado en desarrollo del recurso extraordinario de anulación.

27. Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, es decir, de manera previa a un pronunciamiento sobre los defectos alegados por el actor, es preciso verificar si están presentes los requisitos de procedibilidad de la acción tutela contra providencias judiciales señalados por la jurisprudencia constitucional, pues como su denominación lo índica, de no estarlo, el mecanismo constitucional de protección se tornaría improcedente en el caso concreto y no habría lugar a estudiar de fondo el amparo solicitado.

Respecto de los requisitos generales de procedencia, es claro que la acción de tutela instaurada: (i) no ataca un fallo de tutela; (ii) La cuestión que se pretende discutir por medio de la acción de tutela es una cuestión de evidente relevancia constitucional. Así, en consideración a que la tutela contra providencias judiciales no puede dar lugar en este caso a una segunda instancia del trámite de anulación, es necesario centrar la causa de la presente acción en el aparente desconocimiento del derecho fundamental, de manera que el asunto sea exclusivamente de naturaleza constitucional y trascienda la discusión respecto de meras cuestiones e interpretaciones legales como las planteadas por la mayoría de intervinientes[24]. En el caso concreto, el actor afirma que la providencia impugnada vulnera su derecho al debido proceso. Si bien una decisión definitiva sobre la supuesta

vulneración a este derecho sólo podrá adoptarse luego de estudiar el fondo del asunto planteado, esta Sala de revisión considera, a priori, que la cuestión propuesta reviste sin duda relevancia desde la perspectiva constitucional porque se acusa la providencia judicial de anulación de 13 de mayo de 2009, de hechos que pueden quebrantar el derecho al debido proceso, como son la presunta falta de competencia de la Sección Tercera para so pretexto de decidir si los árbitros fallaron en equidad pronunciarse de fondo sobre asuntos de exclusivo resorte de los árbitros, convirtiendo el recurso de anulación en segunda instancia de la controversia arbitral. (iii) Como se nota, se cumple con la invocación expresa del derecho fundamental conculcado, en este caso el debido proceso, que de encontrarse vulnerado se traducirían en una ruptura del equilibrio procesal.

28. Ahora bien, frente a los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, la Corte ha entendido que recae sobre la parte interesada un deber de diligencia para interponer la acción de tutela, de manera que la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica sea resuelto estableciendo como condición de procedencia de la tutela, que la misma sea interpuesta, dentro de un plazo razonable y proporcionado[25] y después de haber agotado todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

En el caso concreto, se evidencia que la providencia judicial atacada fue proferida el 13 de mayo de 2009 y que la acción de tutela se interpuso el 6 de noviembre del mismo año. Esta acción, a su turno, fue coadyuvada por el Municipio de Neiva el 16 de diciembre de 2009, aspecto de relevancia si se tiene en cuenta que este se tendrá como actor para efectos de esta providencia, con lo cual se acredita con suficiencia el requisito de inmediatez.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, si bien es cierto que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra la providencia que resuelve la anulación de laudo arbitral[26], lo cierto es que éste procede únicamente por las causales taxativas previstas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales ninguna se dirige a verificar la posible falta de competencia del juez de anulación, aspecto en el cual el actor hace reposar la vulneración al derecho fundamental al debido proceso que en este caso se reclama. En ese orden, el recurso de revisión no resulta instrumento útil ni idóneo, en el presente caso, para la protección material de su derecho fundamental, de forma que al presentarse inane frente al reclamo material del actor no es conducente exigirlo como

requisito de procedibilidad de la presente tutela[27].

Finalmente, a propósito de la afirmación que se hace en las intervenciones según la cual la presente acción resulta improcedente por no agotar el requisito de subsidiariedad debido a que los asuntos materia de anulación son susceptibles de una nueva decisión en la Jurisdicción, debe advertir la Sala que con tal aseveración se desconoce el hecho de que la tutela no ataca la providencia arbitral -es decir lo resuelto por los árbitros-, sino el alcance de la providencia judicial de anulación en relación con la cual se acusa a la Sección Tercera de haber excedido su competencia. De manera que es frente a la providencia judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no frente al laudo arbitral que se encuentran agotados todos los medios posibles de defensa judicial. En ese orden, debe indagar esta Corporación si en el trámite contencioso en efecto se vulneró el derecho al debido proceso del Municipio de Neiva con el fin de ordenar su protección en caso de resultar necesario.[28]

(ii) Los defectos orgánico y procedimental como causales del amparo contra providencias judiciales

Si bien es cierto en el apartado precedente se refirieron de manera general las causales que dan lugar a la tutela contra providencia judiciales en razón de la lesión o amenaza a derechos fundamentales, dadas las manifestaciones de la parte accionante, corresponde ahora considerar de un modo más detenido la afectación a los mencionados derechos por la vía de los defectos orgánico y procedimental.

a. El Defecto Orgánico

Por lo que respecta al ataque a derechos fundamentales por la vía del defecto orgánico, esta Corporación ha precisado:

“(…) existe vía de hecho por defecto orgánico, cuando se configura falta de competencia del juez que conoce del caso. La competencia, que ha sido definida como el grado o la medida de la jurisdicción, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. Este principio representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida que las atribuciones

que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen (C.P., art. 121). Cualquier extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez constituye un atentado contra el Estado de Derecho, deslegitima la justicia y produce desconfianza de los ciudadanos en las autoridades públicas. (negrilla fuera de texto)

Por tal motivo, el ordenamiento jurídico consagra un mecanismo de control idóneo para corregir tales actuaciones irregulares de las autoridades judiciales, como es el caso de la acción de tutela. Cabe anotar, que esta acción sólo puede afectar la firmeza de las providencias judiciales si éstas son verdaderas vías de hecho, es decir, cuando contienen errores groseros y burdos que, en el fondo, impliquen que no sean sino meras apariencias de decisiones judiciales. (T-1057/02 M.P. Araujo Rentería)

Ninguna duda cabe que se trata de no solo de una verdadera protección del derecho fundamental en cabeza del ciudadano, sino, de la protección de dos valores caros al Estado de Derecho y, de contera, al Estado Social de Derecho, cuales son la seguridad jurídica y el principio de legalidad. La sujeción de los poderes públicos al ordenamiento, comporta una verdadera garantía para los asociados, pues, para estos, la existencia de reglas y el fiel acatamiento de las mismas por parte de las autoridades, implica un grado de certeza necesario para saber cuáles son las consecuencias de su actuar en el conglomerado social.

Este criterio, ha sido reiterado recientemente por esta Sala en sede de unificación, anotándose la consecuencia que comporta para el derecho fundamental de la persona, la extralimitación de la competencia del poder judicial. Ha dicho la Corte:

"(…) la actuación judicial está enmarcada dentro de una competencia funcional y temporal, determinada, constitucional y legalmente, que de ser desbordada conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho al debido proceso" (SU-198/13 M.P. Vargas Silva)

La jurisprudencia ha advertido que entre las formas de configurar el defecto orgánico, se tienen, el desconocimiento de las competencias por parte del administrador de justicia o, la asunción de aquellas que no le están autorizadas por el ordenamiento. Esta apreciación se corresponde con lo mandado por el artículo 6 Superior, el cual, hace responsables a los servidores públicos por la infracción de la constitución y la Ley, pero también por la omisión y extralimitación en el cumplimiento de sus funciones. Se ha sentado puntualmente en sede de tutela:

"(…) es necesario precisar que cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso(…) (T-446/07 M.P. Vargas Hernández) (negrillas fuera de texto)

En sentido similar, se ha sostenido:

"(…) la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando "los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde"[29] y también cuando adelantan alguna actuación o emiten pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones (…)" (T-929/08 MP. Escobar Gil) (negrillas fuera de texto)

Así pues, en el asunto en estudio, habrá de examinarse si el Juzgador cuestionado desconoció su competencia, asumió una que no le correspondía o, emitió un pronunciamiento por fuera de términos. Tal inspección permitirá saber si se configuró en la sentencia controvertida la vulneración de un derecho fundamental.

b. El Defecto Procedimental

En materia de defecto orgánico, esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones. Para la Corte Constitucional, tiene lugar el defecto orgánico como causal que permite prosperar el amparo, bien cuando "(…) se da un desconocimiento absoluto de las formas del juicio porque el funcionario judicial sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto) (…)" o, bien cuando se "(…) pretermite etapas o eventos sustanciales del procedimiento legalmente establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de

una de las partes del proceso(…)”[30]

Como se puede apreciar, se trata de situaciones que vulneran los mandatos contenidos en los artículos 29 y 228 de la Carta. El desconocimiento del artículo 29 implica el quebrantamiento de la seguridad jurídica, entendida esta como uno de los valores sobre los cuales se soporta el Estado Social de Derecho. Por su parte, la infracción del mandato que protege el acceso a la Administración de Justicia, contenida en el artículo 228, comporta la afectación de una garantía que se orienta entre otras cosas a evitar que los conflictos se tramiten por fuera de las reglas establecidas o autorizadas por el Estado.

En relación con el defecto procedimental, esta Corporación ha determinado que la procedencia del amparo constitucional está sujeto a la concurrencia de los siguientes elementos:

“(…) (i) Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; (iv) que la situación irregular no sea atribuible al afectado; y (v) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales. [31]

Advierte la Corte que una valoración en relación con la causal en estudio, implica la revisión del cumplimiento de los requisitos transcritos. De no atenderse en el caso concreto las circunstancias inmediatamente referidas, deberá la Sala despachar desfavorablemente la solicitud de tutela motivada por la presunta vulneración de derechos fundamentales originada en una providencia que incurrió en el defecto procedimental.

Adicionalmente, ha precisado la Corte que no cualquier clase de afectación producida por una decisión viciada por un defecto procedimental, conduce indefectiblemente a la protección deprecada. En este sentido, ha observado este Tribunal lo siguiente:

“(…) No obstante, el desconocimiento del procedimiento debe tener unos rasgos adicionales para constituir una vía de hecho: a) Debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado.(…)”[32]

Se trata pues de una exigencia, según la cual, el juez de tutela está llamado a amparar el derecho fundamental conculcado por una decisión judicial, cuando la infracción al procedimiento comprometa de manera importante el debido proceso. De contera se concluye que no cualquier tipo de inobservancia del procedimiento da lugar a la concesión de la protección pedida.

Los presupuestos señalados permitirán a la Sala abordar el asunto del defecto procedimental en el caso concreto.

(iii.) Alcances del recurso extraordinario de anulación

29. Según lo dispuesto por el último inciso del artículo 116 de la Constitución Política “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley” (resaltado fuera de texto). Este precepto constituye entonces el fundamento constitucional de la justicia arbitral y define los principales elementos que la caracterizan: (i) el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares, (ii) su naturaleza procesal, (iii) su carácter transitorio o temporal, (iii) su origen en la voluntad de las partes del conflicto, (iv) que los fallos pueden ser proferidos en derecho o en equidad, (v) que el arbitraje se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que el legislador tiene una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, con el límite último de los preceptos constitucionales [33].

De esta manera, el acceso a la administración de justicia, como lo ha establecido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional, constituye un derecho fundamental. Este derecho, materialmente, implica un conjunto de libertades y garantías, dentro de las cuales se encuentra aquella de escoger, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, si las pretensiones serán definidas por un juez o por árbitro y, en este último caso, si aquellas se resuelven en derecho, en equidad o mediante un expertis técnico.

30. Ciertamente, al reconocerse a la decisión de los árbitros verdaderos efectos judiciales, los laudos en Colombia están cobijados por el principio de intangibilidad de las decisiones, al punto que el fallo arbitral originado en controversias contractuales de naturaleza estatal sólo resulta impugnable a través del recurso extraordinario de anulación (art. 37 decreto 2279 de 1989; 72 ley 80 de 1993)[34], el cual no es otra cosa que un mecanismo restrictivo, extraordinario y excepcional, que se limita a cuestionar asuntos de forma – errores in procedendo-, que comprometen la ritualidad de la actuación procesal, esto es la forma de los actos, su estructura externa, su modo ordinario de realizarse, los cuales se presentan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.

31. De acuerdo con ello el recurso de anulación no puede considerarse, en modo alguno, segunda instancia con implicaciones similares a las que se le otorga a un recurso como el de apelación, en tanto expresamente la ley excluye de la competencia del juez de anulación la posibilidad de pronunciarse sobre errores in iudicando, es decir aspectos de mérito o de fondo y, en consecuencia, le impide reemplazar o sustituir de forma plena el laudo que pronunció el tribunal de arbitramento, como sí ocurre al prosperar un recurso de apelación[35].

32. Esta afirmación se infiere de las causales mismas que habilitan la procedencia del recurso extraordinario y que constituyen el marco o límite dentro del cual debe discurrir la competencia del juez de anulación. Las causales persiguen la corrección de errores de forma y, sólo de manera exceptiva, según la causal de que se trate, la decisión no comporta la anulación del laudo sino su corrección o adición como ocurre frente a errores aritméticos o disposiciones contradictorias, eliminar las decisiones extra o ultrapetita y, decidir la cuestión que habiendo estado sujeta a arbitramento no fue resuelta por los árbitros, caso en el cual es posible revisar aspectos de fondo e inclusive probatorios siempre que con ello no se modifiquen las decisiones del laudo que no resulten contradictorias o violatorias del principio de congruencia[36].

33. La restricción del juez de anulación para pronunciarse sobre errores in iudicando, encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para

desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación[37].

Sobre el punto ha dicho en su jurisprudencia el Consejo de Estado,

"(…) De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades: El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos. El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 o No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal. En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 o la del No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son normas equivalentes.(…)"

Y más contundentemente, en la misma decisión ha establecido:

"(…) el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una

segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco si hubo errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.(…)" (Sec. Tercera, junio 08 de 2006, Exp. 29476 MP. Correa Palacio)[38] (negrillas fuera de texto)

En ocasiones, en las cuales se han elevado solicitudes que desconocen la premisa, según la cual, el recurso de anulación no da lugar a una segunda instancia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso ha indicado:

"(…) Es claro que los argumentos de los impugnantes se dirigen a cuestionar las conclusiones que dedujo el Tribunal, y no a fundamentar la causal invocada. Se cuestiona la interpretación que el laudo arbitral dio a las normas que condujeron a la decisión. Dada la naturaleza del recurso de anulación, la Sala carece de competencia para modificar los criterios utilizados por el Tribunal de Arbitramento(…) (Sec. Tercera, Julio 4 de 2002, Exp., 21217 MP. Hernández Henríquez)

Un elemento relevante en la delimitación de la competencia dentro del recurso referido, lo constituye la solicitud misma de anulación, pues, acorde con la jurisprudencia se ha advertido que es el recurrente quien define el asunto de conocimiento para el que se acude al Juez. Se trata específicamente de la vigencia del principio dispositivo que la jurisprudencia contenciosa ha entendido en los siguientes términos:

"(…)Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra. Sin embargo, para el caso de controversias sobre contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual

procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política(…)”[39] (negrillas fuera de texto)

De manera más general, ha dicho el Consejo de Estado:

“(…) la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral(…)”(Sec. Tercera, febrero 02 de 2014, Exp., 41064 MP. Conto Díaz del Castillo)

De lo citado se colige que el principio en referencia no es absoluto, pues, existen circunstancias en las cuales cabe ir más allá de lo fijado por el accionante en el recurso del caso. Sin embargo, debe advertirse que esa potestad extendida del Juez, es excepcional y, de no encajarse la actuación judicial en el recurso de anulación, en esa circunstancia específica, dentro de las excepciones, se estará sin duda frente a un quebrantamiento de las reglas de la competencia.

En suma, tornar el recurso de anulación en una segunda instancia, desatendiendo el principio dispositivo, comporta pretender transformar o asumirse el Juez, en un decisor de segunda instancia y, de contera, surtir un procedimiento distinto del establecido en el ordenamiento jurídico. Dependerá de dicho fallador, usurpar la competencia vedada o, mantenerse en el cauce de las atribuciones conferidas por el ordenamiento.

Procede seguidamente la Corte a señalar de manera sucinta, hasta dónde van las facultades del juez de anulación, particularmente cuando se trata de verificar si se estructura la causal de “haber fallado en conciencia debiendo ser en derecho”, pues ese es el asunto puesto en discusión por quién reclama la tutela.

(iii.) La causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y las facultades del juez de anulación para determinar su existencia.

34. En materia de contratación estatal la autonomía de la voluntad aparece restringida en cuanto dice a los alcances posibles del fallo arbitral, pues de la lectura de los artículos 70 y 74 de la Ley 80 de 1993, se infiere que el fallo en equidad no se encuentra autorizado, como elección de las partes, para efectos de dirimir las diferencias originadas en la ejecución de un contrato estatal. Expresamente, el artículo 70 del citado estatuto prescribe que es posible incluir la cláusula compromisoria en los contratos estatales para someter a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de un contrato y en tal caso el arbitramento "…será en derecho…". En igual sentido, el artículo 74 del mismo estatuto habilita el arbitramento técnico con el fin de que diferencias de tal naturaleza sean resueltas por expertos directamente designados por las partes, de manera que nada prescribió la ley de contratación estatal respecto de la posibilidad de proferir fallos en equidad, quizá en consideración a los intereses públicos trabados en dichas controversias.

Esa circunstancia de orden material puede explicar, entre otras muchas, la razón por la cual entre las causales de anulación de laudos arbitrales contempladas en principio en el artículo 72 de la ley de contratación estatal se incluyó la de "fallar en conciencia debiendo ser en derecho". Sobre el punto, ha de precisarse que dicho artículo fue modificado por el artículo 22 la Ley 1150 de 2007[40], por virtud del cual las causales de anulación se unificaron en las establecidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989[41], compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, de tal suerte que hoy día en todos los casos las causales que pueden invocarse para efectos de anulación de laudos arbitrales originados bien en controversias de orden contractual del Estado bien en conflictos sujetos al régimen común, son las consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

35. Ahora bien, en consideración a que el recurso de anulación se interpuso en el mes de agosto de 2007, fecha para la cual no había entrado en vigencia la Ley 1150 de 2007, la Corte seguirá refiriéndose a la causal 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que actualmente corresponde a la causal 6º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 y a la causal 6º del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

36. Aclarado el punto, se tiene que hay lugar a declarar la nulidad del laudo arbitral derivado de una controversia contractual del Estado por "[h]aberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo".

Lo anterior significa que las condiciones de aplicación de esta causal son: i) Debe tratarse de un fallo en conciencia. Al respecto debe tenerse en cuenta que en la legislación colombiana el fallo en equidad y en conciencia se equiparan por virtud misma del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual los árbitros se hallan facultados para fallar en derecho o en equidad, lo cual comporta la facultad del árbitro de fallar según su íntima convicción, con independencia del criterio civilista que restringe la operancia de la equidad a criterio auxiliar de interpretación de la ley y, ii) Esta circunstancia debe aparecer manifiesta en el laudo.

(iv.) Características de un fallo en equidad y de un fallo en derecho en términos de la jurisprudencia contenciosa y arbitral.

37. En cuanto a la primera condición de aplicación de la causal, se advierte que los fallos en derecho y en conciencia son dos modalidades de decisión arbitral excluyentes. Si, como se vio, el fallo arbitral en el caso concreto debía ser en derecho y, se acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo alegando que éste se profirió en equidad, es necesario que la Sala determine las características que califican esta modalidad de laudos para efectos de establecer hasta dónde puede llegar el juez de anulación cuando se trata de verificar si se está en presencia de un fallo en derecho o de uno en equidad.

37.1 El derecho positivo señala que “el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”[42]. Concepto que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado se ha encargado de nutrir para efectos de concretar su alcance, razón por la cual se justifica revisar brevemente algunas de sus conclusiones más importantes.

De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el fallo en equidad o en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia[43], de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”)[44].

37.2 Señala también la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando el juez arbitral decide en equidad se mueve en un marco más amplio del que prescribe el ordenamiento jurídico; aunque también indica la jurisprudencia que el hecho de que se haga una referencia mínima a normas positivas no significa que se esté ante un fallo en derecho, si tal referencia no guarda un hilo conductor con la decisión de que se trate, es decir, que es posible la referencia normativa pero ella no se convierte en fundamento y centro de la decisión[45].

37.3 Esto significa que cuando el juez arbitral decide en equidad puede conciliar pretensiones opuestas y decidir sobre extremos no suficientemente probados pero justificados desde la perspectiva del sentido común. Sin embargo, ello no es sinónimo de fallo "arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial" [46].

37.4 En suma, indica la Sección Tercera que:

"(…) Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutiva, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez…''(…) sólo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos."[47]. En ese orden "el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología." [48]. (negrilla fuera de texto)

37.5 Señala igualmente la jurisprudencia que también constituye fallo en conciencia aquel en el cual el árbitro desconoce íntegramente las pruebas arribadas al proceso para

“consultar su propia verdad, de manera que sus conclusiones no tienen origen en el caudal probatorio”[49]. Así, el fallo en equidad no sólo es aquel que no guarda un hilo conductor con las normas positivas sino aquel en el cual se falla sin tener como fundamento las pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso.

Sin embargo, la misma Sección Tercera aclara que ello no significa que los árbitros –cuando fallan en derecho- carezcan de libertad para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica[50], al punto que en aplicación del principio de autonomía en la apreciación de las pruebas hechas por el juzgador de instancia, decida apartarse de ellas, máxime cuando dentro de las causales de nulidad del laudo no figuran, como en casación, el error de derecho por infracción de regla probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba[51].

37.6 Finalmente, la Sección Tercera también ha señalado que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en equidad, y por ello la causal de anulación en comento no puede justificar -por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada de manera equivocada por el Tribunal de Arbitramento[52].

38. Por lo que concierne a la postura de la jurisprudencia arbitral sobre el punto, cabe aludirla, pues, si bien es cierto, se advierte la justicia arbitral implica un desapego a la rigidez procesal, tampoco se trata de la prescindencia absoluta respecto del derecho.

38.1 El artículo 116 de la Constitución dispone que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia. Así, en términos de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia “…Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que las partes puedan acordarlas…”. Desde ese punto de vista, el fallo en equidad no excluye en nuestro sistema la aplicación de reglas de procedimiento, aspecto que es más claro si se tiene en cuenta que el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, señala que el arbitraje es independiente cuando las partes acuerdan libremente las reglas de procedimiento aplicable a la solución del conflicto, institucional cuando las partes se someten al procedimiento establecido por el centro de arbitraje, y legal cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realiza conforme a las disposiciones legales vigentes.

La anterior tesis se refuerza si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. En consecuencia, no es posible afirmar que cuando se falla en equidad el árbitro se sustrae de la aplicación de las normas de procedimiento, pues cualquiera que estas sean, deben garantizar como mínimo el debido proceso y el derecho de defensa.

En ese sentido, la jurisprudencia arbitral ha precisado que:

"…el fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo de la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que se deba fallar en conciencia no autoriza al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso…' 'Que el fallo sea en conciencia no autoriza a prescindir de la etapa instructiva. Al contrario, una fallo de esa naturaleza requiere un establecimiento minucioso de los hechos y bajo esta perspectiva adquieren sentido muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionados por su congruencia en materia probatoria"[53]

38.2 Otro problema que se plantea sobre el arbitraje en equidad es el que tiene que ver con las pruebas, pues aunque el Consejo de Estado ha señalado, según lo visto, que el fallo en equidad puede ser aquel en el que se prescinde de elementos probatorios en aras de buscar la solución más justa para el caso concreto, lo cierto es que un fallo en equidad debe establecer claramente los hechos a partir de los cuales va a decidir, precisamente en aras de evitar un fallo arbitrario, razón por la cual es posible estar ante un fallo en equidad en el cual se haga uso y valoración de las pruebas. Basta con afirmar que de acuerdo con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso", lo cual permite a esta Corte afirmar que no necesariamente en un fallo en equidad se prescinde de la prueba. Lo que sucede en este caso es que la libertad probatoria está íntimamente ligada a la libre apreciación y persuasión del árbitro, cuya interpretación no está atada a un rigorismo formalista.

Al respecto la Jurisprudencia Arbitral ha señalado que:

“Si bien el laudo que estamos profiriendo, por expresa autorización del contrato de sociedad debe ser en conciencia, no nos impone el distanciamiento del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” lo que equivale a que las pruebas no pueden reemplazarse por los estados emocionales del tribunal o por los grados de simpatía hacia las personas. Una cosa es que podamos prescindir de lo que se conoce como período probatorio y otra muy distinta que no respetemos las reglas del debido proceso y apreciación de las pruebas”[54].

En el mismo sentido, la jurisprudencia arbitral indicó que:

“Nada modifica la conclusión anterior la circunstancia de que se trate de un fallo en conciencia, en la medida en que en este terreno los falladores no están dispensados de la crítica de la prueba, ni pueden decidir con meras manifestaciones de la parte interesada. El laudo debe estar edificado sobre una convicción sólida, con apoyo en el cual pueda eventualmente, determinar una norma en equidad, cuando quiera que aquélla del derecho positivo, necesariamente enfocada hacia decisiones generales no permita tener en cuenta las circunstancias sobre las cuales recae su pronunciamiento. Trátese de aplicar el derecho positivo material, o trátese en su defecto de ir más allá de este para acercarse aún más a la equidad, el juzgador solamente puede apoyarse en aquellos hechos y sobre los cuales se cuenta, al menos, con una relativa seguridad, so pena de un pronunciamiento arbitrario, construido sobre su capricho sobre sus intuiciones.”[55]

Sentado los presupuestos para la resolución del caso propuesto, procede la Sala a considerar la situación concreta.

vi. Caso concreto.

Compete a la Corte en esta ocasión, establecer si se configuran el defecto orgánico, el defecto procedimental o, ambos, en la expedición de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 13 de mayo de 2009. Dicha providencia, fue la respuesta que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, produjo frente a la solicitud de nulidad del laudo arbitral de agosto 14 de 2007 y su auto complementario, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M.S.A. y el Municipio de Neiva.

Para la Sala, resulta de capital interés establecer el ejercicio de la competencia que en el asunto en estudio, llevó a cabo el Juez Colegiado objeto de censura. De advertirse que la Sección Tercera del Consejo de Estado, desconoció su competencia o asumió una que no le corresponde, dará lugar a declarar la correspondiente violación del derecho fundamental al debido proceso y, consecuentemente conducirá a la anulación del fallo.

Igualmente, resulta pertinente recordar que en virtud del principio dispositivo, la solicitud de anulación condiciona la actividad del Juez Contencioso en la materia en referencia.

Así pues, se requiere revisar la actuación adelantada por la Sección Tercera en el fallo cuestionado, pues, solo de este modo se podrá verificar el correcto o incorrecto ejercicio de la competencia al desatarse la solicitud formulada por la Unión Temporal, cuando deprecó la anulación del laudo varias veces mencionado.

Previamente, resulta oportuno revisar la solicitud formulada por el accionante de la anulación, la cual, fue reseñada en el apartado 1.9 del capítulo de los hechos en esta providencia. En relación con esta, se advierte que no pocos de los motivos de inconformidad no se corresponden puntualmente con objeciones por errores in procedendo del Tribunal de Arbitramento, sino más bien con errores in iudicando. La queja por una interpretación no pedida del contrato y, el reparo frente a conclusiones obtenidas por el árbitro de espaldas al acervo probatorio, apuntan más a cuestionar aspectos in iudicando, con lo cual, el recurrente se ubicó más en la esfera de una segunda instancia que controvirtiera el criterio de quienes profirieron el laudo. En esa circunstancia, parecía más adecuado abstenerse de emitir pronunciamiento sobre tales puntos, pues, posiblemente se incurriría en una transgresión de la competencia, viciando la sentencia que resolviese el asunto.

Para la Corte Constitucional, las observaciones contenidas en el salvamento de voto a la sentencia atacada, suscrito por la Magistrada Correa Palacio, merecen especial atención, pues, en lo atinente a la solicitud de anulación y, en particular a la fundamentación de la causal estudiada por la Sala, considera que se trató de un verdadero cuestionamiento in iudicando y, por ende, de una segunda instancia, desnaturalizándose con ello el objeto del recurso extraordinario de anulación. Para el voto disidente en comento, razones como el presunto “(…)desapego de los árbitros respecto del contrato y la Ley so pretexto de interpretar la voluntad de las partes(…)” o, la deducción de tener lugar una utilidad para el

contratista “contra el texto de las pruebas”, permiten advertir que el recurso de anulación se convirtió en una segunda instancia y, no estaba llamado el Juez Contencioso a desatar tales reparos.

En esa medida, se encuentra un primer elemento que permite vislumbrar el manejo de la competencia por parte del Consejo de Estado en el asunto en estudio. Con todo, va a ser el contenido del pronunciamiento de la Alta Corporación el que finalmente aclare lo ocurrido.

Acorde con lo indicado, se debe establecer si la sección Tercera, al abocar el conocimiento del asunto, se dio a la tarea de inspeccionar los eventuales errores in procedendo que se pudiesen atribuir al juez arbitral o, a despecho de la facultad conferida por el ordenamiento, ejerció su labor verificando la circunstancial existencia de errores in judicando, cuando la causal invocada no autoriza al Juez contencioso Administrativo para ello. De tener lugar esta última situación, se habrá configurado el defecto orgánico denunciado por la parte actora en el proceso de tutela.

Para esclarecer lo ocurrido, resulta necesario estimar si lo vertido en la providencia censurada, acorde con la causal o causales invocadas, daba lugar a una estimación de errores in procedendo o in judicando. Tal como se consignó en los antecedentes de esta decisión, fueron tres las causales que en el recurso de anulación se citaron como motivos para lograr la anulación del laudo. Puesto que la Sección Tercera, se pronunció únicamente sobre la causal estipulada en el numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, a este punto se contraerá el análisis de la Corte Constitucional.

Cuando se interpuso el recurso de anulación, indicándose que sobre el laudo arbitral pesaba la nulidad dado que este había sido resultado de una decisión en conciencia y no en derecho, en particular, el numeral noveno de la parte resolutiva de la decisión arbitral, en el cual se condenó a las sociedades concesionarias a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato, una suma recibida por ellas a título de retorno de la inversión; se advertía que ello se constituía una evidencia del fallo arbitral en conciencia. Para los concesionarios, la interpretación del Tribunal de Arbitramento respecto del flujo financiero, que dio lugar a estimar como utilidad razonable por operación y mantenimiento, un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el suministro e

instalación; no es producto de un análisis en derecho, sino resultado de la mera convicción de los árbitros. Puntualmente, para quienes deprecaron la nulidad ante el contencioso, el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo fue producto de una decisión en conciencia y no en derecho.

Frente a este cuestionamiento tuvo lugar la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. El juez contencioso, al referirse al caso concreto, analizó el contenido de la cláusula compromisoria. Seguidamente expresó su interés en examinar "detenidamente" el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario, el contrato correspondiente y el material probatorio arrimado al proceso. Todo ello con miras a revisar los fundamentos que sirvieron al Tribunal para imponer la condena del citado numeral 9º de la parte resolutiva del laudo. Tras evaluar las piezas procesales citadas, la Sección Tercera, concluyó que el Tribunal de Arbitramento carecía de fundamentos para afirmar que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%, pues el formulario No. 7, contentivo de este aspecto solo alude al tipo de luminarias y cantidades solicitadas. En suma, concluyó que la decisión arbitral "(…) se hizo en equidad o conciencia y no en derecho (…)".

Para la Sala, el análisis de la Sección Tercera, de las diversas disposiciones que regulan los asuntos objeto de controversia entre las partes del contrato, no se corresponde con las exigencias de un estudio por vicios in procedendo. El proveído cuestionado dedica el grueso del apartado 4.1 a examinar el pliego de condiciones de manera "detenida" tal como lo anuncio. En esa labor, revisa el formulario Nº. 6 advirtiendo que en esa pieza procesal se encuentran los rubros denominados "(…) Administración, imprevistos, utilidad e IVA del 16% sobre la utilidad (…)". En esa inspección, el Juez Contencioso Administrativo también dio cuenta de la presencia de los formularios Nº. 7 y Nº. 8 del pliego. Seguidamente, se apuntaron las conclusiones en relación con los precitados documentos.

Importante en esta consideración es la manifestación de la Sección Tercera cuando a propósito del formulario Nº. 6 advierte que el empleo de un esquema de costos directos e indirectos y como parte integral de estos últimos se incorporaron los conceptos de administración, utilidad de imprevistos " (…) no es usual en los contratos de concesión pero así fue establecido en las reglas de la licitación y debe ser respetado(…)"· para la Corte, todo el ejercicio descrito comporta sin duda alguna un análisis sustantivo por parte del

Contencioso Administrativo , pues, se trata de un ejercicio interpretativo de la normatividad que rige el contrato.

Una apreciación similar se adelantó sobre la oferta y el clausulado del contrato. Las diversas conclusiones que se obtienen en la sentencia de la Sección Tercera, tras el análisis de los documentos, evidencian una labor interpretativa que apunta a deducir las reglas sustantivas del acuerdo entre el Municipio y la Unión Temporal. Igualmente, se revisó por la Sección del contencioso administrativo, el dictamen pericial llevado a cabo en el proceso arbitral. Respecto de este último, se manifiesta que su contenido permite concluir que el flujo financiero elaborado por el concesionario "(…) no incluyo un ítem que se denominara egresos por concepto de retorno de la inversión (…)". Entiende la Corte que se trata nuevamente de una consideración sobre el fondo del negocio entre las partes.

Igual destino tuvo el laudo al ser revisado por el Juez Contencioso. Para la Corte, resulta elocuente la siguiente manifestación de la sección Tercera:

"(…) Cabe destacar que la conclusión a la cual arribó el Tribunal no tiene fundamento en los documentos contractuales, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%; toda vez que en el formulario No 7 del pliego contentivo del presupuesto para la operación y mantenimiento tan solo aparece determinado el tipo de luminarias y las cantidades solicitadas debiendo el proponente diligenciar el valor unitario y total al momento de presentar la propuesta. (negrillas fuera de texto)

Si se examina la propuesta presentada por el concesionario, en ella no se advierte que hubiere hecho un ofrecimiento para los costos de operación y mantenimiento que reportaran una utilidad del 8%, prueba de ello es que en los formularios 7 y 8 diligenciados por el concesionario, (que hacen parte de su oferta la cual fue aceptada por el Municipio,) en los cuales se ven reflejados los costos de operación y mantenimiento en forma resumida y también discriminada, no aparece un rubro que se denomine utilidad, tal como lo reconoce el propio Tribunal, toda vez que el esquema utilizado para calcularlos, fue diferente al de costos directos e indirectos, lo cual corrobora que el Tribunal se apartó de la prueba.(…)" (negrilla fuera de texto)

Considera la Corte Constitucional que la actividad llevada a cabo por la Sección Tercera del

Consejo de Estado, acorde con las evidencias previamente señaladas, no se corresponde con un juicio orientado a establecer errores in procedendo, sino, se aviene más con una tacha a la valoración que de la normatividad del contrato y, de las pruebas, hizo el Tribunal de Arbitramento.

Adicionalmente, para la Sala, no pasan desapercibidos los razonamientos vertidos por los Magistrados disidentes Correa Palacio y Saavedra Becerra, quienes, estiman que el recurso fue utilizado como una segunda instancia. Manifestó la Magistrada Correa Palacio en un apartado titulado " Para concluir el fallo 'en conciencia' el juez de la anulación revisó aspectos iuris in indicando":

"(…) la Sala arrogándose una competencia de la que carece, revisó aspectos iuris in iudicando de la decisión arbitral, especialmente cuando realizó una nueva valoración de la prueba (fls. 879 a 881 vto. c. ppal. del recurso de anulación), a partir de la cual llegó a una conclusión jurídica opuesta a la deducida por el juez arbitral y fue esa conclusión la que condujo a la decisión anulatoria.

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que los razonamientos de la sentencia de la que disiento, no se construyeron a partir de una causal de anulación, esto es por vicios in procedendo, sino que se estructuraron sobre presuntos vicios iuris in iudicando y en consecuencia, el contenido de la decisión es propio de la resolución de un recurso de alzada, en la medida en que sus razonamientos suponen en realidad de verdad un juicio sobre las conclusiones jurídicas y la valoración de las pruebas consignadas en el laudo. (negrillas fuera de texto)

Por su parte el Magistrado Saavedra Becerra concluyó:

"(…) Encontrar procedente la nulidad de un laudo por diferencias en la apreciación de las pruebas obrantes en el expediente arbitral, supera los límites que la ley impuso al recurso de anulación de laudos arbitrales.(…)"

En suma, observa la Corte Constitucional que el recurso de anulación, en los términos propuestos en la sentencia censurada, se constituyó en una revisión por errores in iudicando, lo cual, esta proscrito para acciones como la que dio origen al proveído de la Sección Tercera.

Para la Corporación, la sentencia acusada contiene un cuestionamiento a la interpretación de la normas y la apreciación del caudal probatorio hecho por los árbitros, además de sentar la posición del Juez Contencioso en relación con lo que sería un correcto entendimiento de la normatividad del contrato; todo lo cual riñe con la competencia que en virtud del recurso de anulación por la causal propuesta se le atribuye al Contencioso Administrativo. Dice el pronunciamiento cuestionado:

"(…) El Tribunal también se apartó de la prueba pericial en la cual se indicó en qué consistía la tasa interna de retorno y cuál podía ser su valor según el flujo financiero de la oferta; independientemente de que dicha tasa interna de retorno hubiere sido del 49,865%, de conformidad los cálculos efectuados por el perito financiero o del 38,08 %, según lo estimado en la oferta; lo cierto es que el Tribunal no tenía fundamento alguno para determinar que esta debía ser del 8%, valor que estimó razonable o equitativo, mucho menos tenía fundamento legal o probatorio alguno, para concluir que la TIR calculada en el flujo financiero era igual a la utilidad de los costos de operación y mantenimiento que estimó, el Tribunal, en un 8%. (…)"

Está claro que el punto específico sujeto a examen por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, era la definición de la existencia o inexistencia, en el asunto revisado, de la causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, la cual proscribe en materia de laudos el fallo en conciencia "(…)siempre que esta circunstancias aparezca manifiesta en el laudo" . En la resolución de este tema, la providencia atacada, luego de realizar una evidente valoración probatoria y el análisis de los documentos contractuales concluyó que la solicitud de nulidad debía prosperar, pues, los árbitros habían fallado en conciencia. Para la Sala, esta deducción es producto de una extralimitación en la competencia.

Si se revisa la providencia atacada, se observa que se descalifica la lectura que los árbitros hicieron de diversos soportes normativos y probatorios, con lo cual, dicho sea de paso, se advierte sin duda alguna que el fallo arbitral acudió a razonamientos jurídicos y fue producto de una lectura de la normatividad que rige el contrato y de las pruebas que se recaudaron para dirimir la controversia, en especial el peritazgo practicado dentro del proceso. En suma, el Juez Contencioso estimó lo que entendió como errores in iudicando para declarar el laudo como un pronunciamiento en conciencia y no en derecho.

Para la Corte, el laudo arbitral del caso, de conformidad con lo expuesto, no es una decisión en conciencia sino en derecho. La evidencia de esta situación no solo es la actividad que adelantó el Juez Contencioso para censurar la interpretación del Juez Arbitral, sino, el laudo mismo.

Para la corporación, no pasa desapercibido que en el apartado 2.1 "las pretensiones declarativas y de condena" del laudo arbitral, al momento de consignarse las "Consideraciones del Tribunal", se exponga:

"En esta instancia del laudo, y de acuerdo con lo que al inicio de este escrito se acotó en relación con el contrato de concesión y sus características, el Tribunal expresa que por el hecho de que no se le dé al flujo financiero el alcance pretendido por los demandantes de reconvención, ello no quiere decir que se desconozca la naturaleza del contrato suscrito entre las partes y desnaturalice de esta manera el contrato de concesión. Por el contrario, considerado como un documento integrante de la propuesta, el Tribunal, con los restantes documentos contractuales, ha concluido que los factores de ajuste fijo para el componente de suministro e instalación y del IPC para la operación y mantenimiento constituyen la recíproca intención de las partes sobre los ajustes acordados y , también, que lo rotulado como 'TIR' del proyecto apreciado integralmente el proyecto y, en particular, la expresión costos de operación se proyecta en una utilidad asociada y razonable del 8% idéntica a la del componente de repotenciación" (negrillas fuera de texto)

Sin duda, es un ejercicio jurídico el que lleva al fallador arbitral a entender que la utilidad por operación y mantenimiento se debe estimar en un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el suministro e instalación. La apelación a las características del contrato de concesión, tal como fueron establecidas en el acápite "El tipo contractual celebrado y su régimen jurídico" del laudo, comprendido a lo largo de 14 páginas, no son nada distinto de la consideración sobre la normativa y alguna doctrina sobre el asunto en resolución, todo lo cual, no se aviene con un fallo en conciencia sino con uno en derecho. Además, no se pierda de vista que se expresa una interpretación en relación con documentos como el flujo financiero. Distinto es que la parte inconforme y, posteriormente, la Sección tercera en el proveído cuestionado, no compartieran la apreciación que del derecho y las pruebas hizo el Tribunal de Arbitramento.

La valoración del laudo arbitral en referencia, como una decisión en derecho y no en conciencia, no se tiene únicamente por la Corte, sino que, los dos salvamentos de voto varias veces aludidos, así como el concepto del Ministerio Público, comparten tal percepción. Este último, refiriéndose a lo expuesto por quienes acudieron al recurso de anulación, expuso:

"(…)Los argumentos expuestos no conducen a concluir que el laudo se hubiera proferido en conciencia, pues su censura se refiere a la actitud de los árbitros, es decir a la forma como esto asumieron la interpretación del contrato y la valoración de las pruebas (…) el laudo se ajusta (…) a las exigencias que la ley impone, como es que se apoye en el derecho para las declaraciones pertinentes.(…)

El tribunal para fundar su decisión en derecho hizo una permanente referencia y análisis de las normas que regulan el conflicto, entro otras la Constitución en sus artículos 1 y 209 (…)La Ley 80 de 1993 y su Decreto reglamentario No. 679 de 1994 (…) la ley 143 de 1994, es especial a lo dispuesto (sic) en su artículo 55(…) el artículo 33 de la Ley 105 de 1993 (…)"

Por su parte, la Magistrada Correa Palacio, en el apartado 3 de su salvamento de voto, el cual subtitula "la decisión arbitral censurada no constituyó un fallo en conciencia" manifiesta:

"(…) Verificado el contenido del laudo arbitral acusado salta a la vista que no se trata de un fallo en conciencia. Todo lo contrario, de su simple lectura se advierte que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente.

En efecto, muestra el laudo arbitral que:

(…)

ii) Con los documentos del contrato, la oferta, su aceptación, los pliegos de condiciones, el contrato y su ejecución, los árbitros después de definir el marco legal de la concesión, las obligaciones legales y contractuales de las partes y el equilibrio económico del contrato,

concluyeron que el concesionario sólo tenía derecho al pago de las luminarias efectiva y realmente suministradas e instaladas a los precios pactados que incluían su costo y una utilidad (8%).

(…)

iv) En la parte de la operación y mantenimiento, interpretando los documentos del contrato y con fundamento en el dictamen pericial, que indicaba que la TIR sólo se calcula por el flujo libre de caja, al encontrar inconsistencias en el flujo proyectado, se concluyó que ese documento contenía los costos reales de la operación y mantenimiento, al que debía agregársele una utilidad razonable que se fijó siguiendo el dictamen, en un porcentaje igual al de la primera etapa, o sea en un 8%.

(…)

En consecuencia, resulta equivocado calificar el laudo arbitral como un fallo en conciencia y menos aún que ello sea manifiesto, porque está fundamentado en derecho y en la valoración de las pruebas, entre otras: los documentos del contrato, y aquellos que dan cuenta de la ejecución del mismo y en el dictamen pericial, del cual se tomaron las cifras, análisis y conclusiones que fueron valoradas por el Tribunal Arbitral, incluso desestimando las objeciones que por error grave se formularon en su contra, valoración que insisto, no podía ser revisada al decidir el recurso de anulación. (…) (negrillas fuera de texto)

Similar es la apreciación del Magistrado Saavedra Becerra:

"(…) En el caso concreto la sentencia de la que me aparto, afirma claramente que el laudo cuenta con los ingredientes típicos del que se profiere en derecho, cuando reconoce que el tribunal de arbitramento:

1. Hizo un análisis sobre la situación fáctica sometida a su conocimiento a la luz de lo previsto en el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario y las estipulaciones plasmadas en el contrato de concesión.

2. Hizo una apreciación sobre la prueba pericial arrimada al plenario,

Pero la razón por la cual concluye que el laudo es en conciencia "luego de haber señalado

que el Tribunal valoró las pruebas" es que "el Tribunal al resolver uno de los asuntos sometidos a su consideración, concretamente el referido a la TIR del proyecto, realmente decidió en conciencia".

La Sala se apartó de lo expuesto por los árbitros respecto del monto de la utilidad por "la operación y mantenimiento" (…)

En la sentencia se manifiesta el desacuerdo respecto del porcentaje de utilidad que consideró demostrado el tribunal de arbitramento si se tiene en cuenta que afirmaron: "la conclusión a la cual arribó el Tribunal no tiene fundamento en los documentos contractuales, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%"

(…)

Se tiene así que mientras para el Tribunal de Arbitramento el monto del TIR no estaba claramente pactado en el contrato, para la Sala sí porque constaba en la propuesta que forma integral de él. Mientras los árbitros consideraron que dicho monto correspondía al 8%, la Sala consideró que el TIR podría definirse en un 49,865% o 38,08%.

De todo lo anterior se deduce fácilmente que la Sala consideró configurado el laudo en conciencia porque no comparte la conclusión a la que arribó el tribunal de arbitramento sobre el monto del TIR. Se edificó también sobre diferencias claras respecto de la resolución de uno de los problemas jurídicos planteados en el proceso arbitral: el concepto y contenido del TIR.

Encuentro así que en la sentencia de la que me aparto, se concluyó que el laudo era en conciencia, mediante análisis que, como se explicó en acápites precedentes, escapan al ámbito del recurso de anulación.(…)

Al margen de las similitudes o diferencias que puedan existir entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad, considero que en el caso concreto se profirió un típico laudo en derecho; se trató de una providencia que ni se fundó en la convicción interna de los árbitros, ni se apartó del derecho positivo vigente (…)" (negrillas fuera de texto)

La Corte, suscribe estas valoraciones y, observa que sólo por virtud del defecto orgánico

que vicia la sentencia de la Sección Tercera, en este caso, asumir una competencia que dista de la propia del recurso de anulación, tuvo lugar una incorrecta estimación del laudo en lo tocante a la causal 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Por ende, para la Sala, carece de sustento la conclusión obtenida por la mayoría de la sección Tercera, cuando al desechar lo hecho por el Tribunal de arbitramento, so pretexto de tratarse de una decisión en conciencia, procedió a anular el pronunciamiento arbitral.

Adicionalmente, encuentra la Corporación que tampoco quedó satisfecho uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento para permitir la prosperidad del motivo alegado por los solicitantes de la anulación. Si se revisa la disposición, ella indica que la circunstancia del fallo en conciencia debe aparecer de manifiesto en el laudo. Para la Sala, esta exigencia no se hace presente en el proveído censurado. Por el contrario, los ingentes esfuerzos en la revisión del acervo probatorio y, el copioso cuestionamiento a la lectura que de la normatividad del contrato hizo el grupo de árbitros, ponen de presente lo poco patente y claro de la condición de "manifiesto" que le atribuyeron los accionantes del recurso y la Sección Tercera al laudo.

Para la Corte, los motivos expuestos imponen el amparo deprecado en sede de tutela, pues, la sentencia de mayo 13 de 2009, emanada del Consejo de Estado, resulta violatoria del derecho fundamental al debido proceso en razón a que la Sección tercera del Máximo Juez de lo Contencioso, asumió competencias que no le correspondían.

En lo atinente a la presencia de un defecto procedimental en la actuación judicial en revisión, observa la Sala que la actividad desplegada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, al cuestionar tanto la interpretación formulada por el grupo de árbitros, como la valoración probatoria realizada por los mismos, significó en términos materiales, no solo un desbordamiento de la competencia conferida por el ordenamientos jurídico, sino la transformación de la sede de anulación en una segunda instancia. Esto es, el Alto Juez Contencioso-Administrativo, adelantó un trámite no sólo no autorizado por el ordenamiento jurídico, sino que acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, tal proceder está proscrito.

Para la Corte, se cumplen las exigencias trazadas por la jurisprudencia al Juez de Tutela al momento de valorar la eventual presencia de un defecto procedimental. En primer lugar,

entiende la Sala que no cabe remediar la irregularidad por una vía distinta del amparo, dado el carácter inane del recurso de revisión en el caso presente, tal como se advirtió en el apartado de la procedencia de la tutela contenido en esta providencia. En segundo lugar, el defecto no solo se hace manifiesto tal como lo pusieron de presente el Ministerio Público y los accionantes, ente otros, sino que la lectura del proveído cuestionado evidencia el reparo a la actividad interpretativa de los árbitros y la valoración probatoria efectuada por los mismos. En tercer lugar, la irregularidad no podía ser alegada dentro del proceso de anulación, puesto que solo podía advertirse una vez concluida dicha actuación, pues, únicamente en ese momento, podía verificarse el contenido de la decisión y la circunstancia censurada. En cuarto lugar, la situación acontecida no le resulta atribuible a la afectada, pues, la expedición del fallo y el defecto ocurrido escapaban al control de la perjudicada. En quinto lugar, la sentencia atacada lesionó los derechos fundamentales al debido proceso y, al acceso a la administración de justicia del Municipio de Neiva.

Finalmente, resulta oportuno observar que la asunción del recurso de anulación como un trámite de segunda instancia, fue de tal entidad que supuso para la afectada una variación de las reglas establecidas en el ordenamiento en un momento en el cual solo quedaba como remedio la acción de tutela y, supuso para la entidad pública, una importante afectación de orden patrimonial.

Así pues, encuentra la Corporación que la providencia expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un defecto procedimental, observándose una razón más para conceder el amparo pedido.

De lo sentado, se desprende que corresponde a la Corte Constitucional, revocar las providencias de las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, las cuales denegaron la tutela y, como consecuencia, revocar la sentencia de mayo 13 de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Con la decisión a adoptar, advierte el Tribunal Constitucional que el laudo arbitral censurado por el recurso de anulación y, su auto modificatorio de 23 de agosto de 2007 , recuperan su vigor. En consecuencia, la consideración atinente a que la utilidad por operación y mantenimiento se debe estimar en un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el

suministro e instalación, recobra su vigencia. Por ende, el clausulado cuestionado mantiene su intangibilidad, en particular, el numeral noveno de la parte resolutiva concerniente al motivo que dio lugar a la sentencia de mayo 13 de 2009, expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Por otra parte, encuentra la Sala que al plantearse el recurso de anulación, los accionantes manifestaron su inconformidad con la decisión arbitral, pues en su entender, el laudo está viciado acorde con lo normado en las causales del numeral 4º "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros." y del numeral 5º del artículo "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento." del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Estos cargos no fueron objeto de consideración por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado en razón de la prosperidad del recurso por infracción a la causal 2.

Al recuperar su vigor el laudo y su auto complementario, observa la Corte que quedan sin atender los restantes reparos planteados por la Unión Temporal, con lo cual, de no tener lugar un pronunciamiento sobre estos cargos, se estaría frente a una vulneración del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia. El artículo 229 de la Carta preceptúa en lo pertinente "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (…) con lo que corresponde a esta Corporación atender dicho mandato no sólo por lo ordenado en el artículo 4 Superior, sino, en razón del carácter de Guardiana del Texto Superior.

Dadas las circunstancias, no puede la Corte Constitucional subsanar la afectación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, desatando los asuntos pendientes denunciados en el recurso de anulación. Un proceder de esta naturaleza, conduciría a un quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso por la falta de competencia para tramitar dichos asuntos por parte de la Corte. Tampoco tiene lugar una decisión que simplemente revoque la decisión de la Sección Tercera, pues, ello implicaría hacer caso omiso de las demandas insolutas de la Unión Temporal.

Observa la Corte que la respuesta frente a este último asunto, debe compaginar el respeto por la competencia de los jueces y la preservación del derecho fundamental de acceso a la justicia del accionante en el trámite de anulación. Por ende los pedimentos irresueltos, deben ser ventilados por el Juez Competente, en este caso, la Sección Tercera del Consejo

de Estado. En consecuencia, habrá de devolverse el expediente al Consejo de Estado para que la Sección referida, proceda a resolver lo del caso atendiendo lo considerado en esta sentencia.

Conclusiones.

Inicialmente, la Sala precisó que el Señor Rodrigo Lara Restrepo carecía de legitimación por activa para iniciar la presente actuación, dada su entonces condición de Senador de la República. Encontró la Corte que el citado ciudadano no contaba con la habilitación legal para actuar como "parte" actora en una acción de tutela como agente oficioso o representante judicial de sus electores. Seguidamente, observó la Corporación que la actuación del Municipio de Neiva fue más que una mera intervención adhesiva o ad adiuvandum[56], pues, materialmente se trata de una intervención principal, cuyo objeto, tal como expresamente lo solicita, fue la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima conculcados aparentemente por una providencia judicial que dejó sin efectos un laudo arbitral originado en una controversia de la cual fue parte.

Decantada la cuestión preliminar, la Corte revisó de la jurisprudencia atinente a los defectos orgánico y procedimental como causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, adicionalmente, se recordó cual es el alcance del recurso de extraordinario de anulación en materia de laudos arbitrales de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado. En este punto, se destacó que la competencia del Juez Contencioso en materia de anulación, se contrae a revisar los errores in procedendo, pues, salvo excepciones legales, no hace parte de la órbita de competencia del Juzgador el conocimiento del errores in iudicando, siendo estos más propios de una segunda instancia y el recurso de anulación no tiene tal condición.

Previo a la valoración del caso concreto, la Sala repasó sucintamente la apreciación que desde la jurisprudencia contencioso-administrativa y arbitral se ha tenido de la causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y, las diferencias trazadas entre las decisiones en derecho y las decisiones en conciencia.

Con los presupuestos anotados, la Corte Constitucional encontró que el amparo deprecado frente a la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 13 de mayo

de 2009, estaba llamado a prosperar dado que la Sección del Alto Juez Contencioso –Administrativo, configuró con su actuar el defecto orgánico al asumir una competencia que no le esta conferida por el ordenamiento jurídico. Observó la Corte que el fallo atacado, contiene una censura a la interpretación de las reglas del contrato de concesión y, a la valoración de las pruebas que en su momento hicieran los árbitros del contrato de concesión celebrado entre el municipio de Neiva y la Unión Temporal DISELECSA LTDA – INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. Para la Corte Constitucional, dicha forma de proveer evidencia un juicio por errores in iudicando, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley. Del mismo modo, al fungir materialmente como segunda instancia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un defecto procedimental, pues, surtió un trámite que no le está autorizado por el ordenamiento jurídico en asuntos como el revisado.

La Corte no encontró que el laudo arbitral cuestionado pudiese ser calificado de decisión en conciencia y, coincidiendo con los votos disidentes que tuvieron lugar frente al fallo cuestionado y el concepto del Ministerio público; estimó de recibo la conclusión según la cual la decisión arbitral es una decisión en derecho. Por tanto, no cabría dejar sin vigor el laudo y su providencia complementaria, en particular, el numeral noveno de la parte resolutiva que condenó a la unión Temporal a pagar una suma de dinero a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente.

En consecuencia, el Pleno de la Corporación, valoró que se debe revocar la providencia de 5 de agosto de 2010 proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y, en su lugar conceder el amparo pedido, dejando por ende, sin efecto la anulación del laudo ordenada por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante providencia de mayo 13 de 2009.

Dado que con lo resuelto recupera su vigor el laudo, observó la Sala que quedan sin atender los restantes reparos planteados por la Unión Temporal, con lo cual, de no tener lugar un pronunciamiento sobre estos cargos, se estaría frente a una vulneración del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia. Consecuentemente y, por no ser del resorte de la Corte, debe devolverse el expediente al Consejo de Estado para que la Sección

referida, proceda a absolver los cargos restantes y pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por el cuestionamiento contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios de su competencia y las pautas indicada en esta providencia.

III. DECISIÓN.

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 del proceso ordenada mediante Auto de 25 de enero de 2011.

SEGUNDO.- Revocar la decisión contenida en la providencia de 5 de agosto de 2010 proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, así:

2.1 NEGAR el amparo solicitado por el señor RODRIGO LARA RESTREPO por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

2.2 RECONOCER la calidad de actor de la presente acción de tutela al Municipio de Neiva en su escrito de 14 de diciembre de 2009 contra la providencia de 13 de mayo de 2009 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.3 CONCEDER el amparo por vía de tutela del derechos al debido proceso del Municipio de Neiva, vulnerado por la anulación que otorgó la Sentencia de 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre el laudo arbitral de 14 de agosto de 2007 y su auto complementario de agosto 23 de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, DEJAR sin efecto la anulación ordenada por dicha providencia.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente de anulación a la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de que mediante fallo RESUELVA el recurso de anulación contra Laudo de 14 de agosto de 2007 y su auto complementario, en punto a asegurar el acceso a la Administración de Justicia de la Unión Temporal DISELECSA LTDA – INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A de acuerdo con los siguientes parámetros, sin perjuicio de lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia:

a) Proferir decisión sobre los pedimentos de nulidad por los cargos formulados contra el laudo arbitral y su auto complementario, relacionados con las causales de anulación contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, los cuales quedaron insolutos en la sentencia de 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

b) Pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por los cargos contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios del uso de la competencia del Juez contencioso en la materia, acorde con los lineamientos señalados en esta sentencia.

CUARTO.- Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente

LUIS ERNENSTO VARGAS SILVA

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] En sesión celebrada el 10 de noviembre de 2009 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió, en aplicación del artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992, asumir el conocimiento del proceso de la referencia (Folio 17, cuaderno principal).

[2] Hace parte del Adendo No. 1 del Pliego de Condiciones.

[3] La respuesta a la pregunta 1.1. sobre ¿Cuál es la Tasa Interna de Retorno prevista por dicho flujo financiero? El perito se servirá expresar dicha TIR en términos efectivo anual y mes vencido. La respuesta es la siguiente:

"Teniendo en cuenta el Flujo financiero proyectado Folios 248 a 268 de la propuesta, que concluye en la línea 24 "saldo acumulado caja fiducia" este saldo no corresponde a un flujo libre de caja en el sentido estricto. Por lo tanto no es correcto financieramente hablando estimar la tasa interna de retorno del proyecto (TIR) con base en cifras diferentes a un flujo de caja libre. A partir de los rubros que constituyen el flujo financiero propuesto que están directamente relacionados con el objetivo de la operación del proyecto, se construye el flujo libre de caja, con el objetivo principal de esta pregunta, que consiste en estimar la TIR del

proyecto.Cabe anotar que el flujo de caja libre constituye las salidas y entradas de dinero efectivo en un período determinado sin incluir ningún rubro no operativo y ningún rubro relacionado con la estructura de capital de una firma (deuda y equity). La tabla 1 muestra las componentes usadas para construir el flujo libre de caja de acuerdo a los rubros del flujo financiero a folios 248-268 de la propuesta. Según los componentes del flujo de caja libre que se detallan en la tabla 1 y de acuerdo al valor de los rubros proyectados en la propuesta Folios 248 a 268, se calculó la TIR del proyecto que equivale a 3.428% efectiva mensual equivalente a una tasa efectiva anual de 49.865% (Anexo 1)" (fl. 517, cd. ppal C. Edo).

[4] Tasa Interna de retorno: Medida de rentabilidad de los recursos que permanecen invertidos en un proyecto, indicando la tasa de interés más alta a la cual el proyecto está en equilibrio. (Concepto tomado del Diccionario de Términos de Contabilidad Pública, 1998, Contaduría General de la Nación, Editorial, Imprenta Nacional, Bogotá Pág. 156). Utilidad: 1) Término genérico aplicado al excedente de ingresos, productos o precio de venta, sobre los costos correspondientes, 2) Propiedad de una erogación que posee la característica de tener un valor continuado. (Concepto tomado del Diccionario para Contadores, Eric L. Kohler, cuarta Edición, Ed. Uteha, México; 1981, Pág. 520). La tasa interna de retorno, es uno de los indicadores financieros que permiten evaluar la posible rentabilidad de un negocio o proyecto, en función de lo que se obtendrá en un periodo de tiempo si se invierte una determinada cantidad de dinero. Algunas veces se utilizan los términos utilidad y rentabilidad de forma indiferente, pero cada uno de estos conceptos aunque se relacionan o complementan son diferentes. La utilidad es lo que se obtiene una vez descontados los egresos a todos los ingresos. Es el resultado final de un periodo de operaciones que por lo general es un año, aunque se pueden trabajar periodos menores. Rentabilidad es lo que rinde o produce una inversión o un activo. Es la ganancia que se obtiene de un capital invertido y se consigue de la comparación entre la utilidad obtenida y el capital invertido. Por ejemplo, podemos decir que en el 2007, una empresa después de descontar todos los gastos, le quedaron $100.000.000, que quiere decir que esta fue su utilidad.Ya conocemos la utilidad. Ahora, si queremos saber cuál fue la rentabilidad, necesitamos conocer la inversión realizada. Supongamos entonces que la inversión fue de $200.000.000.Si se invirtieron 200 millones y se obtuvo una utilidad de 100 millones, estamos frente a una rentabilidad del 50%, es decir, que el capital invertido rindió un 50%. La utilidad y rentabilidad son dos conceptos diferentes y complementarios. La utilidad es simplemente

el nombre que se le da a un valor resultante después de restar a los ingresos todos los egresos. Rentabilidad es el nivel de rendimiento que se ha obtenido de un capital invertido, representa la gestión de ese capital, y en últimas es la rentabilidad la que nos dice si el negocio en que se ha invertido es un buen negocio o no. Mayor utilidad no siempre significa mayor rentabilidad. Una utilidad de $1.000.000 puede ser obtenida con una inversión de $500.000 o $100.000. Vemos que la utilidad es la misma, sin embargo la rentabilidad es distinta y vemos en este supuesto lo importante que es tener claro y presente el concepto de rentabilidad.

[5] Sentencia T-697 de 2006.

[6] Sentencia T-312 de 2009.

[7] Sentencia T-799 de 2009.

[8] Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la Sentencia T-555 de 1996 la Corte resolvió el caso de un agente oficioso (estudiante de consultorio jurídico) que promovió tutela a favor de una persona para lograr protección de su derecho a la no reformatio in pejus, y no manifestó la circunstancia de imposibilidad de promover su propia defensa en la cual aquel se encontraba. En esta oportunidad la Corte concedió la tutela bajo la idea según la cual los derechos involucrados tenían además una dimensión objetiva que hacía imperiosa su protección, por lo cual "en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable prima facie, el agente oficioso – en razón de la naturaleza del derecho fundamental cuya vulneración se debate – actúa, adicionalmente, en nombre de un interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia." Sobre la posibilidad de inferir la situación de imposibilidad de promover la propia defensa, la Corte se pronunció en sentencia T-452 de 2001. En este caso la Corte revisó la sentencia de un juez que negó la tutela de los derechos de un agenciado bajo el argumento de que el agente no señaló expresamente la situación en que aquel se encontraba y que le impedía promover su propia defensa, no obstante que en el escrito tal situación se mostraba como evidente. En esta

oportunidad la Corte consideró la posibilidad de pronunciarse de fondo tras aceptar la existencia de una "agencia oficiosa tácita" ya que según la Corte "la exigencia de estos requisitos -la manifestación de la imposibilidad- no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente…" Además, esto fue posible porque la Corte constató que el agenciado no corría riego alguno por el acto de la agencia, lo cual para la Corte sólo es posible "siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir –no simplemente presumir- que se está realizando un acto a favor de otro.". En la sentencia T-342 de 1994 dos personas actuando como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y consecuencialmente los derechos a la igualdad, autonomía, libertad de conciencia, libertad de expresión etc., de la comunidad indígena nómada Nukak Maku debido a que una asociación asentada en un lugar estratégico en el departamento del Guaviare había comenzado una serie de actividades dirigidas a la catecumenización y reducción cultural de los indígenas, la Corte decidió que la agencia oficiosa era en ese caso procedente, porque además de haberlo manifestado expresamente "las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa." De esta forma se amplía notablemente el referente de la expresión del Decreto 2591 de 1991 "no encontrarse en condiciones físicas" pues no se alude con el mismo solamente a incapacidad estrictamente física como limitación corporal, sino que alude a un marco más amplio de condiciones materiales.

[9] Ibídem.

[10] Sentencia T-312 de 2009.

[11] Francesco Carnelutti. Curso de Derecho Procesal Civil. Oxford University Press. Primera Serie. 1999. Primera Serie. Volumen 5. Pág 154 y 155

[12] Giuseppe Chiovenda. Curso de Derecho Procesal Civil. Oxford University Press. Primera Serie. 1999. Primera Serie. Volumen 6. Pág 324 y 325.

[13] Sentencia T-079 de 1993.

[14] Sentencia T-008 de 1998.

[15] Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

[16] Sentencia 173/93.

[17] Sentencia T-504/00.

[18] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

[19] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

[20] Sentencia T-658-98

[21] Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

[22] Sentencia T-522/01.

[23] Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[24] Sentencia T-173 de 1993.

[25] Sentencia T-504 de 2000.

[26] Numeral 5 del Artículo 128 del Código Contencioso Administrativo reformado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. En igual sentido se expresa el numeral 7 del artículo 149 del nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 que empezará a regir el 12 de julio de 2012.

[27]Sentencia T-839 de 2005. En este caso se ataca por vía de tutela una providencia de anulación, y en ese orden se analiza dentro de los requisitos generales de procedencia de la tutela si se cumple o no con el requisito de subsidiariedad, esto es, si era necesario agotar el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 380 del Código de

Procedimiento Civil. La Providencia concluyó que en el caso objeto de estudio, algunas de las alegaciones planteadas por los accionantes contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, y de las cuales se derivaban las supuestas afectaciones a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, eran susceptibles de ser planteadas y solucionadas de una manera clara, definitiva y precisa, en sede del recurso extraordinario de revisión, ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón se afirmó que la vía de hecho alegada "no configura ninguna de las causales contenidas en el artículo 380 del C.P.C.", y en consecuencia la acción de tutela no resultaba procedente como mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

[28] Hasta este punto se ha mantenido lo que fuera la ponencia presentada en su momento por el exmagistrado Juan Carlos Henao, con todo y dada la pertinencia, en lo que sigue se conservarán algunos pasajes de su escrito.

[30] Sentencia T- 1049 de 2012 M.P Vargas Silva. Ver también T- 531 de 2010 M.P. Mendoza Martelo, T- 629 de 2012 M.P. Sierra Porto, entre otras.

[31] Sentencia T- 1049 de 2012.

[32] Sentencia SU- 399 de 2012 M.P. Sierra Porto

[33] Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-244 de 2007. En idéntico sentido ver sentencias C-242 de 1997, C-330 de 2000 y C-1436 de 2000, entre otras.

[34] La ley 446 de 1998 introdujo el recurso de revisión contra la sentencia que resuelva el recurso de anulación por parte de esta sección (art. 128 numeral 5 C.C.A).

[35] La Corte Constitucional, sin embargo, en sentencia T-570 de 1994, consideró que a pesar de no constituir el recurso de anulación la primera instancia, ya que ésta lo es el proceso ante el tribunal de arbitramento, expresó que "si puede afirmarse que con el recurso de anulación, se satisface la garantía consagrada en el artículo 31 de la Constitución, pues, materialmente, se cumplen las finalidades que la doble instancia está llamada a alcanzar".

[36] Expediente 22.191, actor Clínica de Ibagué Ltda., Demandado Cajanal ESP. Sección

Tercera – Consejo de Estado.

[37] Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981. P.344-345

[38] Similares consideraciones se pueden encontrar en los pronunciamientos de la sección Tercera de junio 08 de 2006, Mp. Correa Palacio, Exp. Nº 32398; agosto 11 de 2011 MP. Correa Palacio Exp., 37082;

[39] Sec. Tercera, junio 08 de 2006, Exp. 29476 MP. Correa Palacio

[40] La Ley 1150 de 2007, fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691 fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9º y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6º que entrará en vigor después de 18 meses.

[41] Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

[42] Artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, norma que a su vez fue compilada por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998

[43] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 18 de junio de 2008, Exp. No.1100 103260002007-00061-00 (34.543), Recurrente convocada: Teleacceso S.A. en liquidación, Convocante: Colombia Movil S.A. E.S.P. Asunto: Recurso de anulación laudo arbitral.

[44] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623 y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411.

[45] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 32896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[46] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A.

[47] Sentencia de 4 de mayo de 2000, Exp. 16766 y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320.

[48] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp. 19273. En el mismo sentido, las sentencias de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090 y de 13 de febrero de 2006, Exp. 29704.

[49] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, Exp.10468.

[50] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887.

[51] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A.

[52] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191.

[53] Laudo de 5 de diciembre de 1990 Clínica de Ojos Ltda. vs Teroptic . La Jurisprudencia Arbitral en Colombia. Tomo II. Hernán Fabio López Blanco. Universidad Externado de Colombia. 2da edi. 1996. Pág 98.

[54] Laudo proceso María Carolina Sánchez Blanco vs. Inversiones Mablanes Ltda., Gabriel Blanco Contreras y María Cristina Blanco Contreras proferido el 19 de septiembre de 1997. La Jurisprudencia Arbitral en Colombia. Tomo II. Hernán Fabio López Blanco. Universidad Externado de Colombia. 2da edi. 1996.

[55] Laudo Mitsui Colombia Vs. Metaltec Manofacturas Metal Eléctricas Ltda. (árbitros Juan Carlos Esguerra, José Ignacio Narváez, Álvaro Mendoza), 7 de septiembre de 1993. La Jurisprudencia Arbitral en Colombia. Tomo II. Hernán Fabio López Blanco. Universidad Externado de Colombia. 2da edi. 1996.

[56] Giuseppe Chiovenda. Curso de Derecho Procesal Civil. Oxford University Press. Primera Serie. 1999. Primera Serie. Volumen 6. Pág 324 y 325.