

Sentencia SU500/15

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional por vulneración de derechos fundamentales/ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Improcedencia general

La posibilidad de reprochar una decisión arbitral por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia, al menos material, del laudo arbitral con una providencia judicial, pues como se indicó en la Sentencia C-242 de 1997 tales laudos son, también, decisiones eminentemente jurisdiccionales. Así como sucede con las sentencias judiciales, también tenga cabida la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de arbitramento. Para ello el reproche de un laudo por medio de la acción de tutela está sometido, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto a las providencias judiciales, y que en la Sentencia C-590 de 2005, fueron clasificados en dos grupos: (i) los requisitos de procedibilidad de carácter general que deben ser satisfechos integralmente para habilitar la viabilidad procesal del amparo y (ii) los requisitos o causas especiales, que determinan la eventual prosperidad de la acción, pues ante la presencia de uno de ellos, se configura una vulneración del derecho al debido proceso.

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

JUSTICIA ARBITRAL-Reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al Estado para la resolución de sus controversias

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Existe recursos de anulación y homologación para controvertir los laudos arbitrales

LAUDO ARBITRAL-Recurso de anulación no siempre es idóneo y eficaz toda vez que las causales son taxativas y de interpretación restringida

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Deben reunirse los requisitos de procedencia

y procedibilidad contra providencias judiciales

DEFECTO ORGANICO EN MATERIA DE ARBITRAMENTO-Desarrollo del principio Kompetenz-Kompetenz

La competencia del tribunal de arbitramento está dada, inicialmente, por el hecho de que las partes hayan manifestado su voluntad en el someterse a esa justicia especial. Posteriormente, una vez pactada la justicia arbitral, la determinación del ámbito de competencia del tribunal de arbitramento se rige por un segundo criterio, que obedece (ii) al principio de origen internacional denominado kompetenz-kompetenz, y que indica que es el mismo tribunal arbitral a quien corresponde determinar su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno a las cuales hay un conflicto. Este principio comulga con la regla general de autonomía que se concede a los árbitros cuando las partes se someten a su competencia, y determina que “los tribunales tienen un carácter autónomo de interpretación para determinar su propia competencia”. El defecto orgánico está supeditado, y con ello la acción del juez de tutela, primero a la voluntad de las partes a quienes les corresponde habilitar al órgano arbitral, y luego, a que el tribunal facultado defina el alcance de su competencia y, en dado caso, resuelva las controversias que surjan entre las partes al respecto.

DEFECTO ORGANICO EN MATERIA DE ARBITRAMENTO-Requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

El proceso arbitral, a diferencia de los procesos de la jurisdicción ordinaria, concede una mayor autonomía al tribunal, tanto en la definición de su competencia, como a la hora de la firmeza de su decisión y de las razones de fondo adoptadas. Por lo tanto, en sede de tutela, las posibilidades del amparo constitucional surgen de un detenido análisis de cada caso, de modo que, salvo la presencia de defectos graves y protuberantes que afecten derechos fundamentales, no se desconozca la voluntad de las partes de someterse a la autonomía de la justicia arbitral.

DEFECTO ORGANICO EN MATERIA DE ARBITRAMENTO-Configuración

En sede de tutela, la valoración sobre la actuación probatoria de un tribunal de arbitramento debe hacerse en relación con el fallo, y con la significación que tal actuación

haya tenido en el sentido del mismo. No puede limitarse a un reproche aislado de la actuación probatoria en sí misma, pues la acción de tutela no es una instancia revisora de la etapa probatoria, lo que implicaría invadir la órbita de la competencia y desconocer la autonomía del tribunal de arbitramento y, luego, de la instancia de anulación. La acción de tutela, en cambio, está encaminada a hacer una valoración de carácter iusfundamental, para prevenir una afectación directa sobre los derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia ya que las decisiones del Tribunal de Arbitramento no vulneraron los derechos fundamentales invocados

Referencia:

Expediente T-4.230.220

Demandante:

ISAGEN S.A.E.S.P.

Demandados:

Sección Tercera del Consejo de Estado y Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 17 de octubre de 2013, con ocasión de la acción de tutela promovida por la empresa

Isagen S.A. E.S.P., en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

ISAGEN S.A., mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el laudo proferido el 2 de julio de 2010 por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Bogotá D.C. Colombia (CCI), y contra la sentencia del 29 de noviembre de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que resolvió el recurso de anulación contra dicho laudo, por considerar que en tales actuaciones se había desconocido su derecho fundamental al debido proceso.

El referido laudo, sobre el cual posteriormente versaría la providencia del Consejo de Estado, tuvo origen en las controversias que surgieron entre Isagen y el Consorcio Miel en la ejecución del contrato que celebraron para la construcción de la hidroeléctrica en el Río la Miel. En específico, habrá que tener en cuenta los siguientes supuestos fácticos.

2. Hechos Relevantes

2.1. A partir de la adjudicación de la licitación número MI-100, el 24 de abril de 1995 se suscribió el contrato de obra entre la sociedad de economía mixta Hidroeléctrica la Miel S.A. (en el contrato denominada la Propietaria) y el Consorcio Miel (en el contrato denominado el Contratista), con objeto de la construcción del Proyecto La Miel I dentro del “Desarrollo Hidroeléctrico del Río La Miel” —en adelante denominado Contrato MI-100—. En concreto el Contrato estaba destinado a la “construcción de las obras civiles y el diseño, la fabricación, el suministro, la instalación y las pruebas de los equipos electromecánicos y electrónicos, la operación inicial y comercial de las unidades y la entrega de la Central de Operación Comercial”[1].

2.2. El 27 de noviembre de 1997 Hidroeléctrica La Miel S.A., cedió su posición contractual a la Fiduciaria Anglo S.A. –FIDUANGLO-[2], entidad que el 29 de marzo de 2000 cambió su denominación a Lloyds Trust S.A.[3]., quien, a su vez, el 10 de junio de 2004 cedió su posición a ISAGEN S.A. E.S.P. (en adelante Isagen).

2.3. Por su parte, el Consorcio Miel, al momento de la firma del Contrato MI-100 estaba integrado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., Asea Brown Boveri Limitada, Abb Sae Sadelmi Spa, y Kvaerner Energy A.S. Sin embargo, mientras se ejecutaba el contrato, el Consorcio Miel cambió su composición en varias oportunidades así:

- El 29 de abril de 1998, la sociedad italiana ABB Sae Sadelmi SPA, de sus unidades de negocio, transmitió, mediante la figura italiana del “Conferimento di complesso Aziendale”, la unidad empresarial de generación de energía a la también italiana ABB Industria SPA, quien en la misma fecha cambió su denominación social a ABB Sadelmi SPA, y posteriormente, el 3 de julio de 2000, lo cambió a Alstom Power Italia SPA. Mientras que la empresa ABB Sae Sadelmi SPA (originaria suscriptora del Contrato), se extinguió el 28 de noviembre de 2001[4], quedando absorbida todo su patrimonio por la empresa ABB SACE TMS SPA. Estas operaciones no fueron comunicadas expresamente a Isagen.

- El 24 de noviembre de 2000 se suscribió el Otrosí No. 5 al Contrato de obra en el que consta que la empresa brasilera Asea Brown Boveri Limitada cambió su denominación a ABB Alstom Power Brasil Ltda.[5]

(En el Otrosí, se hace una nueva mención de las empresas que componen el Consorcio, pero no se modifica a ABB Sae Sadelmi SPA)

- El 9 de octubre de 2002 se suscribió el Otrosí No. 9, en el que consta que ABB Alstom Power Brasil Ltda. cambió su denominación a Alstom Brasil Ltda[6].

- El 26 de noviembre de 2002, la empresa Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., cedió su participación en el Contrato de obra a Constructora Norberto Odebrecht S.A. Esta cesión, se dio a conocer a Isagen en acta del 9 de julio de 2003, que firmaron las partes.

2.4. En la cláusula novena del Contrato MI-100 se estableció que el plazo para la ejecución era de 1642 días a partir de la orden de inicio de obra, la cual se emitió el 24 de diciembre de 1997. Este plazo, sin embargo, se amplió en 109 días por el ACA No. 1, de modo que la fecha de entrega debía ser el 9 de octubre de 2002.

2.5. El 22 de octubre de 2002 las partes suscribieron el acta de entrega de la Obra Civil

Ejecutada, en la que se declaró la terminación sustancial de las obras, restando sólo trabajos y reparaciones menores. Por lo que el 20 de diciembre de la misma anualidad se firmó el acta de entrega de la Central de Operación Comercial, dando por terminada toda la obra contratada.

2.6. El 10 de junio de 2003, el Consorcio presentó a Isagen una Solicitud de Reconocimiento del Proyecto y Solicitud de Reconocimiento de Costos Adicionales.

2.7. El 6 de julio de 2004 se celebró el Otrosí No. 13 al Contrato MI-100 en el cual se modificó la cláusula “TRIGÉSIMA TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES”[7]. La cláusula original establecía que cualquier desavenencia o conflicto entre las partes que resultara de la interpretación o ejecución del Contrato, sería resuelto (i) a través de un esfuerzo amigable entre las mismas, y de fallar este intento, (ii) podría acudirse a un mediador nombrado en el mismo Contrato; y sólo después de agotar la vía del mediador, sea porque éste se haya pronunciado y alguna parte no esté de acuerdo, o porque el Mediador —o su suplente— no haya tomado una decisión dentro de los 30 días siguientes a que la ocurrencia de la desavenencia o conflicto le fue comunicada, se podría recurrir a la justicia arbitral[8]. En la misma cláusula se disponía que la solución de los conflictos a través del arbitraje se regiría por las reglas de la Cámara Internacional de Comercio, y que el foro del arbitraje sería la ciudad de Bogotá, Colombia.

En el Otrosí No. 13 se eliminó la figura del mediador en la solución de los conflictos contractuales, y se encargó tal facultad exclusivamente al mecanismo del arbitraje. La cláusula quedó de la siguiente manera:

“[t]odas las desavenencias y controversias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, y que no hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento”.

Así mismo, se dispuso que la sede del arbitraje sería la ciudad de Bogotá, Colombia, y que el procedimiento se ajustaría a lo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, “o, en su

defecto, el que determine el Tribunal Arbitral”.

Esta cláusula se suscribió después del vencimiento del plazo contractual y de que Isagen y el representante del Consorcio suscribieron las actas de entrega y de recibo en operación comercial de la central, así como las garantías de calidad y correcto funcionamiento y de estabilidad de la obra.

2.8. Mediante comunicación del 28 de julio de 2004, el Consorcio le informó a Isagen sobre ciertas desavenencias contractuales y sobre el inicio del término de 60 días establecido en la cláusula decimotercera para proceder a acudir al arbitraje. La demandada acusó recibo de esta comunicación en septiembre 17 de 2004.

2.9. El proceso de arbitraje:

2.9.1. El 12 de noviembre de 2004 las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil Ltda. y Kvaerner Energy, presentaron, en nombre del Consorcio y con ocasión del Contrato M-100, solicitud de arbitraje contra Isagen. Posteriormente, Alstom Power Italia SPA. fue incluida como co-demandante. Y, a su turno, el 21 de marzo de 2005, la demandada presentó escrito de contestación.

2.9.2. El 2 de noviembre de 2005 las partes firmaron el Acta de Misión.

2.9.3. El 2 de marzo de 2006, tanto las empresas demandantes como la demandada presentaron, las primeras, escrito de sustentación a la demanda y, la segunda, demanda de reconvencción.

2.9.3.1. En el escrito de demanda se indicó que de la conducta de Isagen en la ejecución del Contrato se derivaban los siguientes hechos y circunstancias:

- El acaecimiento de riesgos imprevisibles a partir de la información suministrada en la licitación.
- Cambios introducidos por la Propietaria sobre especificaciones del contrato.
- Incumplimientos.
- Paralización de obras y actividades.

- Disminución de obras.
- Mayor permanencia de recursos.
- Pérdida específica de productividad.

Con sustento en lo anterior se plantean dos tipos de pretensiones; (i) unas de contenido económico y otras (ii) de contenido programático:

(i) Sobre las primeras, en la demanda se indica que los perjuicios ocasionados por Isagen en la ejecución del Contrato llevaron a pérdidas operativas que fueron certificadas por sus revisores fiscales, y que forzaron al Consorcio a incurrir en elevados costos financieros, capitulizaciones y créditos para financiar la ejecución del Contrato. Por estos conceptos se pide un valor de 91.240'858.923 de pesos colombianos, más \$40'178.621 USD[9], más los intereses moratorios.

(ii) Sobre las pretensiones de contenido programático, solicitó la ampliación del plazo para la ejecución de las actividades pendientes que no fueron objeto de rechazo en el ACA No. 1, o que obedecieron a eventos posteriores éste.

En la demanda, los perjuicios señalados se relacionan y detallan en 163 reclamos que soportan los sobrecostos que tuvo que asumir el Consorcio en la ejecución del contrato, y que se discriminan según el tipo de actividad desarrollada.

2.9.3.2. En la demanda de reconvención, a su vez, Isagen alegó el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales por parte del Consorcio:

(i) La entrega tardía de la obra en lo relacionado con el sistema de control y telecomunicaciones; el montaje de la Primera Unidad de Generación; la Operación Comercial de la Primera Unidad de Generación; la entrega de la Central de Operación Comercial; la terminación de obras.

(ii) Exceso de los volúmenes de descarga de agua en el embalse, por encima de los límites exigidos por la autoridad ambiental.

Ante estos incumplimientos Isagen reclama el pago de los perjuicios, toda vez que los

mismos ocasionaron que no se pudiera generar energía en la Central en las fechas previstas contractualmente, que, además, no se generara energía debido a los excesos de volúmenes de descarga de agua en el embalse; que tuviera que ampliarse la póliza de Todo Riesgo en Construcciones; y que se haya generado la necesidad de contratar mayor personal. Por estos conceptos, Isagen reclama el monto total de \$8'050.609.921 pesos colombianos (a abril de 2005).

2.9.4. El 13 de abril de 2007, las partes presentaron escritos de respuesta a la demanda y a la demanda de reconvención.

2.9.4.1. En la contestación, Isagen hizo un recuento sobre la composición del Consorcio y los cambios que tuvieron algunos sujetos. Al respecto hizo especial mención sobre aquellos que fueron autorizados por su parte mediante la suscripción de otrosíes, diferente al caso de la empresa ABB Sae Sadelmi SPA, quien le transfirió una parte de su negocio a Alstom Power Italia SPA, sin informarlo a Isagen, y había dejado de existir en el año 2001, antes de que se modificara la cláusula arbitral. A lo que siguió un análisis sobre la cláusula vigésima novena que establecía que la cesión del Contrato requería la autorización de la Propietaria, y de la cláusula trigésima sobre la solidaridad y la indivisibilidad en el cumplimiento de las obligaciones de las empresas que componen el Consorcio.

(i) El convenio arbitral es inexistente por ausencia del consentimiento del Consorcio, pues una de las empresas que lo constituía no existía a la fecha en que se suscribió. Por lo que, según el ordenamiento jurídico colombiano (artículos 1501 y 1502 en conjunto con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil), no se reúnen los requisitos esenciales del contrato.

(ii) El pacto arbitral es nulo debido al dolo ejercido por las demandantes en sede arbitral, quienes ocultaron la verdadera configuración del Consorcio.

(iii) El pacto arbitral es nulo porque el error en la persona vicia el consentimiento de Isagen.

(iv) El pacto arbitral resulta inoponible a Isagen pues la pretendida cesión entre ABB Sae Sadelmi SPA y ABB Industria SPA, como consecuencia de la figura italiana Conferimento di complesso aziendale, no le fue informada en cumplimiento de la cláusula veintinueve

del Contrato MI-100.

(v) El Tribunal carece de competencia en la medida en que, de conformidad con la cláusula trigésima (solidaridad e indivisibilidad[10]) y el artículo 887 del Código de Comercio, para acudir al arbitraje era necesario que todas las partes que componían el Consorcio actuaran en conjunto.

(vi) El Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre los reclamos que Alstom Brasil Ltda. por las labores realizadas por ABB Sae Saelmi SPA., ya que la primera no es cesionaria de la segunda.

Al cabo de lo cual, pasó a hacer consideraciones precisas sobre el proceso de contratación, la ejecución del Contrato y los perjuicios derivados de las reclamaciones de contenido programático y económico que alegaron las empresas demandantes.

2.9.4.2. Frente a la demanda de reconvención, las demandantes ante el Tribunal de Arbitraje indicaron que todos los hitos contratados fueron ejecutados antes del vencimiento de los plazos, y que los retrasos que pudieron existir son imputables a los riesgos asumidos por Isagen y a casos de fuerza mayor, caso fortuito o a hechos de terceros.

2.9.5 Las partes presentaron escritos de alegatos finales el 15 y 16 de octubre de 2008.

2.9.6. El 2 de julio de 2010, se profirió el laudo arbitral, del cual se destacan algunas consideraciones hechas respecto a las cuestiones que atañen al presente proceso de tutela:

2.9.6.1. Sobre la controversia en relación a la composición del Consorcio, y en particular sobre la situación de la empresa italiana que inicialmente lo conformaba, ABB Sae Saelmi SPA., el Tribunal estimó que “a consecuencia de una operación societaria, realizada en Italia entre dos empresas italiana y sujeta al Derecho italiano, la unidad empresarial ‘Generación de Energía’, que originalmente pertenecía a ABB Sae Saelmi SPA ha sido transferida en bloque a otra sociedad, denominada hoy Alstom Power Italia SPA., y que el Contrato formaba parte de dicha división”[11].

En consecuencia, el Tribunal estimó que esta transacción realizada, para efectos del derecho italiano, produce efectos ipso iure sobre el bloque transferido, incluyendo el

Contrato MI-100, ya que no podía ser considerado intuitu persone en la medida en que para Isagen las obligaciones a cargo de ABB Sae Sadelmi SPA, podían ser cumplidas indistintamente también por Asea Brown Boveri Ltda., ambas parte del grupo empresarial ABB. Ahora que, bajo el derecho colombiano, el Tribunal consideró que, si bien el Contrato establecía que la cesión requería de la aprobación de la Propietaria, para el caso había que tenerse en cuenta que una cosa es la cesión de la posición contractual, y otra, muy distinta, los movimientos internos en la estructura de una empresa, lo que a la luz del Derecho colombiano (art. 178 y 525 del Código de Comercio, y el art. 9 de la Ley 222 de 1995), estaba contemplado en procesos de fusión o escisión, que cuando se realiza “transferencia en bloque” de activos y pasivos, incluye todos los contratos que integran el patrimonio transferido.

Además, el Tribunal considera que más allá de todas las precisiones jurídicas, es preciso tener en cuenta que la buena fe y el trato justo rigen el derecho internacional, y, a sus luces, no se observa que Isagen hubiera sufrido perjuicio alguno por los actos societarios referidos. Y todo lo cual llevaba a concluir que Alstom Power Italia SPA hacía parte del Consorcio como legítima sucesora de ABB Sae Sadelmi SPA.

Lo anterior, aunado al hecho, dice el Tribunal, que, en la práctica, la problemática surgida ahora nunca afectó ni perjudicó la ejecución del contrato. Así: “la Propietaria consintió que durante todo el desarrollo de la obra, la facturación del grupo ABB se presentara por la sucursal en Colombia de la filial del grupo Brasil. La problemática actual nunca surgió durante la ejecución de la obra, sino posteriormente, cuando aparecieron las primeras reclamaciones entre las partes (...) Finalmente, Alstom Power Italia S.p.A. ha concurrido voluntariamente a este proceso, a pesar de no tener ninguna reclamación frente a la Propietaria, a los solos efectos de cumplir cualquier hipotético vicio en la conformación de la parte actora”[12].

2.9.6.2. Ahora que, por la excepción destinada a solicitar la inexistencia o la nulidad de la cláusula compromisoria por un vicio en el consentimiento, y que, a su vez, derivaría en una falta de competencia del Tribunal para decidir, este organismo concluyó que no existe tal vicio en el consentimiento y por tanto resultaba competente. En sus términos señaló que:

“(…) al otorgarse el Otrosí No. 13, se ha incurrido en error acerca del nombre de la sociedad

italiana del grupo ABB/Alstom que integra el consorcio. El Otrosí No. 13 es un contrato existente, no afectado por dolo, y el error sufrido constituye un simple error formal, que no constituye vicio del consentimiento y que no afecta al consentimiento de Isagen.

Todo error formal en el nombre de una sociedad es por naturaleza subsanable. Para ello, bastaría que la sociedad que realmente participó en el otorgamiento, pero cuyo nombre por error no se utilizó correctamente, ratificara su declaración de voluntad (antes de que la otra parte hubiera revocado la suya). Alston Power Italia SPA ha comparecido en el presente procedimiento, ha declarado que es causabiente universal de los derechos y obligaciones del Contrato (...)”[13].

A esto, el Tribunal añade una consideración, en la que expresa que, si en gracia de discusión se considerara que Isagen tuviera razón en cuanto a la nulidad o inexistencia del otrosí que modificó la cláusula arbitral, ello no afectaría en modo alguno la competencia del Tribunal, pues, en todo caso, continuaría en vigor la cláusula compromisoria tal y como fue pactada inicialmente, la cual preveía un arbitraje internacional, con sede en Bogotá, bajo el ordenamiento colombiano.

2.9.6.3. Acto seguido, el Tribunal abordó las reclamaciones económicas, en el orden y según las obras concretas, que propuso la parte demandante en sede arbitral. Y finalmente procedió a resolver lo siguiente sobre la composición del Consorcio y la responsabilidad de Isagen:

“De acuerdo con los razonamientos expuestos en los capítulos precedentes, el Tribunal Arbitral por unanimidad adopta las siguientes DECISIONES:

De naturaleza jurisdiccional

1. Declara su competencia para dirimir las pretensiones articuladas por las Demandantes en la Demandada y por la Demandada en su Reconvención.
2. Declara que el Consorcio Miel está constituido por Constructora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominada Alstom Hydro Energía Brasil Ltda.), Kvaerner Energy A.S. y Alstom Power Italia S.p.A., como sucesora de ABB Sae Sadelmi S.p.A.

Sobre el fondo

3. Declara que la demandante terminó la obra de la Central el 9 de octubre de 2002, en la fecha pactada en el contrato, y la entregó en operación comercial el 15 de noviembre de 2002, con retraso en relación a la fecha pactada, sin que dicho retraso sea imputable a la demandante.

4. Declara que la Demandada es civilmente responsable frente a la Demandante a consecuencia de los reclamos enumerados en el párrafo 2468 de este Laudo.

- a Construtora Norberto Odebrecht S/A:

32.500'303.970 PCO más 5'703.563 USD;

- a Alstom Brasil Ltda.:

3.755'085.347 PCO más 2'910.725 USD;

- a Kvaerner Energy A.S.:

2.527'041.530 PCO más 2'330.393 USD.

6. Condena a la Demandada a pagar interés simple sobre las cantidades establecidas en la decisión anterior, a los tipos de interés para PCO y para USD definidos en el párrafo 2388 de este Laudo, devengándose los intereses de cada reclamo desde la fecha señalada para cada uno de ellos en el párrafo 2468 de este Laudo, hasta la de su pago efectivo.

7. Desestima la reconvencción interpuesta por la Demandada.

8. Desestima cualesquiera otras pretensiones o excepciones planteadas tanto por la Demandante como por la Demandada.

Sobre las costas

9. Condena a la Demandada a pagar las siguientes costas del proceso:

- al Consorcio en su conjunto: 465.000 USD, que será distribuido entre sus miembros de acuerdo con los desembolsos que hayan realizado;

- a CON: 1.835.745.085 PCO;
- a Alstom: 624.754.873 PCO;
- a Kvaerner: 360.005.524 PCO más 24.060 USD.

10. Condena a la Demandada a pagar interés simple sobre las cantidades establecidas en la decisión anterior, a los tipos de interés para PCO y para USD definidos en el párrafo 2388 de este Laudo, devengándose los intereses desde la fecha de este Laudo, hasta la de su pago efectivo.”

2.10. El recurso de anulación

2.10.1. Isagen interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 2 de julio de 2010 con base en las causales 1, 2, 4, 5, 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que dispone:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento". (Resaltado fuera del texto original)

2.10.2. Mediante auto del 9 de febrero de 2011 avocó conocimiento la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, corrió traslado a las partes y decretó la suspensión de la ejecución del laudo. Sin embargo, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil Ltda., y Kvaerner Energy A.S. solicitaron que dicha providencia fuera revocada, en la medida en que consideraban que el Consejo de Estado no era competente para conocer del recurso de anulación debido a que las partes del Contrato habían acordado que sus diferencias serían resultas por el arbitraje internacional, y, además, porque el Tribunal no había enviado copia completa del expediente.

Por su parte, Isagen también solicitó la revocación parcial del auto para que solamente se ordenara traslado a las partes cuando la Corporación contara con la totalidad del proceso arbitral.

Frente a las anteriores solicitudes, el despacho sustanciador decidió revocar parcialmente el auto, en lo que coincidían las partes sobre la ausencia del expediente y solicitó su aportación; mientras que sobre la definición de su competencia debía esperarse a contar con todo el expediente para decidir al respecto.

Así fue como, una vez con la totalidad del expediente, mediante auto del 25 de noviembre de 2011, se resolvió positivamente sobre la competencia para conocer del recurso de anulación y se corrió traslado a las partes decretándose la suspensión de la ejecución del laudo arbitral.

2.10.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado realizó las siguientes consideraciones:

2.10.3.1. Sobre el pacto arbitral, indicó que la misma Constitución Política (artículo 116) contempló la posibilidad de que los particulares administraran justicia mediante árbitros

habilitados por las partes, y que en desarrollo de esta figura el Decreto 1818 de 1998 (artículos 118 y 120) había establecido los requisitos para que se configure esta cláusula compromisoria, a saber: i) la identificación de los sujetos contratantes, ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Sobre el último requisito se hizo énfasis en la providencia, en cuanto a la imperiosa necesidad de que medie pacto arbitral para que pueda ejercerse la jurisdicción por parte de los árbitros.

Esta cláusula, además, puntualiza el Consejo de Estado, resulta autónoma en relación con la existencia y validez del contrato del cual forma parte, y así lo ha precisado la doctrina constitucional[14] y el legislador colombiano, en armonía con el derecho internacional. De esta manera, entre estas dos entidades no es aplicable la regla según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Lo cual también ha sido señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando ha indicado que los árbitros se encuentran facultados para dirimir las controversias del contrato, incluso, cuando este haya sido declarado inexistente o nulo, pues la validez o existencia del pacto arbitral no depende del contrato[15].

Para el caso concreto, pasa a examinar la existencia del pacto arbitral en tanto que Isagen alega que el Consorcio no otorgó su consentimiento, pues las partes que lo componían al suscribir el otrosí donde se modificó la cláusula compromisoria, no eran las mismas que a la hora de celebrar el Contrato de obra MI-100. Al respecto dice el Consejo de Estado:

i) Originalmente el Contrato MI-100 contenía una cláusula compromisoria, por lo que desde este momento las partes ya habían manifestado su voluntad de que las posibles controversias contractuales fueran resueltas en la justicia arbitral. Esta cláusula, entonces, fue suscrita por las entidades que inicialmente conformaron el Consorcio, el cual, si bien no constituía una persona jurídica independiente, era representada, según la cláusula cuarta del Contrato, por la empresa Constructora Norberto Odebrecht, quien fue efectivamente quien suscribió el Contrato.

ii) Es pertinente tener en cuenta que la transferencia del negocio de energía de ABB Sae Sadelmi SPA, y que no se informó a Isagen, tuvo incidencia en el Contrato MI-100 en la medida en que éste fue objeto de dicha transferencia. Por lo cual el Consejo de Estado

no halla razón a la empresa recurrente en que esto comportó una cesión del Contrato no autorizada, pues lo que realmente ocurrió fue, primero, una transferencia y, luego, una escisión empresarial. En este orden de ideas, se transfirió, tanto el Contrato, como su representación en el Consorcio y la cláusula compromisoria.

iii) Respecto a la modificación de la cláusula compromisoria, entiende la Corporación que en la transferencia en bloque "(...) también se transfirió la posición que la primera — ABB Sae Sadelmi SPA— tenía en los contratos suscritos en los cuales se encontrare involucrada la actividad de generación de energía(...)// Así pues, se impone entender que el mandato otorgado por ABB Sae Sadelmi SPA., para efectos de su representación en el consorcio, también hizo parte de los contratos transferidos y, en esa medida, cuando el representante del Consorcio suscribió el otrosí número 13, lo hizo en nombre y representación del Consorcio y, en cuanto las facultades otorgadas a dicho representante, se hallaban incluidas la de vincular a cada uno de los integrantes individualmente considerado, por lo que, naturalmente, también actúe en nombre y representación de la beneficiaria de la transferencia -Alston Power Italia-".

Con base en todo lo anterior, concluye que, en la medida en que Alston Power Italia ocupaba la posición de ABB Sae Sadelmi SPA., la modificación hecha sobre la cláusula compromisoria también le vinculó, "aunque su nombre no se hubiera consignado expresamente en el contrato".

iv) Ahora que, en el caso de que se entendiera que Alston Power Italia no hacía parte del Consorcio en el momento de la celebración del Otrosí mencionado, la actuación del representante del Consorcio se ajustaba a la figura de la estipulación por otro, en favor de dicha empresa como tercero, quien en comunicación del 20 de septiembre de 2005 habría ratificado las actuaciones, manifestaciones y actos realizados tanto por la empresa transferente como por el Consorcio Miel, por lo que, de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil, aceptó la estipulación que a su favor se hizo en relación con la cláusula compromisoria.

v) En todo caso, y pese a todo lo anterior, el Consejo de Estado indica que en el caso que la entidad no hiciera parte del Consorcio, el Decreto 1818 de 1998, permite la intervención de terceros en los procesos arbitrales, con lo cual no se hallaba razón a la

recurrente para que afirmara que la adhesión de Alstom Power Italia viciara de alguna manera el procedimiento de arbitramento.

vii) Finalmente, sobre este asunto, el Consejo de Estado precisó que entre las partes del Contrato se hizo manifiesta la voluntad de que sus controversias fuesen solucionadas por la justicia arbitral, esto, tanto en el Contrato como en el Otrosí No. 13. Y que este último sólo modificó asuntos procedimentales que no alteraban la “inequívoca decisión de las partes de someter los conflictos derivados de ese contrato a un Tribunal de Arbitramento regido por el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional”.

2.10.3.2. A continuación, la Sección Tercera pasa a realizar un análisis de la procedencia del recurso de anulación, a la luz de la cláusula compromisoria del Contrato que (tanto en su versión original como en la modificación) indica que el laudo arbitral tendría carácter de “final, definitivo e inapelable”. Esto, en principio, significaría que las partes convinieron en renunciar a cualquier tipo de objeción o revisión sobre el mismo, incluido el recurso de anulación.

Sin embargo, el Consejo de Estado trae a colación el artículo 28 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional que dispone que, cuando las partes someten sus controversias al arbitraje, se considerará que renuncian a cualquier vía de recursos sobre los que puedan disponer válidamente[16], lo cual, a decir del máximo juez de lo contencioso, supeditaba esta renuncia a su validez jurídica. En estos términos, señala que, si bien actualmente existe la posibilidad de que las partes renuncien expresamente al recurso de anulación como lo dispone el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012, ello no era posible en la época cuando se suscribió, tanto el Contrato como la cláusula compromisoria, pues “esta opción carecía de regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano”.

Adicionalmente, la providencia sostiene que la renuncia previa a interponer el recurso de anulación resultaría, también, contraria al orden jurídico internacional, “en la medida en que podría resultar violatoria del debido proceso, en aquellos eventos en los cuales el laudo arbitral lo vulnere y la parte afectada no llegare a tener oportunidad de defenderse”.

Por último, el Consejo de Estado indica que, en todo caso, las partes habían acudido al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en el cual nada se dispone respecto al

recurso de anulación, por lo que habría que ajustarse al derecho colombiano, toda vez que, siguiendo un pronunciamiento del mismo Consejo de Estado del 22 de abril de 2004[17], el lugar que las partes elijan para el arbitraje no es un asunto accidental, y determina, entre otros aspectos, lo atiniente a la posibilidad de anulación del laudo arbitral. En tal providencia, indica, se llegó a la conclusión, con base en los contenidos de la Convención de Nueva York, adoptada por Colombia mediante la Ley 39 de 1990, de que el laudo podía ser objeto de anulación por la autoridad del país donde éste fue dictado, pues, como dispone la mencionada Convención, el derecho del lugar donde se profiere el laudo resulta aplicable de manera subsidiaria como en el presente caso, en el que el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional nada disponía sobre el recurso de anulación. En este sentido, el recurso de anulación resultaba procedente de conformidad con las reglas colombianas, según las cuales la validez del pacto se puede discutir en sede del recurso de anulación.

2.10.3.3. Por otra parte, el Consejo de Estado precisó que, si bien el Contrato MI-100 se regía por las normas del Derecho Privado, una de las partes en el mismo y en el laudo arbitral era una entidad pública, por lo cual se cumplen los requisitos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, y del artículo 182 del Decreto 1818 de 1998, para que el Consejo de Estado conozca del recurso de anulación. Así mismo, indica que el recurso se examinará según las causales contenidas en el Decreto 1818 de 1998 “único recurso de anulación previsto en la época”, y todo ello a la luz de las reglas de procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional, según las cuales se expidió el referido laudo.

2.10.3.4. Sobre las causales de anulación invocadas, el Consejo de Estado advierte que por la naturaleza de este recurso, que pretende preservar la legalidad del procedimiento, únicamente se pueden entrar a analizar la existencia de vicios de este tipo, y sólo excepcionalmente de fondo. Así pasa a analizar cada una de las causales alegadas:

2.10.3.4.1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo (numeral 1 del artículo 163):

Pasa a indicar la Sección Tercera que no es de recibo la afirmación de la recurrente en cuanto a que el pacto arbitral resulta nulo en la medida en que la cláusula compromisoria

era inexistente debido a que no hubo consentimiento por parte del Consorcio para suscribirla, pues uno de sus miembros –la empresa ABB Sae Sadelmi SPA— no existía. Al respecto, el Consejo de Estado sostiene que no es posible enmarcar la inexistencia del acto jurídico en la primera causal, pues “la misma alude a la nulidad absoluta del pacto arbitral, cuya declaratoria naturalmente presupone la existencia del mismo, por lo cual no se puede compartir lo afirmado en el recurso acerca de que la ‘inexistencia de un negocio jurídico tiene idénticos efectos que los actos absolutamente nulos’”. Esto, lo sustenta en la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha dispuesto que la declaratoria de nulidad supone la existencia previa del acto respecto del cual ha de cuestionarse su validez, mientras que la inexistencia excluye el perfeccionamiento del respectivo acto “y sólo deja para el mundo jurídico una mera apariencia, sin virtualidad de producir efecto alguno”.

Una vez que el Consejo de Estado determinó que no existe una causal de nulidad absoluta, procede a analizar la nulidad relativa, respecto al error en la persona o el dolo alegados por Isagen en tanto que no conocía, y se le ocultó, la nueva composición del Consorcio. Sobre ello, la Sección Tercera señala que según el Código Civil (1512) el error en la persona no vicia el consentimiento salvo que ésta sea la causa principal del contrato. Lo que para el caso implica que, si bien Isagen sostuvo que la composición del Consorcio vició su consentimiento en un contrato intuitu personae en el cual calidades del mismo resultaban fundamentales para la ejecución del Contrato, debe tenerse en cuenta que para la fecha en que se suscribió el Otrosí No.13 (julio de 2004), el Contrato ya se había ejecutado, “de tal manera que no se observa sustentación específica de la razón por la cual se habría viciado el consentimiento en relación con la cláusula compromisoria, toda vez, como atrás se expuso, esta cláusula es autónoma respecto del contrato cuyas controversias se pretenden resolver”, y en tales términos, concluye que “el cargo será desestimado en razón de no haberse acreditado que el presunto error en la persona alegado por la parte demandada hubiese resultado determinante para la suscripción de la cláusula compromisoria (...)”.

Ahora que, frente a la supuesta actuación dolosa del Consorcio que expone Isagen, en lo referente a los movimientos fraudulentos para ocultar los cambios societarios entre ABB Sae Sadelmi SPA y Alstom Power Italia SPA, “no encuentra la Sala acreditado que se hubiere fraguado una maniobra fraudulenta para obtener su consentimiento, el cual, además, en relación con la cláusula compromisoria se había otorgado desde la suscripción del Contrato MI-100 y, por el contrario, considera la Sala que resulta incontrovertible que la escritura de

Conferimento se otorgó mediante un documento público ante notario en abril 29 de 1998, el cual fue suscrito en el Registro de las Empresas en Milán el 20 de mayo del mismo año”.

2.10.3.2. No haberse constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

Sobre esta causal la Sección pasa a resolver los distintos motivos que alega Isagen. (i) Respecto a la supuesta falta de integración del litisconsorcio por activa, en tanto que la sociedad ABB Sae Sadelmi SPA, miembro del Consorcio, no había intervenido en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, el Consejo de Estado señaló que, además de que este aspecto no hace parte de la causal alegada, había sido ya resuelto por el mismo Tribunal cuando señaló que la sociedad italiana del grupo ABB integrante del Consorcio, “necesariamente debe ser ABB Alstom Power Italia”. (ii) Por la supuesta indebida integración del Tribunal Arbitral por falta de agotamiento de los presupuestos establecidos por las partes, contenidos en la original cláusula trigésimo tercera, que previó la actuación de un interventor y un mediador, el Consejo de Estado recordó su jurisprudencia[18] en la que establece que los acuerdos entre las partes no pueden llevar a limitar el derecho al acceso a la administración de justicia, y que, en todo caso, las partes no están indefectiblemente obligadas a negociar cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de estos procedimientos para resolver sus conflictos. Por lo que, según la Sección Tercera, no agotarlos, no invalida el laudo, más cuando en el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional no se establece requisito previo alguno antes de acudir al Arbitramento. Y, finalmente, se pronuncia sobre (iii) la indebida integración del Tribunal por falta de competencia, sobre lo cual indica que esta alegación no está comprendida en esta causal de nulidad, sino que hace parte del octavo numeral del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Para analizar esta causal, el Consejo de Estado se refirió a los cinco argumentos presentados por la recurrente.

(i) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar la inspección judicial al sitio de la obra.

Estima el Consejo de Estado que, si bien la inspección judicial fue solicitada oportunamente

y efectivamente no fue decretada por el Tribunal Arbitral, para que prosperase la causal de nulidad alegada “es necesario que dicha omisión no hubiere tenido sustento legal, hubiere incidido en la decisión y se hubiere alegado en el tiempo y la forma debida”. Sin embargo, en el caso puede constatarse que el Tribunal de Arbitramento había decidido que al contarse con extensas exposiciones realizadas por los peritos calificados en las audiencias, la inspección judicial no era necesaria en ese momento procesal, pero que en todo caso se reservaba la posibilidad de decretarla posteriormente si surgían dudas que lo ameritaran. Así fue como, dice la Sección Tercera, en la audiencia del 14 de febrero de 2008, en presencia de las partes resolvió que ante la claridad de los hechos, por ahora no era necesario decretarla, y que si posteriormente el Tribunal lo estimaba la decretaría, a lo que las partes asintieron. En estos términos, considera que no resulta procedente la solicitud de nulidad, además de que la parte recurrente sólo afirmó la incidencia de esta prueba en el proceso, sin que haya cumplido con su deber de demostrar tal situación.

ii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar pruebas oportunamente solicitadas, las que tuvieron incidencia en la decisión y cuyo reclamo fue hecho por Isagen S.A. E.S.P., en forma y tiempo debidos.

Al respecto, la recurrente afirmó que, no obstante que lo solicitó, el Tribunal no exigió al Consorcio exhibir documentación que resultaba importante para las cuestiones discutidas en sede arbitral, tales como los contratos celebrados por el Consorcio, o por las empresas que lo componen, relacionados con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato MI-100, así como las actas de liquidación y las cuentas de pago. Ni tampoco había dado respuesta a las preguntas contenidas en la Orden Procesal No. 3 de 6 de diciembre de 2007.

Empero, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que si bien lo anterior podía ser cierto, “el recurso en este punto tampoco cumple con el requisito de determinar la incidencia de la falta de tales pruebas en relación con la decisión adoptada en el laudo y, por tanto, tampoco es posible acceder a decretar la configuración de la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 por este motivo// En efecto, la parte interesada únicamente se limitó a señalar que las pruebas referenciadas “eran todas de suma incidencia o trascendencia para demostrar el incumplimiento del Consorcio contratista”, sin embargo, tal afirmación no se acompañó de soporte argumentativo alguno”.

iii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, omitió requerir a la convocante para que entregara a los peritos información de gran incidencia para la realización de su trabajo.

En específico, Isagen se refiere a que las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil y Kvaerner Energy A.S., se negaron a suministrar a los peritos contables los documentos relativos a los “Presupuestos y ejecución presupuestal (ingresos, costos y gastos), relacionados con el Contrato de obra MI-100”, y que las sociedades antes mencionadas junto con Alstom Power Italia S.P.A., hicieron caso omiso a la orden de exhibición de las “Actas de Asamblea de Accionistas, y de Junta Directivas, y libros de Accionistas que guarden relación con el Contrato de obra MI-100 desde mayo de 1994 hasta la fecha de exhibición”. Sobre lo cual, manifiesta el Consejo de Estado, que si bien esta información efectivamente no se allegó al proceso, tampoco en esta oportunidad quedó demostrada su incidencia. Dijo el máximo juez administrativo:

“Pues bien, queda entonces claro para la Sala que los documentos a los que se refiere este cargo no obran en el expediente, no obstante, como ya se ha manifestado, esa circunstancia no constituye causa suficiente para que se declare la existencia de la causal cuarta del artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, toda vez que deben concurrir los demás requisitos a los que el mencionado artículo se refiere, sin embargo, se encuentra que el referido a la incidencia de la prueba en relación con el laudo arbitral en este caso tampoco se acreditó”.

iv) Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas.

Isagen considera que se aportó material probatorio de manera ilegal, pues el Tribunal de Arbitramento permitió que la convocante aportara nuevos documentos fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal que había emitido, y que, además no le permitió a Isagen conocer y controvertir las pruebas aportadas por el Consorcio contenidas en su página web.

Y, por otra parte, sobre al material probatorio contenido en la página web del Consorcio, al cual dice la recurrente no tenía acceso y, además, no conoció hasta una comunicación que envió el Tribunal de Arbitraje al Consejo de Estado, estima la Sección que no resulta posible establecer si las pruebas que obran en este sitio web son distintas a las que ya

obran físicamente en el expediente. Además que, en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la sanción que se predica de la prueba obtenida con violación al debido proceso, es la exclusión de esa prueba, y “no la contaminación de todo el caudal probatorio”, de modo que sólo se viciaría todo el proceso si no existieran dentro del plenario otras pruebas válidas y determinantes para decidir. “Así entonces, dado que la parte interesada no argumentó ni acreditó que las pruebas a las que hizo referencia hubiesen tenido incidencia en el laudo arbitral objeto del recurso, este cargo tampoco está llamado a prosperar”.

2.10.3.4. Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

Indica la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que el plazo previsto por el artículo 24 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional es de seis meses, por lo cual como el acta de misión fue suscrita el 2 de noviembre de 2005 debía fallarse el 2 de mayo de 2006, sin embargo, este plazo fue prorrogado en quince oportunidades de conformidad con las facultades que para tal efecto otorga la misma disposición normativa. En consecuencia, “(...) encuentra la Sala que el laudo proferido el 2 de julio de 2010 se dictó dentro del plazo concedido, toda vez que dicho plazo se extendió hasta la fecha de la última prórroga, es decir, hasta el 31 de julio de 2010// En consideración a lo anteriormente expuesto, advierte la Sala que el laudo fue proferido antes del vencimiento del plazo concedido, razón por la cual, no se encuentra configurada la causal invocada por el recurrente con base en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998”.

2.10.3.5. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Respecto a la aseveración de la recurrente en cuanto a que el Tribunal de Arbitramento decidió en conciencia sobre la estimación de la definición de los reclamos número 127, 113 y 112, considera el Consejo de Estado que el Tribunal había fallado, no sólo en derecho sino conforme con las pruebas allegadas y los dictámenes periciales. Mientras que, en relación con los costos derivados de la pérdida generalizada de productividad, determinó que, efectivamente, los árbitros habían fallado en lo que en su íntima convicción

consideraron justo y equitativo, sin más sustento que el criterio personal, y sin haber expuesto razones en el laudo, estimaron que la interventoría había actuado de mala fe. En consecuencia, sobre este último aspecto, el Consejo de Estado consideró que el laudo se había dictado en conciencia y no en derecho, por lo que procedió a anular la condena impuesta por este concepto en contra de Isagen.

2.10.3.6. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

El Consejo de Estado se pronuncia sobre los cuatro argumentos en los que Isagen sustenta este cargo:

i) Respecto a que la cláusula compromisoria era nula, y por tanto el Tribunal no tenía competencia para pronunciarse, la Sección Tercera se remite a lo dicho en la primera causal “en el sentido de considerar que los cargos formulados por la recurrente no tenían la virtud de ocasionar la nulidad de la cláusula compromisoria”.

ii) En cuanto a la afirmación de que los miembros del Consorcio no agotaron los pasos previos a acudir al Tribunal Arbitral, “reitera la Sala lo expuesto anteriormente en el sentido de que tales requerimientos no constituyen argumento suficiente para generar la nulidad del laudo expedido”.

iii) Respecto de lo alegado por la recurrente en el sentido de que el Tribunal decidió sobre algunas pretensiones que no fueron sustentadas fácticamente, “encuentra la Sala que no le asiste razón, toda vez que los fundamentos de hecho de tales pretensiones, que son las referidas a los reclamos “la Cantera PdH2, el Pozo de Cables, el Túnel de Fuga; la Central Subterránea, Presa, Bocatoma y Llenado de Embalse; el Túnel de Desviación, la vía Dorada-Izasa, Sistemas de Control Total y de Telecomunicaciones; (...) las solicitudes sobre ‘Pérdida Específica de Productividad’, ‘Perturbación Generalizada de Productividad’ y ‘Aceleración’, se encuentran descritos y detallados en las páginas 12 a 69 de la demanda arbitral”.

iv) En cuanto a la afirmación de que el Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal, específicamente hizo alusión la recurrente al reclamo 4.1-a “Sobrecostos por Disponibilidad de Equipos y personal durante la

Paralización de la Cantera Puente de Hierro II”, encuentra el Consejo de Estado que no tiene fundamento en la medida en que tal reclamo sí consta en la demanda arbitral.

Finalmente, la providencia que resuelve el recurso de anulación indica que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, no procede condenar en costas a la recurrente, toda vez que sí prosperó una de las causales invocadas. Y en consecuencia con todo lo anterior, falla:

“Primero: Prospera parcialmente el recurso de anulación interpuesto por Isagen S.A. E.S.P., en contra del laudo arbitral proferido el 2 de julio de 2010, por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional constituido para dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y las sociedades integrantes del Consorcio Miel, con ocasión del contrato MI-100 de 1995.

Segundo: En consecuencia, anular en su integridad el numeral 8.4.3. “RECLAMO N° 153: SOBRECOSTES POR LA PÉRDIDA GENERALIZADA DE PRODUCTIVIDAD” de la decisión arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en consecuencia, restar de la condena impuesta en el laudo recurrido contra de Isagen S.A. E.S.P., el valor correspondiente a la condena derivada de este reclamo.

Tercero: Declárase infundado el recurso respecto de los demás cargos formulados.

Cuarto: Sin condena en costas”.

2.10.4. La providencia que resolvió el recurso de anulación se profirió el 29 de noviembre de 2012 y se notificó por edicto en la Secretaría de la Sección Tercera durante los días 5, 6 y 7 de diciembre de la misma anualidad.

2.10.5. El 11 de diciembre de 2012 Isagen solicitó la aclaración y la adición de la sentencia, solicitud que fue negada mediante auto proferido el 13 de febrero de 2013 y ejecutoriado el 20 de febrero del mismo año.

2.11. El 12 de julio de 2013, Isagen interpuso la acción de tutela que es causa del presente trámite de revisión.

3. Fundamentos de la acción de tutela

El escrito de tutela hace distintas consideraciones orientadas a analizar: (3.1) la procedencia de la acción, (3.2) las violaciones al debido proceso en las que incurre, primero, el laudo arbitral y, luego, la Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación y no avisar las irregularidades del procedimiento arbitral; y, adicionalmente, (3.3) solicita que se adopte una medida provisional.

Estas cuestiones, señala la empresa tutelante, están orientadas por tres premisas básicas que deben ser tenidas en cuenta. En primer lugar, que de la composición accionaria de Isagen corresponde el 57.66% a la Nación, y el 12.95% a las Empresas Públicas de Medellín, por lo tanto, en el proceso objeto de controversia están comprometidos los recursos públicos. En segundo lugar, que por la naturaleza del Contrato, no era posible fraccionar el Consorcio y tratar a sus integrantes de manera separada, lo que influye directamente en que el conflicto arbitral no podía ser propuesto por parte de las empresas que lo componían, o por sujetos distintos a quienes suscribieron el Contrato de obra. Y en último lugar, que, si bien el arbitraje se rige por reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el control sobre el laudo está sujeto al ordenamiento jurídico de Colombia, por ser este el país sede del Tribunal de Arbitramento.

3.1. Procedencia de la tutela. Isagen indicó que si bien la regla general es la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales por cuanto las mismas hacen tránsito a cosa juzgada, la Corte Constitucional ha establecido que de manera excepcional la acción de tutela procede contra sentencias judiciales y laudos arbitrales, si en ellos se ha incurrido en violaciones a derechos fundamentales, y si, además, se satisfacen los requisitos de procedibilidad concernientes a que (i) el asunto revista relevancia constitucional, (ii) se hayan agotado los medios de defensa judicial y (iii) haya habido inmediatez al interponerse la demanda de tutela.

En el presente caso, indica la accionante, se satisfacen estos presupuestos en la medida en que, (i) es constitucionalmente relevante al plantear una violación del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29), por cuanto el laudo arbitral, proferido cuando no se había dado un consentimiento constitucionalmente idóneo para habilitar al Tribunal, se decidió sin pruebas determinantes y se violó el procedimiento fijado para éste; (ii) además se agotaron todos los medios judiciales de defensa, pues el laudo fue impugnado mediante recurso de anulación; y, finalmente, (iii) considera satisfecho el requisito de inmediatez, en

tanto que el fallo quedó ejecutoriado el 20 de febrero de 2013 y la acción de tutela se presentó el 11 de julio de 2013, esto es, dentro de los cinco meses siguientes, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte constituye un lapso razonable.

3.2. Violaciones al debido proceso en que incurrió el laudo arbitral. Al respecto, la tutelante indica la presencia de los siguientes defectos que, en su criterio, configuran la violación al debido proceso: (3.2.1) un defecto orgánico y otro (3.2.2) sustantivo, relacionados con la competencia del Tribunal de Arbitramento por conocer y fallar el asunto; (3.2.3) un defecto procedimental al desconocer las reglas sobre los plazos dentro del proceso arbitral, y (3.2.4) un defecto fáctico por la indebida aportación y valoración del material probatorio que sustentó la tasación de los valores a pagar.

Al respecto, indica que el consentimiento de Isagen estaba viciado cuando se suscribió el pacto arbitral en 2004 (mediante el otrosí que modificó la cláusula trigésima tercera), pues una de las sociedades (ABB Sae Sadelmi SPA) ya no existía y había cedido, desde el 3 de julio de 2000, sus derechos y obligaciones a otra empresa (Alstom Power Italia S.A). Lo que significa que había cambiado la composición del Consorcio sin que tal evento hubiera sido informado a Isagen, y por lo tanto, se incumplió la cláusula trigésima quinta del Contrato MI-100 que establecía que se debía informar a Isagen de la cesión del Contrato, lo que nunca se hizo. Esta situación, indica, vició su consentimiento en la suscripción del pacto arbitral, toda vez que la indujeron, con dolo, en error sobre la persona, pues los sujetos que suscribieron la cláusula, quienes posteriormente solicitaron el arbitraje, componían un grupo de sociedades distintas a las que conformaron el Consorcio con el cual contrató Isagen. Todo lo cual lleva a la accionante a decir que el acto jurídico no tuvo su consentimiento, en tanto que “Isagen fue inducida dolosamente a pensar que el consorcio continuaba su conformación anterior, y en tal sentido, inducida dolosamente a suscribir un pacto arbitral con un consorcio que ya no existía”.

Esta circunstancia determina que, en su criterio, en ningún momento Isagen haya prestado su voluntad para que un Tribunal de Arbitramento decidiera sobre las obligaciones contractuales, ni con cuatro empresas individualmente consideradas, ni con relación a Alstom Power Italia S.A que adhirió a la demanda arbitral, pero con quien no celebró contrato alguno.

Por otro lado, la accionante afirma que la facultad de acudir al arbitraje era del Consorcio Miel, de manera que la demanda arbitral debía interponerse de manera conjunta por las empresas que lo componían, como un litisconsorte necesario, y no facultativamente por alguna de ellas. Esto, en función de la naturaleza bilateral del Contrato, en el cual una de las partes era el Consorcio entendido como un solo sujeto, lo que no daba cabida a que sus partes accionen de manera separada, en favor de su interés particular.

Asimismo, indica que el consentimiento del Consorcio estaba viciado para la suscripción del pacto arbitral, toda vez que la empresa ABB Sae Sadelmi SPA, no podía hacer parte del Otrosí No. 13 que modificó la cláusula trigésima tercera, por inexistente, de manera que para que dicho acto jurídico naciera a la vida jurídica “era indispensable que cada una de las personas jurídicas que lo integraban —al Consorcio—, a través de sus representantes autorizados, declarara expresamente su intención de vincularse al consorcio para los fines señalados”[19].

En estos términos, la accionante insiste en que en el proceso arbitral se desconoció el principio de voluntariedad del que trata el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia y que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional (SU-174 de 2007, T-1224 de 2008, T-443 de 2008 y T-511 de 2011), en el sentido que para que los particulares administren justicia a título de árbitros, resulta imprescindible que haya una habilitación expresa de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Desconocimiento a dicho principio en el que también incurrió el Consejo de Estado cuando asumió la tesis de la estipulación en favor de otro en materia arbitral, toda vez que con ello se pasaba por alto la conducta dolosa de hacer figurar como miembro del Consorcio una empresa extinta y, luego, admitir que un tercero haya participado en el Contrato y luego en el proceso arbitral.

En conclusión, estima sobre este argumento, que no hubo legitimación por activa para interponer la acción ante el Tribunal, por lo que éste no había podido ser convocado y, en consecuencia, no podía pronunciarse.

3.2.2. Defecto sustantivo: la accionante agregó que, ante la objeción de falta de competencia, el Tribunal de Arbitramento se limitó a señalar que el negocio entre las empresas italianas había sido válido conforme a la legislación italiana; e incluso oponible en

Colombia, pero omitió pronunciarse sobre la cuestión de fondo que era la ausencia del consentimiento en la cláusula arbitral, y el ocultamiento sobre la nueva composición del Consorcio. En tal sentido, dice la actora, el Tribunal no justificó suficientemente su competencia, lo que configura un defecto sustantivo en los términos en que ha definido la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-244 de 2007) cuando el laudo arbitral carece de motivación material, o cuando la misma es deficiente.

A continuación, Isagen procede a sustentar su cargo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha referido a la necesidad de que los falladores justifiquen suficientemente su competencia. Para lo cual cita la Sentencia SU- 174 de 2007 en la que se menciona que, según el principio kompetenz-kompetenz, el Tribunal de Arbitramento debe justificar su competencia e identificar la normatividad y cláusula compromisoria que le habilitan para conocer sobre las pretensiones invocadas en la demanda arbitral. Y, posteriormente, se refiere a otros casos, de diferente índole en los que la Corte Constitucional consideró como una violación al derecho al debido proceso la falta, o deficiente, motivación en las decisiones judiciales.

En concreto, observa la accionante, que el Tribunal de Arbitramento no se refirió sobre tres argumentos que fueron esgrimidos, a saber:

(i) Que el carácter intuito personae del Contrato de obra determinaba que las empresas parte del Consorcio no podían modificarse, sin embargo el Tribunal desechó este argumento al decir que en la ejecución del Contrato se habían asignado ciertas prestaciones indiscriminadamente entre los miembros del Consorcio. Sobre lo cual considera que no se tuvo en cuenta la incorporación de terceros en la relación contractual.

(ii) Que la transferencia de la empresa en Italia, no era oponible a Isagem, toda vez que la figura del “Conferimento di complesso aziendale” por la cual ABB Sae Sadelmi SPA. transfirió su unidad de negocio de generación energía a ABB Industria SPA (hoy Alsom Power Italia SPA.) no era motivo para incumplir la cláusula 29 del Contrato de obra que supeditó la cesión de la posición contractual a la aceptación de Isagen. Pero que el Tribunal de Arbitramento, equivocadamente, había considerado dicho negocio de la empresa, no como una cesión, sino como una modificación de su estructura interna. Además, dice la tutelante, que no es de recibo el argumento del Tribunal en cuanto que, en todo caso, el

negocio celebrado en Italia gozó de publicidad, oponibilidad a terceros y en esa medida no estaba destinado al engaño, porque, si bien gozó de oponibilidad, estaba restringida a tener efectos en el territorio italiano, de modo que para Isagen, con domicilio en Colombia, no era oponible.

Mientras que, por su parte, el Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación, había admitido que la adquiriente reemplazaba a la adquirida en su posición en todos los contratos que hiciera parte que no fueran de naturaleza personal, sólo que en este caso lo que había existido era una escisión bajo la legislación italiana y no una cesión en los términos jurídicos colombianos. Lo que en últimas determinó que tanto el Tribunal de Arbitramento como el Consejo de Estado hayan desconocido que el Derecho aplicable pactado por las partes en la cláusula trigésimo quinta, era la ley sustantiva colombiana.

(iii) Por último indica que “el error y dolo invalidantes con que se indujo a Isagen a creer que el Consorcio continuaba con su composición inicial”, tampoco se tuvo en cuenta, y no obstante que Isagen lo dejó presente ante el Tribunal, éste lo omitió al considerar que era indiferente quién tomara el lugar de la empresa italiana, con lo cual se desconoció la naturaleza *intuitu personae* del Contrato MI-100, y la obligación de informarle tal modificación, en cambio, se evidenció la intención de ocultar el movimiento empresarial por varios años. Al respecto, indica la accionante, el Consejo de Estado se abstuvo de decretar la nulidad del pacto arbitral por error en la persona, en tanto que éste debe ser determinante del acto, con lo cual el Consejo pretendió deslindar la cláusula compromisoria del Contrato, pasando por alto —dice la actora— que el carácter *intuitu personae* del Contrato se transmite también a un aspecto de carácter procesal, como es la forma de resolver las diferencias contractuales.

3.2.3 Defecto procedimental: Isagen indicó que el procedimiento arbitral se sustenta en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y en las órdenes procesales que fija el mismo Tribunal, que garantizan el principio de legalidad, según el cual las partes deben, previamente, conocer las normas aplicables. Sin embargo, aduce que el Tribunal de Arbitramento desconoció las órdenes por él fijadas y con ello el derecho a la contradicción de Isagen en dos escenarios específicos:

(i) Cambió los plazos para la presentación de pruebas sólo para la parte

demandante, a quien le recibió material probatorio adicional después de la sustentación de la demanda y de la contestación. Con ello, indica la tutelante, se desconoció la Orden Procesal N. 1 quinter, proferida por el mismo Tribunal, y que establecía el 14 de mayo de 2007 como fecha para presentación de pruebas, la cual extendió, a solicitud de las demandantes, y sólo en su favor. Acto que fue avalado por el mismo Tribunal, al considerar que no generaba “un trastorno excesivo para la demandada (...)”.

(ii) El fallo tuvo en cuenta un expediente electrónico que se había construido paralelamente al que Isagen no tuvo acceso, y de cuya existencia se enteró hasta el 6 de agosto de 2010 por una comunicación enviada por el Presidente del Tribunal de Arbitramento al Consejo de Estado con ocasión del recurso de anulación. Con lo anterior, sostiene, se desconoció lo dispuesto en la misma Orden Procesal N. 1 quinter que establecía que cualquier documento que una parte enviara al Tribunal debía ser conocido inmediatamente por la otra. Configurándose, así, “una desigualdad de armas que violó el debido proceso constitucional, se desconoció el derecho de defensa, y se violó el principio de legalidad inherente a todo proceso judicial”.

(i) Omisión de la inspección judicial al sitio de la obra: indica la tutelante que, no obstante haber solicitado tal inspección al Tribunal, nunca fue decretada ni practicada por considerarla innecesaria. Sin embargo, aduce que en el laudo se reconocieron algunos vacíos probatorios, que se hubieran podido subsanar si se hubiese acudido al lugar de la obra, constatar las condiciones de la misma y el tipo de problemas que pudieron, o no, afectar su desarrollo. Esta decisión, señala, impidió que Isagen pudiera desvirtuar los reclamos programáticos que hicieron las empresas demandantes en el arbitraje.

Al respecto, indica que el Consejo de Estado se limitó a considerar que, primero, el Tribunal había justificado suficientemente su decisión de no practicarla, cuando ello no obedeció a la verdad, y, segundo, que Isagen no había cumplido con la carga procesal de argumentar la incidencia de la prueba en la decisión final, cuando resulta evidente su importancia en un análisis conjunto con el resto de las pruebas omitidas.

(ii) Omisión en la evacuación de las pruebas de exhibición de documentos oportunamente solicitados: sobre esto, indica que algunos de los documentos que el Tribunal solicitó a las partes en su Orden Procesal No. 2, no fueron finalmente aportados, y

tampoco realizó las diligencias necesarias para ello. Y, esto, a pesar de que Isagen solicitó que la contraparte aportara los documentos que daban cuenta del pago de los subcontratos, tanto en la respuesta de la demanda y en la demanda de reconvención, como en un escrito del 2 de octubre de 2007.

Así mismo, sostiene que el Tribunal omitió requerirle a la parte demandante la exhibición oportuna de documentos que Isagen le solicitó, tales como contratos, cuentas de pago y el acta de liquidación, y que la parte demandante en el arbitraje nunca exhibió. Este material, considera, permitía inferir la existencia o no de los alegados sobrecostos o determinar su valor real, y era esencial en el cálculo global de los perjuicios que realizó el Tribunal. Con lo cual concluye que el Tribunal se terminó basando, al final, en los valores de la oferta presentados por el Consorcio.

Todo lo cual llevaba a concluir que la exigencia del Consejo de Estado en relación con demostrar la incidencia de esta omisión en la decisión final era una exigencia de imposible cumplimiento, en tanto que equivaldría con exigir que conociera el contenido de la prueba que, justamente le fue ocultada.

(iii) Omisión en la exclusión del expediente y valoración de material probatorio sobre el que recaía nulidad de pleno derecho por haber sido aportado ilegalmente. Esto, referido al dictamen pericial del 15 de diciembre de 2006, aportado por fuera del término previsto inicialmente por las reglas arbitrales y que, como fue ya sustentado en la sustentación del defecto procedimental, se allegaron al proceso en un término que no fue concedido a Isagen. Lo que, además, llevó a tenerse por cierto un dictamen técnico producido por un perito designado por la parte demandante en el proceso arbitral, y que se basaba en un programa de obra que no había sido aprobado por Isagen.

En el mismo sentido, la accionante en sede de tutela se refiere al expediente que en paralelo le fue ocultado y que se tuvo en cuenta como material probatorio, todo lo cual estaba basado en la información que manejaba el Consorcio en su página web.

3.3. Solicitud de medida provisional. La tutelante indica que el pago de la suma dineraria ordenada en el laudo arbitral y luego ratificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, representa una grave afectación financiera para la empresa hasta el punto que, incluso, le obligaría a entrar en cesación de pago. En consecuencia, dado que la

composición accionaria de Isagen es, en su mayoría, de procedencia pública (57.66% de la Nación y 12.95% de Empresas Públicas de Medellín), esta situación, en últimas, derivaría en una grave afectación al erario y al interés público.

En este orden de ideas, Isagen solicita al juez de tutela que, no obstante que procederá a pagar la suma dineraria, decrete una medida provisional en la que se ordene a todos los miembros del Consorcio Miel “consignar la suma pagada por Isagen en una fiducia o en un depósito a órdenes del Consejo de Estado, con la finalidad de que esa suma sea devuelta a Isagen en el evento de un fallo de tutela favorable”.

4. Pretensiones

En primer lugar, la empresa indica que, en la medida en que su actividad determina una afectación al interés público, tanto por su composición accionaria como porque se encarga de la producción y comercialización de energía eléctrica, solicita que se declare la medida provisional mencionada con el fin de proteger su patrimonio y evitar un embargo.

En segundo lugar, solicita que se deje sin efecto el laudo arbitral proferido el 2 de julio de 2010 y la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de anulación en contra de dicho laudo.

5. Auto admisorio

En auto del 17 de julio de 2013, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y negó la medida provisional que había solicitado Isagen al considerar que la parte demandante no probó de qué forma el pago de la condena impuesta afectaría el interés público, o la situación de los trabajadores o de la sociedad en general. En consecuencia, encuentra la Sección que la medida provisional no buscaba proteger alguno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tal y como lo dispone el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, sino el patrimonio de la empresa.

En el mismo auto, la Sección Cuarta dispuso vincular al Consorcio Miel “(constituido por la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Hydro Energía Brasil Ltda. (hoy Alstom Brasil Energía e Transporte Ltda), Alstom Power Italia SPA y Kvaerner Energy A.S)”.

6. Fundamentos de la oposición

6.1. Las empresas Constructora Norberto Odebrechet y Alstom Brasil Ltda., designaron al mismo apoderado judicial, quien manifestó la oposición frente a la demanda de tutela al considerar que, antes que nada, en virtud de la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no resulta admisible que cuando se ha contado con todos los mecanismos ordinarios de defensa y éstos se han agotado, se acuda a la acción de tutela como una adición a las instancias judiciales, por lo que no puede admitirse que, en el presente caso, Isagen quiera resolver por medio de la tutela lo que se encuentra amparado por la cosa juzgada. En este sentido, el representante de las empresas sostiene que, conforme con la Convención de Nueva York incorporada al ordenamiento colombiano mediante Ley 39 de 1990[20], los laudos arbitrales “solo podrán ser cuestionados ante la justicia nacional a través del recurso extraordinario de anulación y por las causales reguladas por la ley”, de manera que “[l]a posibilidad de que sus laudos se puedan dejar sin efecto luego de un recurso de anulación, por la vía de la tutela, desborda los términos de la aludida Convención, y crea no solo una clara incertidumbre en el campo de los negocios internacionales, sino que pone en duda nuestro sistema judicial”.

Agrega, además, que la solicitud de tutela es extemporánea toda vez que la inmediatez de la acción de tutela debía examinarse en relación con el laudo arbitral que fue proferido el 2 de junio de 2010, y no respecto al recurso de anulación que quedó ejecutoriado el 20 de febrero de 2013, pero no hacía parte del proceso arbitral y sólo interrumpió la “ejecutividad” del laudo. Así pues, indica que no se cumple el requisito de inmediatez de la acción de tutela, pues la Decisión de la Sección Tercera al resolver el recurso de anulación no formaba parte del proceso arbitral que se terminó tan pronto se ejecutorió y los árbitros cesaron su competencia.

Por otra parte, el apoderado cuestiona la falta de argumentación del escrito de tutela respecto a demostrar la existencia de una vía de hecho, toda vez que sólo se limita a afirmar que el Consejo de Estado convalidó el laudo, con lo cual “esa convalidación transforma la vía de hecho en indirecta, por errores supuestamente cometidos por otros y no por la Sub Sección que la profirió”.

6.2. En su respuesta de la acción de tutela, el apoderado de la empresa Kvaerner Energy

AG, solicita que se declare improcedente la tutela por falta de acreditación de los requisitos de procedibilidad, y, subsidiariamente que se niegue el amparo por ausencia de defectos en las decisiones censuradas en la demanda de tutela, las cuales no violan derecho fundamental alguno; para lo cual se pronunció:

6.2.1 Respecto a la procedibilidad:

(ii) No se cumple con el principio de subsidiariedad en la medida que busca agotar los mecanismos de defensa que permitan proteger los derechos fundamentales, pues lo que busca la accionante es convertir la tutela en otra instancia para resolver un asunto que las partes voluntariamente sometieron a un Tribunal de Arbitramento.

(iii) No se acudió de manera inmediata a la acción de tutela, pues la providencia que resolvió el recurso de anulación se profirió el 29 de noviembre de 2012, y la accionante acudió al amparo hasta el mes de julio de 2013, por lo que transcurrió un lapso de aproximadamente 8 meses. Y, al respecto, no es de recibo el conteo que hace Isagen, desde la fecha en que se profirió la providencia que negó la solicitud de aclaración de la sentencia (el 13 de febrero de 2013), pues este trámite no constituye un recurso que suspenda los efectos de lo decidido por la Sección Tercera.

(iv) No se sustenta el defecto procedimental alegado como violatorio del debido proceso, se hace una argumentación en abstracto y cuando se alegan irregularidades en el procedimiento no se demuestra su incidencia en la decisión. Así fue como respecto a la existencia de un expediente paralelo que no conoció Isagen, y a la ampliación del término para interponer pruebas sólo a la parte demandante en el arbitramento, no se indicó cuál era el contenido de ese material probatorio y cómo afectaban sus derechos.

6.2.2 Respecto a las causas de violación al debido proceso alegadas por Isagen, indicó que, ni el Tribunal de Arbitramento, ni la Sección Tercera del Consejo de Estado, desconocieron el principio de voluntariedad por cuanto:

(i) La demanda arbitral no fue interpuesta por integrantes diferentes al Consorcio, pues en la demanda hicieron parte empresas que, al momento de presentarla, componían el Consorcio, además que las empresas que en un primer momento demandaron -Norberto Odebrecht, Alstom Brasil y Kvaerner AS.-, fueron quienes en definitiva ejecutaron la

totalidad del Contrato y, por ende, resultaban perjudicadas con ocasión del mismo. Mientras que la intervención de Alstom Power Italia se presentó en caso de que su intervención resultara necesaria, advirtiéndole que ni ella ni su causante habían ejecutado parte alguna del Contrato MI-100. Además, en este argumento, dice la interviniente, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1590 del Código Civil, la indemnización es divisible en la parte que cada quien reclama.

(ii) No se había desconocido la prohibición de la cesión sin autorización, pues como en su momento se explicó en el laudo arbitral y en el recurso resuelto por el Consejo de Estado, en este caso no había ocurrido una cesión contractual entre las empresas italianas, es decir que no se habían transferido individualmente derechos y obligaciones de un contrato, sino que se había hecho la transmisión en bloque, a título universal de una parte de un negocio de ABB Sae Sadelmi. Así las cosas, además de ser dos figuras distintas, a la cláusula contractual de cesión no puede dársele alcance en los movimientos societarios.

(iii) No se puede hablar de desconocimiento de voluntariedad o vicio en el consentimiento del Consorcio, puesto que éste no constituye una persona jurídica autónoma, sino que Isagen contrató con cada una de las empresas que lo componían.

(iv) La demandante no demostró que el Consorcio hubiese ocultado, de manera fraudulenta, el cambio en la composición del Consorcio, y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que tal y como lo sostuvo el Consejo de Estado, cuando el representante del Consorcio suscribía los actos jurídicos, lo hacía como una estipulación a favor de otro, que se permite en el derecho colombiano sin que se necesite autorización alguna, sólo una posterior aceptación de lo estipulado. Lo anterior le dio presencia a Alstom Power Italia en la celebración del Otrosí No. 13, aunque sí, en gracia de discusión, se entendiese que no estuvo presente en tal acto, sí estuvo en la suscripción de la cláusula compromisoria inicial, por virtud de la transmisión en bloque que hizo la empresa ABB Sae Sadelmi.

5.2.3. Respecto al defecto sustantivo alegado por falta de justificación en la competencia del Tribunal se pronunció respecto los temas alegados en el escrito de tutela:

(i) Sobre la calidad intuitu personae, señala que en el laudo se analizó que para Isagen le era indiferente quién cumpliera con las obligaciones, que el cambio en la composición del consorcio no afectó la ejecución del Contrato, y que tampoco redundó en

un perjuicio para la entidad contratante.

(ii) Respecto a la inoponibilidad a Isagen del negocio italiano de Conferimento di Complesso Aziendale, indica que el Tribunal de Arbitramento estudió el tema y concluyó que este negocio tenía correspondencia en el derecho comercial colombiano, en la cesión en bloque de establecimientos de comercio, solo que Isagen no está de acuerdo con tal determinación.

6.2.4. Respecto al defecto procedimental, indica que el Tribunal de Arbitramento tuvo en cuenta que en las audiencias del 13 y 14 de febrero de 2008 las partes no alegaron ninguna violación, y que, en particular, sobre las pruebas decretadas fuera del término no se probó que ello hubiera significado una carga excesiva para Isagen o que con esa prueba se hubiera cambiado definitivamente el sentido del fallo. Y sobre el supuesto material probatorio paralelo en una página web, quedó sentado en el laudo, que esta información no se distanciaba del material probatorio físico contenido en el expediente conocido por las partes. Además, afirma que pasaron dos años luego de proferido el laudo, e Isagen no analizó si las pruebas del expediente electrónico coinciden con las del expediente físico, sin pasar por alto que en el laudo no se hace mención a alguna prueba contenida en una página web.

6.2.5. Respecto al defecto fáctico, señaló que en el proceso arbitral y en el recurso de anulación quedó dicho que la inspección judicial al sitio de la obra resultaba innecesaria por cuenta del suficiente material probatorio que obraba; y lo mismo se indicó sobre la documentación que Isagen considera que el Tribunal de Arbitraje omitió requerirle a las empresas del Consorcio, y en tales términos el Consejo de Estado había concluido que Isagen no demostró la necesidad e incidencia de estas pruebas en el proceso, sino que se limitó a afirmarlo.

6.3. El Consejero de Estado, ponente de la providencia que resolvió el recurso de anulación, da contestación a la acción de tutela, en la que, antes que nada, aclara que su intervención está referida, de las dos decisiones a las que se refiere la tutela, solamente a la providencia proferida por el Consejo de Estado. Para tal fin, parte de una exposición sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, e indica que, en definitiva, la argumentación de la tutelante está dirigida por su disconformidad con lo

decidido en el recurso de anulación.

En su escrito, el Consejero pasa a indicar y citar los apartados en los que la providencia se refiere a aquellos temas que, según la accionante, el Consejo de Estado pasó por alto, y así explica en qué sentido la providencia resolvió sobre el régimen jurídico de la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos, la posibilidad del representante del Consorcio para tomar las decisiones por todas las empresas y analizó la naturaleza de los movimientos societarios entre las empresas italianas.

Igualmente, explicó la solidez de los argumentos y la libertad interpretativa del juez en relación con la tesis de la estipulación en favor de otro, pero niega que de la providencia se pueda colegir la afirmación de que una cláusula compromisoria puede ser suscrita por un tercero al Contrato.

Indicó, también, los numerales y páginas donde en la sentencia se hizo referencia al principio de voluntariedad, su régimen general y los requisitos para entender configurado un consentimiento válido, incluido el análisis que se hizo respecto a los elementos de la cláusula compromisoria en general y, en el caso concreto, respecto a cada uno de los miembros del Consorcio. Ahora que, sobre la voluntariedad, el Consejero recuerda que en la providencia se abordaron dos temas alegados por Isagen, en orden a (i) tener en cuenta el carácter público de la empresa demandada y la naturaleza jurídica del Contrato y (ii) que sobre la afirmación en sede de tutela de que el Contrato MI-100 tenía el carácter de *intuitu personae*. Además que, en todo caso, la suscripción del otrosí que modificó la cláusula compromisoria se había hecho con posterioridad a la fecha del vencimiento del plazo contractual, “por lo cual su suscripción no afectaba el contrato originalmente suscrito”.

Mientras que, respecto a la afirmación de la accionante de que el Tribunal de Arbitramento carecía absolutamente de competencia, indica el Consejero que la providencia se refirió a este asunto dentro del acápite que estudió la existencia de la cláusula compromisoria, en el cual concluyó que sí estaban habilitados para conocer del proceso. En estos términos los asuntos mencionados sí fueron tratados y resueltos por el Consejo de Estado, diferente es que la tutelante quiera reabrir su debate en sede de amparo por estar en desacuerdo.

Ahora que, sobre los defectos: (i) sustantivo, (ii) fácticos y procesales:

(i) Sobre los cargos expuestos por la tutelante en el sentido que el Consejo de Estado no se pronunció sobre ciertos aspectos que configuraron un defecto sustantivo, indica, que sí se refirió sobre la transferencia de la empresa italiana, y sobre la validez de este acto según la ley de ese país, por lo tanto se analizaron y, posteriormente, se convalidaron las consideraciones que el Tribunal de Arbitramento hizo a propósito. Además que en la providencia del Consejo de Estado se había considerado que a la participación de Alstom Power Italia SPA en la suscripción del Otrosí No. 13 no podía oponerse una cesión de contrato no autorizada, puesto que, no solamente no había contrato objeto de cesión en tanto que para el momento de suscribirse la cláusula ya había expirado el plazo del mismo, sino que la empresa había adquirido a título universal (no de cesión) todos los derechos y obligaciones por virtud de la operación celebrada entre las sociedades. Mientras que sobre la supuesta omisión sobre la calidad de *intuitu personae* del Contrato, y los vicios en el consentimiento por inducirse a error a Isagen en cuanto a la composición del Consorcio, el interviniente citó los apartes en que el Consejo de Estado resolvió estos asuntos al considerar que el otrosí que modificó la cláusula compromisoria guardaba independencia respecto al Contrato.

(ii) Sobre los defectos fácticos y procesales alegados en el escrito de tutela, el Consejero transcribe los apartes de la sentencia en los que se refirió a cada uno, e insiste en que “la parte no cumplió con el requisito de acreditar, ni de argumentar de manera suficiente cuál había sido la incidencia de la ausencia de tales medios demostrativos en la decisión final adoptada en el laudo arbitral, por lo que mal puede enmendar dicha incuria acudiendo hoy al mecanismo excepcional de la acción de tutela, pues dicho instituto no se estableció para tal propósito”. Además, recuerda que no se puede reclamar que los falladores tomaron de forma aislada las deficiencias probatorias, cuando era a Isagen a quien le correspondía encontrar su relación e incidencia en el fallo, “[e]n síntesis, la Subsección carecía de elementos suficientes para señalar que los aludidas omisiones probatorias habrían, o no, de manera conjunta o separada, cambiado el sentido del fallo, pues lo que simplemente ocurrió fue que la parte interesada no probó el supuesto de su dicho y ahora pretende atribuir esa carga al fallador que, actuando en derecho, debió resolver negativamente la pretensión de anulación del laudo arbitral que en esta causal se sustentó”.

Por último, el Consejero de Estado llama la atención en el hecho de que la acción de tutela

no es una instancia para subsanar las deficiencias en las que se haya podido incurrir en un proceso previo. Es evidente, dice, “que a través de la acción de tutela la entidad pública accionante pretende subsanar el incumplimiento en el que incurrió respecto de la carga probatoria que impuso el legislador para que prospere la petición de anulación un laudo (sic) arbitral con sustento en la causal prevista en el numeral 4º del artículo 168 del decreto 1818 de 1998 en el sentido de demostrar la incidencia de la omisión probatoria en la decisión.// (...) se advierte con claridad que la parte accionante interpone la acción de tutela con el propósito de reabrir el debate procesal que fue debidamente clausurado ante las instancias judiciales correspondientes, planteando perspectivas de valoración personal y aduciendo circunstancias que carecen de soporte legal y probatorio (...)”

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Primera y única instancia

El 17 de octubre de 2013 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió negar el amparo solicitado con fundamento en las siguientes consideraciones:

Primeramente se refirió a la procedencia de la acción de tutela frente a los laudos arbitrales, en el sentido que, en la medida en que la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, procede la acción de tutela en los mismos términos en que la jurisprudencia constitucional lo ha dispuesto respecto a éstas. Así las cosas, el juez de tutela considera que en este caso se cumplen, en principio, los requisitos generales de procedencia, aunque más adelante hará una observación sobre el requisito de identificar los hechos que generaron la vulneración en el proceso judicial. Y pasa a estudiar las causas específicas alegadas por la accionante, que si bien estaban dirigidas a endilgarle a los falladores la comisión de defectos orgánico, sustancial, fáctico y procedimental, considera que en realidad “van encaminadas a evidenciar la configuración de los defectos orgánico y fáctico y, por ende, estos son los que se estudiarán”.

Ahora que, sobre los defectos alegados, consideró que los argumentos expuestos en sede de tutela coincidían con los presentados en el recurso de anulación contra el laudo arbitral. Así, respecto a la sustentación del defecto orgánico relacionado con la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, indica que en ambos trámites procesales Isagen alegó que su

consentimiento a la hora de suscribir el pacto arbitral había estado viciado. Este cargo, sin embargo, lo había ya resuelto el Consejo de Estado cuando estimó que dicho otrosí no estaba afectado por nulidad absoluta ni relativa. Y lo propio ocurre, dice el juez de tutela, con la sustentación del defecto fáctico, encontrándose una identidad en los argumentos elevados en el proceso administrativo y en el de tutela.

A partir de lo anterior, la Sección Cuarta consideró que la sociedad tutelante pretende que por medio del proceso de tutela se estudien los mismos fundamentos elevados con ocasión del recurso de anulación, lo que estima “improcedente por cuanto el juez de tutela no puede entrar a ocuparse de un asunto que fue objeto del juez de la causa, en el entendido de que el juez natural no puede ser desplazado por el juez constitucional”. En este orden de ideas, señala que la sociedad accionante presenta una reiteración y extensión del recurso de anulación que ya fue objeto de un “análisis juicioso y serio” por parte del Consejo de Estado.

Para el Consejo de Estado, entonces, lo que se observa es que la acción de tutela presenta un desacuerdo con las consideraciones y decisiones del juez administrativo cuando resolvió el recurso de anulación, por lo que Isagen pretende reabrir un debate ya concluido. Esto, corroborado por el hecho que los argumentos expuestos por la tutelante para alegar la configuración de los defectos mencionados, van dirigidos en contra del Tribunal de Arbitramento, los cuales ya fueron resueltos por quien tenía la competencia natural para ello mediante el recurso de anulación.

En este contexto, la Sección Cuarta estima que tanto en el proceso arbitral como en el recurso de anulación se cumplió con la protección del derecho al debido proceso, mientras que Isagen, en sede de tutela “no explicó de manera clara y detallada cuáles fueron las presuntas irregularidades en las que incurrió dicha corporación judicial”, por lo tanto, la acción de amparo no cumplió con el requisito general establecido en este sentido para las tutelas interpuestas contra providencias judiciales.

Ninguna de las partes impugnó esta decisión.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 54A del Acuerdo 05 de 1992, “Reglamento Interno de la Corte Constitucional”[21].

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional, mediante Auto del 25 de febrero de 2014, resolvió seleccionar el expediente de tutela T-4.230.220 y repartirlo a la Sala Tercera de Revisión.

En cumplimiento del inciso segundo del artículo 54A del Reglamento Interno de esta Corporación (Acuerdo 5 de 1992) [22], el Magistrado Sustanciador puso este asunto en conocimiento de la Sala Plena, la cual, el 14 de mayo de 2014 resolvió asumir el conocimiento del mismo. En consecuencia, se suspendieron los términos hasta tanto la Sala Plena adoptara una decisión.

Durante el trámite de revisión, a esta Corporación se allegaron las siguientes intervenciones:

2.1. El apoderado de Kvaerner Energy A.S., sucursal Colombia presentó escrito en el que hace referencia a (i) la improcedencia de la medida cautelar solicitada por Isagen, toda vez que no quedó acreditado que del cumplimiento del laudo se derivase riesgo para algún derecho fundamental, según se exige en el artículo 7 del Decreto 2791 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional. Agregó que es preciso tener en cuenta que la obligación dineraria que surgía del laudo ya fue cancelada al Consorcio.

(ii) El interviniente afirma, asimismo, que la presente acción de amparo no cumple con “los requisitos de procedibilidad formal”, puesto que, a) no reviste relevancia constitucional, al no evidenciarse un desconocimiento de derechos fundamentales dentro de los procesos que se cuestionan, sino un mero desacuerdo con las razones que sostuvieron los fallos; b) no se satisface el requisito de inmediatez en tanto que la acción de tutela fue interpuesta (en junio de 2013) ocho meses después de que se profirió la providencia que resolvió el recurso

de anulación (noviembre de 2012), sin que hubiera justificación para ello; c) no se cumple el requisito de subsidiariedad en la medida en que el accionante pretende convertir la tutela en “instrumento de revisión de instancia de las decisiones arbitrales y judiciales”, puesto que los defectos alegados, atribuibles en su mayoría a la actuación del Tribunal de Arbitramento, fueron objeto de valoración en el trámite del recurso de anulación, y lo que ocurre es que Isagen quiere plantear en sede de tutela su desacuerdo con lo resuelto en éste; y, finalmente, d) la accionante no demostró que las autoridades judiciales hubieran vulnerado derecho alguno, omitiendo cumplir con el requisito de acreditar con claridad y precisión los hechos que constituyen una vulneración de derechos fundamentales.

(iii) Añade el interviniente que los defectos que Isagen le atribuye al Tribunal de Arbitramento, ya fueron examinados, primero, por el mismo Tribunal y posteriormente, por el Consejo de Estado en el trámite del recurso de anulación. En este punto analiza de manera particularizada los argumentos que el Consejo de Estado esgrimió al resolver sobre las pretensiones que sustentan la existencia de un defecto orgánico, un defecto sustantivo, un defecto procedimental o un defecto fáctico.

Con fundamento en lo anterior concluye que la tutelante persigue “dejar sin efecto un laudo arbitral y la sentencia en firme que resolvió el recurso de anulación, utilizando la acción de tutela como una instancia, cuando lo cierto es que el recurrente contó con los medios de defensa idóneos y eficaces al interior del proceso arbitral y mediante el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, sin que en ninguna de las dos ocasiones sus argumentos fueran acogidos por los jueces naturales, de donde surge claro, se reitera, la improcedencia de la acción de amparo”. Y, por tanto, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

Estos argumentos fueron, posteriormente, reforzados por otro escrito que presentó la apoderada de Kvaerner Energy A.S., sucursal Colombia, en liquidación.

2.2. Las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A y Alstom Brasil Energía e Transporte Ltda. designaron para que las representase ante la Corte Constitucional, al mismo apoderado judicial, quien en principio se refiere a la excepcionalidad de la procedibilidad de la acción de tutela cuando se promueve contra providencias judiciales y laudos arbitrales. Al respecto señala que en el presente asunto no se supera el test de

procedibilidad en tanto que se encuentra una identidad entre los fundamentos que soportan el recurso de anulación y la acción de tutela, de lo cual se concluye que la accionante pretende una proposición repetitiva del recurso de anulación. Así las cosas, lo que se observa, dice el interviniente, es la utilización de la acción de amparo para resolver, con un cambio de terminología, el mismo tema objeto de decisión que en el recurso de anulación, desconociéndose así, no solo la cosa juzgada, sino el objeto de la acción de tutela. En este orden de ideas, manifiesta que el escrito de tutela no expone razones de carácter constitucional en función de la protección de derechos fundamentales, sino que la discusión que propone tiene un carácter eminentemente legal.

No obstante lo anterior, el interviniente expresa que el cuestionamiento concerniente a la competencia del Tribunal Arbitral, por infracción del principio de voluntariedad, sí plantea un asunto de relevancia constitucional puesto que centra la atención en la norma constitucional que contempla el procedimiento arbitral (art. 116 C.P.).

Después de puntualizar los argumentos a partir de los cuales en la demanda de tutela se pretende fundamentar el cargo por violación del principio de voluntariedad, el interviniente señala que es preciso hacer dos advertencias, la primera, que como basamento de su pretensión, Isagen le atribuye al consorcio una personalidad jurídica de la que carece en el derecho colombiano y la segunda, que nunca existió entre Alstom Power Italia, como sucesora de ABB Sae Sadelmi en el contrato MI-100, e Isagen, ningún tipo de litigio o reclamo.

Expresa que el problema jurídico planteado por Isagen fue propuesto por esa entidad como excepción ante el Tribunal de Arbitramento, fue luego reiterado en el recurso de anulación y finalmente tomado como base para la acción de tutela, y que en las tres instancias jurisdiccionales fue desestimado.

A continuación el interviniente se refiere a la manera como, tanto el Tribunal de Arbitramento, como el Consejo de Estado resolvieron las objeciones presentadas por Isagen en torno a la ausencia de competencia del tribunal por infracción del principio de voluntariedad y desarrolla un conjunto de consideraciones en torno al planteamiento sobre la inexistencia del pacto arbitral, la calificación de *intuitu personae* que Isagen le da al contrato, y los vicios del consentimiento que habrían afectado a Isagen por dolo de los

integrantes del consorcio y por error en el que habría sido inducida, para concluir que ninguno de esos defectos estuvo presente en las actuaciones del tribunal y del Consejo de Estado.

Alude también el interviniente a la pretensión de la tutelante, conforme a la cual la parte promotora del proceso arbitral forzosamente debía constituir un listiconsorcio necesario en el que concurrieran todos los miembros del consorcio al unísono. Sobre este particular el interviniente expone la manera como el asunto fue resuelto por el tribunal de arbitramento, a partir de la consideración sobre el carácter pecuniario de las reclamaciones, la consiguiente naturaleza divisible de las mismas y el hecho de que, en todo caso, el proceso arbitral hubiese sido sostenido por todos los integrantes actuales del consorcio.

Antes de terminar, el interviniente señala que, como sea, en el presente proceso de tutela no se satisfizo el requisito de inmediatez, toda vez que la accionante dejó transcurrir un lapso de siete meses para interponer la acción de amparo.

2.3. Isagen S.A. E.S.P., a través de apoderados especiales, intervino ante esta corporación para solicitar que se declare la vulneración al debido proceso por parte del Tribunal de Arbitramento Internacional y la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Los apoderados de Isagen expresan que es evidente que el laudo incurrió en vía de hecho por defecto orgánico, sustantivo, procedimental y fáctico, circunstancia que se hizo extensiva al Consejo de Estado cuando, al resolver el recurso de anulación, convalidó todas las arbitrariedades que lesionaron el debido proceso de Isagen.

En un primer apartado de su intervención, los apoderados hicieron un resumen de lo que consideran las principales arbitrariedades que implicaron una vulneración al debido proceso, en el sentido que i) el laudo arbitral no fue pactado por las partes que ejecutaron el Contrato, (ii) se desconoció el ordenamiento jurídico colombiano al momento de proferir el laudo y (iii) en el laudo arbitral y la sentencia fallada por el Consejo de Estado, se omitió importante material probatorio. Y posteriormente, presentaron un segundo bloque (2.3.2.) que giró en torno a los defectos que consideran fueron cometidos por los falladores, tanto del laudo como de la providencia que resolvió el recurso de anulación.

2.3.1. Sobre las principales arbitrariedades que consideran se cometieron indican:

(i) Que el laudo arbitral no fue pactado por las partes que ejecutaron el Contrato, pero el Tribunal pasó por alto las circunstancias que violaron la cláusula compromisoria, toda vez que no se notificó a Isagen del cambio de empresas dentro del Consorcio y sobre la extinción de una de ellas, por ende, se evidencia una flagrante violación al debido proceso. De igual manera, indican que el grupo que demandó a Isagen, es distinto al Consorcio Miel que suscribió el Contrato de obra MI-100, y la accionante nunca pactó decidir controversias con empresas distintas a las que formaron el consorcio original. En tal sentido, insisten en que el Consorcio Miel, al modificar a uno de sus integrantes, vició cualquier tipo de cláusula establecida entre las partes, y, en consecuencia, el Consejo de Estado debió decretar la nulidad de lo actuado. En efecto, los abogados de la demandante concluyeron que su poderdante fue obligada a concurrir a un proceso arbitral mediante engaño y contra su voluntad, pues la sociedad Alstom Power Italia SPA no hacía parte del Consorcio Miel con el cual se suscribió la cláusula compromisoria que dio origen al proceso arbitral, y los cambios en la integración del Consorcio fueron realizados a espaldas de Isagen y, por esto, ésta desconocía con quien estaba modificando el Contrato. En sus términos, consideran que:

“la cláusula arbitral aparece suscrita por una entidad que habiendo sido parte del consorcio ya había dejado de existir, y se suscribe en una fecha posterior a la transferencia de parte de sus activos y obligaciones a una tercera sociedad que no puede entenderse cedida a posteriori de la posición contractual de una sociedad inexistente”.

Sobre el mismo aspecto, argumentan que uno de los requisitos para dar inicio a un proceso arbitral es el consentimiento de las partes a someter sus diferencias a la decisión de éste, pero en el caso no se presentó dicho consentimiento si se tiene en cuenta que Isagen tenía la voluntad de definir sus controversias con el consorcio inicial, mas no con el compuesto a la hora de modificar dicha cláusula. Además, que como la relación contractual tenía el carácter de *intuitu personae*, nadie podía ocupar el lugar de uno de los miembros del Consorcio.

(ii) Aducen que se desconoció el ordenamiento jurídico Colombiano al momento de proferir el laudo, pues éste aplicó de manera errónea el artículo 868 del Código de Comercio Colombiano, que prevé la manera como puede intervenir el juez cuando existan circunstancias extraordinarias durante la ejecución de un contrato, en la medida en que el

Contrato de obra MI-100 ya había terminado y se debía invocar cuando el Contrato estaba aún en ejecución. Adicionalmente, consideran que en el laudo “no hay una sola referencia a los artículos 1604, 1613, 1614, 1615, 1616 C.C. y otras normas legales que regulan la Responsabilidad Civil Contractual, ni existe análisis o prueba de sus elementos estructurales: incumplimiento contractual imputable al demandado, daño indemnizable y vínculo de causalidad, que harían divisible la acción de los miembros del consorcio contra Isagen”.

(iii) De otra parte, en el laudo arbitral y la sentencia proferida por el Consejo de Estado, aducen, se omitió material probatorio determinante, de modo que las pruebas con la que el Tribunal de Arbitraje procedió a fallar “no eran idóneas para acreditar un desequilibrio o un perjuicio”, y, en cambio, las que sí eran pertinentes y conducentes no se aportaron al expediente, pues las empresas demandantes ante el Tribunal se negaron a aportarlas al proceso. En este orden de ideas, advierten que los árbitros actuaron de manera caprichosa al no decretar las pruebas que permitían realizar una valoración diferente.

De igual manera, reprochan el hecho de que la tutelante solicitó una inspección judicial al sitio de la obra, pero ésta nunca fue decretada ni practicada por el Tribunal de Arbitraje, bajo el argumento de que luego de una serie de estudios desarrollados, no era necesario realizar la inspección judicial.

2.3.2. En concreto, los intervinientes consideran que los falladores incurrieron en defectos de tipo (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental y (iv) fáctico:

i) Defecto orgánico: aducen los apoderados de Isagen, que el Tribunal de Arbitramiento y la Sección tercera del Consejo de Estado desconocieron el principio constitucional de voluntariedad previsto en el artículo 116 de la Constitución, según el cual el Tribunal debe estar habilitado por las partes, y, en este caso, el Tribunal de Arbitramiento profirió un laudo en una controversia entre sujetos que no habían consentido el arbitraje. Además, citan jurisprudencia Constitucional donde esta Corporación se pronunció sobre el defecto orgánico, que se presenta “cuando se da el ejercicio de una atribución legal por un órgano que no es su titular, es decir cuando el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para adoptar la decisión impugnada”. En este contexto, argumentan que, para

el caso concreto, el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia pues Isagen no había dado su consentimiento al suscribir un pacto arbitral al desconocer que el Consorcio había sido modificado.

ii) Defecto Sustantivo: argumentan que la jurisprudencia constitucional ha señalado que un laudo arbitral incurre en un defecto sustantivo, “cuando este carece de motivación material o la motivación manifiestamente irrazonable. En esos eventos, el laudo arbitral presenta un defecto grave y manifiesto cuando carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable. Se trata de un defecto por falta de motivación material o evidente irracionalidad que torna arbitraria la decisión arbitral” (T- 244 de 2007). Y en este caso Isagen le expuso al Tribunal nueve argumentos en los cuales evidenció su ausencia de consentimiento para acudir al arbitraje, pero ninguno de estos fue considerado por el Tribunal ni por la Sección Tercera del Consejo de Estado. De igual manera, exponen que “la decisión sobre la competencia del Tribunal que condenó a Isagen no fue justificada y que éste, no consideró los factores determinantes que debía considerar y, por lo tanto, incurrió en un defecto sustantivo”.

iii) Defecto procedimental: se indica en el escrito de intervención, que el Tribunal de Arbitramiento practicó pruebas extemporáneas, cambiando el plazo para la presentación de pruebas únicamente a favor de los demandantes, y no de Isagen; y que además se prestó para el manejo de un expediente paralelo, de cuya existencia nunca se le informó. Al respecto, los apoderados consideran, que ambas situaciones vulneran el derecho a la defensa y al debido proceso de su poderdante y que generan un desequilibrio en el proceso. Citan la sentencia SU-174 del 2007, en la que se reconoció que en materia arbitral, el defecto procedimental se presenta “cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso (b) y dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto”.

Además, los apoderados judiciales traen a colación la Sentencia T-244 de 2007, donde se

indicó que el defecto fáctico se presenta cuando “resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”, así como la Sentencia SU-147 de 2007, en la que se indicó que el defecto fáctico se configura cuando “resulte incuestionable que el Juez no tenga el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

Por último, ponen en consideración la participación mayoritaria de la Nación en Isagen con el 57.66%; mientras que el 12.95% pertenece a las empresas Públicas de Medellín. En consecuencia, es pertinente tener en cuenta la incidencia de esta decisión en el erario.

Esta intervención se soporta, además, en el concepto jurídico realizado por un abogado especializado en derecho Internacional en el cual se indica que el negocio italiano de Conferimento di complesso aziendale era inoponible al Contrato de Obra, a menos que tal acto hubiera (pero no lo hizo) configurado una cesión de la posición contractual en los términos previstos en dicho Contrato, pues la cláusula que preveía el consentimiento de Isagen para que se efectuara una cesión estaba vigente y debía cumplirse. Y en el mismo sentido, se anexó concepto de un abogado italiano, que indicó que la cláusula de cesión contractual tenía plena aplicación bajo las normas colombianas, mientras que el negocio de Conferimento di complesso aziendale, en principio tiene efectos erga omnes, sólo que la ausencia de un registro centralizado internacional relativiza esta calidad.

Además, el representante legal de Isagen presentó escrito adicional en el que pretende dejar en claro algunas afirmaciones que los miembros del Consorcio hicieron y que no corresponden, en su sentir, a la verdad. Al respecto indica que no es cierto (i) que el Consorcio hubiera ahorrado a Isagen más de 100 millones de pesos en la ejecución del Contrato, (ii) que le haya atribuido personalidad jurídica al Consorcio, (iii) que en el escrito de tutela se haya referido a la inexistencia y nulidad del pacto arbitral, (iv) que la tutela no se interpuso después de siete meses de proferido el fallo del Consejo de Estado, sino cuatro meses y 20 días a partir de la ejecutoria de la providencia, la cual se produjo el 20 de febrero de 2013 cuando se resolvió sobre la aclaración de la sentencia.

2.4. El Procurador General de la Nación, presentó escrito a esta Corporación en el que solicita que se confirme el fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y que negó el amparo. Para tal fin, el Procurador General hace, en primer lugar, un

análisis de procedibilidad:

(i) Considera que el presente asunto reviste relevancia constitucional por cuanto se plantea el alcance del artículo 116 de la Constitución Política, en lo que respecta al principio de voluntariedad del arbitramento.

(ii) Se satisface, indica, la subsidiariedad en tanto se agotó el recurso de anulación, y no resultaba exigible agotar el recurso extraordinario de revisión eventual, tanto porque resultaba una carga excesiva, como porque el presente asunto se basa en la discusión sobre la competencia del Tribunal Arbitral, lo cual no encuadra en las causales taxativas que la ley establece para su procedencia.

(iii) Sobre la inmediatez, indicó que se cumple, ya que, hasta que se interpuso la acción de tutela, transcurrieron “menos de cinco (5) meses después de ejecutoriada la última providencia dictada en el proceso”.

(iv) Mientras que sobre el requisito de identificación de las irregularidades, considera que no se cumplió en cuanto al señalamiento del defecto procedimental y el fáctico. (i) Frente el primero, aduce que los argumentos esbozados por la accionante en cuanto a la ampliación del término probatorio para una de las partes y la supuesta existencia un expediente paralelo, no plantean una discusión de naturaleza constitucional, ya que la tutelante no indicó cómo la modificación del plazo procesal “le causó una violación directa a su derecho de defensa y contradicción que tuviera incidencia determinante en el sentido final del laudo arbitral(...)”, ni tampoco indicó cuáles pruebas (de dicho expediente paralelo) eran distintas del expediente que sí conoció, y cómo le afectaron. Ahora que, (ii) respecto al defecto fáctico, advierte que la entidad accionante no procedió a identificar por qué la inspección judicial no decretada resultaba determinante para la decisión final adoptada, más cuando la negativa a ello obedeció a que el Tribunal de Arbitramento no la consideró necesaria y la parte interesada no la alegó cuando tuvo la oportunidad en audiencia dentro del proceso.

En esta misma línea el Procurador no da razón a la alegación de la tutelante en cuanto a los documentos que no fueron solicitados por el Tribunal, y que en su sentir resultaban decisivos para calcular los gastos de la obra, pues al revisar el expediente encontró que los sobrecostos que fueron dictaminados tuvieron diversas causas probadas ampliamente en el

proceso, por lo tanto “no puede más que concluirse que lo que pretende la entidad accionante es reabrir todo el debate probatorio surtido con ocasión del trámite arbitral, lo que claramente escapa al ámbito de la acción de tutela contra providencias judiciales”.

En segundo lugar, el Procurador General de la Nación pasa a pronunciarse sobre los defectos orgánico y sustantivo, que sí cumplen con el requisito general para hacer un estudio de fondo. En lo referente a la competencia, entiende que el Tribunal de Arbitramento sí la tenía en razón a la autonomía de la cláusula compromisoria, y no porque, como sostiene el Consejo de Estado, el acto realizado en Italia por el cual se transfirió en bloque el negocio de energía a Alstom Power Italia era oponible a Isagen, puesto que fue un negocio realizado en otro país, y ello no era aplicable al Contrato mismo. Como sea, el Procurador se aparta de la alegación de la tutelante en la que afirma que por la calidad del Contrato de *intuitu personae*, la prohibición de cesión contractual era extensible también a la suscripción del Otrosí No. 13. Pues, en su criterio, tanto la normatividad colombiana (Decreto 1818 de 1998) como el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, contemplan el principio de autonomía de la cláusula arbitral, de manera que las partes se sometieron a una cláusula compromisoria que guardaba autonomía respecto al Contrato, y la participación de otros sujetos no lo viciaba.

A esto, el Procurador añade que no hay una causa que vicie el consentimiento para la suscripción de tal cláusula, pues el cambio de una de las empresas del Consorcio no era la causa principal de la cláusula (que es diferente a la del Contrato que, entre tanto, ya se había ejecutado). En efecto, dice el interviniente, la cláusula no tenía otra finalidad que establecer la forma de resolver las controversias, esto es, el procedimiento arbitral que, además, ya había sido previsto en la cláusula compromisoria original, por lo que no se veía afectaba la voluntad de Isagen al respecto.

A esta última consideración el Procurador General añade que, en todo caso, la empresa Alstom Power Italia, no fue demandante en el proceso arbitral, la demanda fue interpuesta por empresas que hicieron parte original del Consorcio y del Contrato, quienes tenían la legitimidad de habilitar al Tribunal. En este contexto, la empresa mencionada compareció como un tercero interesado en su calidad de sucesor universal del negocio de energía de ABB Sae Saldemi SPA.

Todo lo anterior, lleva al Procurador General de la Nación a concluir que “el Tribunal de Arbitramento demandado no obró manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes en el pacto arbitral, toda vez que éste resolvió las controversias que las partes decidieron someter a su competencia por conducto de la cláusula compromisoria y su posterior novación, lo que resulta completamente acorde con los conceptos y mandatos constitucionales establecidos en el artículo 116 de la constitución, con relación a la fundamentación de su competencia. Y, por esta razón, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al no encontrar probadas las causales alegadas por Isagen, tampoco incurrió en vía de hecho alguna”.

2.5. El proyecto que resuelve la presente acción de tutela fue registrado ante la Sala Plena de esta Corporación el día 4 de mayo de 2015, y se incluyó en el orden del día para su correspondiente deliberación. A partir de entonces, distintas personas vinculadas al proceso allegaron escritos a la Corte, en los cuales reafirmaron los argumentos en relación con los hechos que originaron la presente acción de amparo.[23]

3. Presentación del caso

La presente acción de tutela se origina con ocasión del proceso arbitral que se adelantó para decidir sobre las controversias que surgieron de la ejecución del Contrato de Obra denominado MI-100, suscrito entre la empresa Hidroeléctrica la Miel S.A. quien cedió su posición contractual a la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. (empresa de economía mixta); y el Consorcio Miel, integrado por cinco empresas de origen extranjero; y cuyo objeto consistía en la construcción del Proyecto la Miel I dentro del “Desarrollo Hidroeléctrico del Río La Miel”. Como resultado de este proceso arbitral, en el laudo se consideró que Isagen había sido responsable por ciertos perjuicios ocasionados al Consorcio y se le ordenó el pago por concepto de indemnización.

Frente a este pronunciamiento Isagen solicitó la anulación, sin embargo, el Consejo de Estado declaró infundado el recurso respecto a los cargos formulados, excepto por lo referido al numeral 8.4.3. de la decisión arbitral, referente al Reclamo No. 153 “Sobrecostos por la pérdida generalizada de productividad”, por lo que a la indemnización general se le debía restar este concepto. Y en este contexto, la empresa procedió a interponer acción de tutela en contra de los anteriores fallos.

En general, los motivos de oposición de Isagen, tanto en el proceso arbitral cuando elevó las excepciones jurisdiccionales, como en el recurso de anulación por las causales alegadas, giraron en torno a tres situaciones particulares: (i) la falta de competencia del Tribunal; (ii) haberse alterado el procedimiento arbitral; y (iii) defectos en la actividad probatoria. En sede de tutela, Isagen alegó que el laudo arbitral había incurrido en defectos de tipo orgánico y sustantivo, en razón a la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento; se habían modificado algunas reglas del trámite arbitral fijado; y se habían cometido defectos fácticos. Todo lo cual, a su vez, considera que no había sido advertido por el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación. Respecto a los cargos, Isagen indica en la demanda de amparo:

(i) Sobre la falta de competencia del Tribunal, arguye que el consentimiento de las partes estaba viciado cuando modificaron la cláusula compromisoria. Para Isagen, el hecho de que al momento de suscribirse el Otrosí que modificó la cláusula compromisoria, una de las empresas que componía el Consorcio hubiera transferido su negocio a otra, y que hubiera incluso dejado de existir, sin que estas circunstancias se le hubiera comunicado, llevaba a que dicha cláusula había sido suscrita por un grupo de sociedades distintas al Consorcio, lo que, a su vez, implicaba que Isagen hubiera incurrido en error en la persona. Así mismo, Isagen sostuvo que, en todo caso, no se podía entender que la empresa Alstom Power Italia SPA había tomado el lugar de ABB Sae Sadelmi SPA., pues el acto jurídico realizado en Italia, por el cual le transfirió la unidad del negocio de energía, si bien podía ser válido para el Derecho italiano, no podía generar la cesión de la posición contractual por cuanto no se había cumplido con su autorización, en un contrato que tenía el carácter de *intuitu personae*.

Esta situación generó, según la accionante, un defecto orgánico, y a la vez sustantivo, derivado de que el Tribunal de Arbitramento no cumplió con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional de sustentar suficientemente su competencia, pues no se refirió sobre el carácter *intuitu personae* del contrato, la inoponibilidad de la transferencia hecha en Italia, y el error y dolo con que se indujo a Isagen a creer que el Consorcio contaba aún con su composición inicial.

(ii) Afirma, que el Tribunal había desconocido el procedimiento arbitral que él mismo había fijado, pues modificó los plazos probatorios a favor del Consorcio, al recibirle

material probatorio fuera del término que había establecido. Y, a su vez, alega que se tuvo en cuenta un expediente virtual sobre el cual no había tenido conocimiento

(iii) Sobre el defecto fáctico, la tutelante alega la omisión del Tribunal de Arbitramento en decretar una inspección judicial al lugar donde ocurrieron ciertos hechos, así como la omisión de exigirle al Consorcio la exhibición de documentos que Isagen había solicitado, y, por último, indica que el Tribunal había tenido en cuenta material probatorio que se aportó ilegalmente, pues recibió pruebas fuera del término y había tenido en cuenta un expediente virtual paralelo.

Al respecto, vale la pena tener en cuenta que las cuestiones traídas al proceso de tutela coinciden con las planteadas en el proceso arbitral y en el recurso elevado al Consejo de Estado, las cuales fueron ya resueltas, en un primer momento, por el Tribunal de Arbitramento cuando se plantearon como excepciones, y, posteriormente, por el Consejo de Estado en la medida en que se ajustaban a las causales taxativas previstas para la procedencia del recurso de anulación. Al respecto, el juez de tutela indicó que Isagen no había identificado con claridad las irregularidades que en el trámite de arbitramento y anulación generaron la afectación de sus derechos fundamentales; y, en su lugar, concluyó que, en realidad, la tutelante pretendía reabrir un debate jurídico por cuanto no estaba de acuerdo con los fallos que definieron la causa, de manera que no cabía que el juez de tutela desplazara al juez natural.

4. Delimitación del problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el Tribunal de Arbitramento Internacional, por una parte, y el Consejo de Estado, Sección Tercera, por la otra, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de Isagen con ocasión del laudo arbitral proferido por el primero y del recurso de anulación resuelto por el segundo. Para tal efecto, se pasará a hacer algunas consideraciones sobre la procedibilidad de la acción de tutela cuando se interpone contra laudos arbitrales, y el contenido especial que en estos casos adoptan los requisitos generales de procedibilidad y las causales específicas, dado que el proceso arbitral se fundamenta en la decisión voluntaria de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria, y someterse a la decisión arbitral. Lo anterior, permitirá pasar a hacer un análisis en el caso concreto para determinar si se cumplen estos requisitos.

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

5.1. La posibilidad de reprochar una decisión arbitral por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia, al menos material, del laudo arbitral con una providencia judicial, pues como se indicó en la Sentencia C-242 de 1997 tales laudos son, también, decisiones eminentemente jurisdiccionales[24]. Así lo señaló esta Corporación en la Sentencia T-244 de 2007, en la que se expresó:

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

Como se concluye en la providencia citada, esta equivalencia material explica que, así como sucede con las sentencias judiciales, también tenga cabida la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de arbitramento. Para ello el reproche de un laudo por medio de la acción de tutela está sometido, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto a las providencias judiciales, y que en la Sentencia C-590 de 2005, fueron clasificados en dos grupos: (i) los requisitos de procedibilidad de carácter general que deben ser satisfechos integralmente para habilitar la viabilidad procesal del amparo y (ii) los requisitos o causas especiales, que determinan la eventual prosperidad de la acción[25], pues ante la presencia de uno de ellos, se configura una vulneración del derecho al debido proceso. En esa sentencia tales requisitos se desarrollaron de la siguiente manera:

(i) Requisitos generales de procedibilidad:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una

clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[26]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[27]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

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[28]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe 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[29]. 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[30]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[31]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

(ii) Requisitos o causales especiales de procedibilidad:

“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[32] 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[33].

i. Violación directa de la Constitución”.

Estos requisitos, como se anotó previamente, han sido aplicados a los casos en que se eleva una acción de tutela contra un laudo arbitral, porque como lo ha señalado esta Corporación: “[e]n vista de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a las acciones de tutela contra decisiones arbitrales, con atención, por supuesto, a las características propias del proceso arbitral”[34].

La equivalencia, empero, no opera de manera directa en cuanto a la verificación de las causales de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para el caso de las providencias judiciales, toda vez que el carácter especial de la justicia arbitral implica que se deba hacer un examen de procedibilidad —tanto de los requisitos generales como especiales— más estricto.

5.2. La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside, fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento. Ello, por cuanto “(...) acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible”[35].

Esta decisión de apartarse de la justicia ordinaria, irradia la facultad de permanencia de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente. Tal facultad de permanencia se evidencia, por ejemplo, en la ausencia del trámite de impugnación ante la justicia ordinaria, pues someter el laudo a las

instancias propias de la justicia ordinaria significaría desconocer la misma voluntad de las partes que previeron un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia de unificación SU-174 de 2007, al sostener:

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

De hecho, como lo señala la providencia, las vías para controvertir los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas, pues, por un lado, frente a ellos no procede la segunda instancia, y, por el otro, los recursos de homologación, en materia laboral, de anulación en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo y, contra la sentencia que resuelve la anulación, el recurso de revisión, (y que después de la vigencia del Decreto 1563 de 2013 se redujo solamente a la existencia de los dos últimos), fueron creados por el legislador para controvertir aspectos del procedimiento, y se limitan a unas causales taxativas expresamente señaladas en la ley. “Tales recursos —dice la misma Sentencia— han sido concebidos como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral, no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir en el ámbito contencioso administrativo al recurso de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser

planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia”.

Esta excepcionalidad y taxatividad de las causales restringen, pues, el análisis de los recursos mencionados al aspecto meramente procesal, respetando la voluntad de las partes que han decidido que su controversia sea resuelta materialmente por la justicia arbitral. En tales términos, no pueden asimilarse al examen de un recurso de apelación que está destinado a un conocimiento más completo y profundo sobre el ámbito sustancial de la controversia[36]. Por lo tanto, ha indicado esta Corporación, los mecanismos judiciales de control de los laudos arbitrales —el recurso de anulación y de revisión— no tienen como objeto “revisar in integrum la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada”[37].

5.3. Lo anterior, resulta del hecho de que las partes hayan decidido apartarse de la justicia ordinaria para someter su controversia a una justicia ad hoc, circunstancia que, en general, tampoco resulta ajena al procedimiento de tutela, en tanto que su procedibilidad se hace más estricta, toda vez que, si el mismo legislador ha restringido las vías judiciales para controvertir los laudos arbitrales, a su vez la acción de tutela, en principio, no resultaría procedente para controvertir circunstancias propias del proceso arbitral que las partes decidieron resolver paralelamente a la justicia ordinaria[38].

Esto, además, cobra sentido en la medida en que la, ya excepcional procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se explica como última alternativa de defensa de los derechos fundamentales. Así las cosas, la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario, sino en proteger a quien, después de haberse sometido a un proceso judicial, se mantiene en una condición de indefensión de sus derechos fundamentales, de manera que la acción de tutela permite una aplicación uniforme y coherente de los mismos en este escenario concreto. Así lo precisó esta Corte en la ya mencionada Sentencia C-590 de 2005, en la que se reconoció la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales:

“En ese sentido, los fundamentos de una decisión de tutela contra una sentencia judicial deben aclarar con transparencia la relevancia iusfundamental del punto que se discute y el

juez debe contraerse a estudiar esta cuestión y ninguna otra. No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”.

Así pues, se destaca la función excepcional de la tutela para que en los procesos judiciales se respeten las reglas que el ordenamiento jurídico ha establecido, en condiciones de igualdad. Esta excepcionalidad, pues, se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, en donde, incluso, muchas de sus reglas son definidas por el mismo tribunal de arbitramento designado, y que las partes convienen dentro de un mecanismo que busca una solución alternativa de las controversias. De modo que cualquier intervención de la jurisdicción ordinaria resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral.

En este sentido, la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que la excepcionalidad de la acción de tutela para controvertir, tanto los laudos arbitrales, como los recursos que puedan conocer de ellos, debe tener en cuenta “(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”[39].

5.4. En tales términos, resulta evidente que la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, no es automática, pues tratándose de estos últimos, la excepcionalidad de la tutela se ve reforzada por el hecho de que las partes han decidido apartarse del actuar de la justicia convencional, y han dotado a la decisión del tribunal de

arbitramento de una autonomía y firmeza que escape de la actuación de los mecanismos de controversia convencional. La procedibilidad de la acción de tutela, en este grado de excepcionalidad, sólo encuentra sentido en la trascendencia de los bienes jurídicos que el procedimiento de amparo tiene como objeto proteger y en que los árbitros, no obstante la autonomía e independencia que supone la justicia arbitral, no están exentos de garantizar los derechos fundamentales.

Así las cosas, la procedibilidad de la tutela en contra de laudos arbitrales, además de los requisitos generales y especiales establecidos para las providencias judiciales, está condicionada por unos criterios que la Sentencia SU-174 de 2007 extrajo de los casos de arbitramento resueltos hasta ese momento por esta Corporación. A saber:

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

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

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

(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo”.

5.4.1. Estos criterios refuerzan la idea de que la naturaleza de la justicia arbitral es un límite para el juez de tutela, quien debe tener como presupuesto la autonomía del tribunal de arbitramento para decidir sobre el fondo del asunto, y la voluntad de las partes de que esta decisión adoptada en el laudo quede en firme. Ello, como se menciona en los recién mencionados numerales 1 y 2, le impone al juez de tutela hacer un estricto examen para

determinar si la petición hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, y no se orienta a plantear asuntos de fondo. Lo anterior implica, de manera particular, la necesidad de realizar una atenta valoración del requisito de procedibilidad general que tiene que ver con la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento del juez de tutela.

5.4.2. Antes de pasar a examinar el numeral tercero de los anteriores requisitos especiales en materia de la acción de tutela contra laudos arbitrales —que se hará en la parte final de este acápite por cuanto se refiere a las causales especiales de procedibilidad—, vale la pena analizar el numeral cuarto que implica una atenta valoración del requisito general de subsidiariedad. Al respecto, se indica que la subsidiariedad tiene un carácter especial porque no se cuenta con una segunda instancia para impugnar el laudo, pero sí se ha dispuesto de un mecanismo de controversia sui generis: el recurso de anulación.

5.4.2.1. Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado sobre la subsidiariedad en función de los dos recursos que inicialmente el legislador contempló para controvertir los laudos arbitrales —el de anulación y, en su tiempo, el de homologación—. En tal sentido, ha señalado que: “(i)[d]ado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral, y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable” [40].

Lo anterior porque, en principio, los jueces de la jurisdicción ordinaria son los primeros llamados a garantizar los derechos fundamentales a través de los recursos previstos para controvertir los laudos y que, en especial, están dirigidos a examinar sus aspectos procedimentales para proteger el derecho al debido proceso. En este sentido se ha expresado esta Corporación respecto del recurso de anulación, al decir que este “es un medio de defensa judicial idóneo para subsanar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido lugar con ocasión del laudo arbitral, razón por la cual la acción de tutela sólo puede impetrarse una vez haya sido fallado el primero por el órgano judicial competente”[41]. Y de esta manera se concreta el requisito de subsidiariedad, que exige agotar el recurso de anulación, previa interposición de la acción de tutela.

5.4.2.2. Para el análisis del requisito de subsidiariedad en estos eventos, es preciso tener en cuenta que, tanto en la normatividad anterior (Decreto 1818 de 1998, artículo 163), como en la vigente (Ley 1563 de 2012, artículo 41), el legislador ha restringido la posibilidad del recurso de anulación a unas causales taxativas. De este modo es posible que en el trámite arbitral se produzcan afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y que, por tanto, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación. Sobre ello la Corte precisó en la Sentencia T-244 de 2007:

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

En efecto, obligar al agotamiento del recurso de anulación en tales casos, significaría un artificio innecesario cuando no se está en presencia de alguna de las causales o se pretendiera forzosamente acomodar la verdadera razón de la afectación del derecho fundamental en una de las causales de anulación. Por consiguiente, al tenor de lo señalado por la jurisprudencia, en estos eventos el requisito de subsidiariedad se vería relativizado en la medida en que exigir el agotamiento del recurso resultaría desproporcionado, “pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas, especialmente por el carácter extraordinario del recurso de revisión que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley” [42].

A este propósito, en el Auto 051 de 2012, la Corte indicó que la idoneidad del recurso de anulación como mecanismo de protección de derechos fundamentales, debe analizarse en el caso concreto, toda vez que este recurso sólo procede por las causales estipuladas en la ley, las cuales están relacionadas con aspectos procesales. En tal sentido, señala la mencionada providencia, la Corte podría admitir —y lo ha hecho— la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral, incluso sin que se hubiese agotado el recurso de anulación.

Lo anterior, no implica abrir la posibilidad para omitir el uso de los recursos ordinarios de controversia sobre los laudos, pues la regla general continúa siendo la subsidiariedad de la acción de tutela, y sólo en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz por tratarse de asuntos externos a las causales de solicitud del recurso, se ofrece el amparo como vía directa de defensa de derechos fundamentales. Así lo expresó la Corte en la Sentencia T-972 de 2007:

5.4.2.3. Todo lo anterior lleva a concluir que los laudos arbitrales están sujetos a un control iusfundamental integral, pues, si bien la voluntariedad del arbitramento implica que la actuación de la jurisdicción ordinaria sea mínima, y que “la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible”[43]; los derechos fundamentales gozan de una protección especial. Antes que nada, la protección se concreta en el recurso de anulación, que es el espacio natural para que el juez verifique la adecuación del laudo a la Constitución respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo[44]. Pero, además, la jurisprudencia constitucional ha previsto que en aquellas materias excluidas del recurso de anulación y que, en principio, están sometidas a la decisión definitiva e irrevocable del tribunal de arbitramento, puede caber la actuación de la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales por medio de la acción de tutela.

Dicho de otra manera, la acción de tutela se puede plantear en dos escenarios, dependiendo de si es preciso, o no, el agotamiento del recurso de anulación. Esta situación determina que la aproximación del juez de tutela, en uno y otro caso, sea distinta. Si bien se parte siempre del respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros que no debe ser invadido por el juez de amparo, a quien no le corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, también es cierto que en los casos en que no resulta exigible agotar el recurso de anulación, la acción de amparo hace un primer acercamiento al laudo arbitral, y en este sentido la valoración sobre la violación directa de derechos fundamentales habrá de ser más estricta. Mientras que en los casos en que se ha agotado el requisito de anulación (hablando en términos generales), el laudo ya ha sido sometido a un primer examen, el juez de tutela cumple una función más distante, y pasa a controlar si, al examinarse las causales en el recurso, no se advirtió alguna vulneración de tipo iusfundamental. Con todo, se insiste, en que no debe pasarse por alto que en ambos casos, “(...) la sede de tutela no puede convertirse en un nuevo espacio procesal para reexaminar

las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral”[45].

5.4.2.4. Como corolario de lo anterior se tiene que, con miras a que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional, más en tratándose de la justicia arbitral que se aparta voluntariamente de la jurisdicción ordinaria, y que se respete el margen de decisión de los árbitros, la actuación del juez de tutela debe limitarse a las afectaciones directas de derechos fundamentales. Y esta exigencia se hace más estricta en los casos en que se ha agotado el requisito de subsidiariedad por tratarse de afectaciones que coinciden con las causales que sirvieron de argumentos para llevar el recurso de anulación; de modo que la actuación del juez de amparo debe restringirse a determinar si el derecho al debido proceso se ha protegido en la sentencia de anulación, guardando distancia con los aspectos concretos del laudo. Esto, claro está, siempre y cuando el reproche en sede de tutela se restrinja a defectos en el laudo arbitral, resueltos en la anulación, y no se trate de defectos en la propia providencia que resuelve el recurso de anulación, pues en estos casos no se trata de un control iusfundamental sobre el laudo bajo las características especiales vistas más arriba, sino de una tutela contra una providencia judicial en sentido general.

5.4.3. Finalmente, el numeral tercero de los criterios especiales en materia arbitral, indica que, cuando se trata de tutelas contra laudos arbitrales, a la hora de examinar los requisitos o causales de procedibilidad establecidas en la Sentencia C-590 de 2005, se deben tener en cuenta las características propias del trámite arbitral. Y esta condición fue expresamente desarrollada en la Sentencia T-466 de 2011 de la siguiente manera:

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

II. Defecto orgánico: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia

para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables.

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

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

Estos requisitos habrán de analizarse, entonces, a la luz de la limitada esfera de actuación del juez de amparo, que se restringe a los aspectos que interfieran directamente con afectaciones de derechos fundamentales. De manera que, en los casos en que los defectos que se planteen a través de una acción de tutela coincidan con las causales invocadas en el recurso de anulación, es necesario tener en cuenta que los requisitos especiales hacen referencia a aspectos procedimentales que ya han sido objeto de control por parte del juez al resolver el recurso, y, que, además, en el trámite de arbitramento se concede un amplio margen de autonomía al tribunal en aspectos relevantes como la asignación de algunos términos procesales, o, por ejemplo, el margen para determinar el alcance de su propia competencia.

Al respecto, y en atención a que en el presente caso, parcialmente, la controversia, tanto en el recurso de anulación, como en la acción de tutela, gira en torno a la competencia del Tribunal y a la interpretación de la cláusula compromisoria, resulta apropiado hacer una

precisión respecto al defecto orgánico y al defecto sustantivo en materia arbitral, que son base de este cargo. De la misma manera, en función de los restantes cargos planteados por la tutelante, procede una breve consideración sobre el defecto fáctico en materia arbitral, asunto que será posteriormente analizado en el caso concreto.

5.4.3.1. El defecto orgánico

En materia arbitral la competencia del ente fallador no está dada por una norma especial, sino que obedece a dos criterios generales: (i) la aplicación del principio de voluntariedad para habilitar la justicia arbitral, y con ello, la competencia de un tribunal de arbitramento. Tal voluntariedad de la justicia arbitral tiene raigambre constitucional, en el artículo 116 de la Carta que dispone que “[l]os 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 del texto). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el que se ha denominado como principio de voluntariedad o de libre habilitación, determina que “el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias”[46].

En estos términos, la competencia del tribunal de arbitramento está dada, inicialmente, por el hecho de que las partes hayan manifestado su voluntad en el someterse a esa justicia especial. Posteriormente, una vez pactada la justicia arbitral, la determinación del ámbito de competencia del tribunal de arbitramento se rige por un segundo criterio, que obedece (ii) al principio de origen internacional denominado kompetenz-kompetenz, y que indica que es el mismo tribunal arbitral a quien corresponde determinar su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno a las cuales hay un conflicto[47]. Este principio comulga con la regla general de autonomía que se concede a los árbitros cuando las partes se someten a su competencia, y determina que “los tribunales tienen un carácter autónomo de interpretación para determinar su propia competencia”[48]. Como se lee, el principio kompetenz-kompetenz, tiene una aplicación posterior a la manifestación de

voluntad de las partes de someterse a la justicia arbitral y haber designado un tribunal. Es, pues, a éste a quien corresponde definir el alcance de su propia competencia.

Esta facultad interpretativa, en últimas, tiene incidencia en los conflictos o discrepancias que sobre la competencia del tribunal de arbitramento se planteen. Como lo señaló esta Corporación en la Sentencia C-572A de 2014, “cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto”. De modo que es el tribunal habilitado por las partes quien debe definir sobre su competencia, asunto respecto del cual, recuerda la providencia citada, las partes, cuando ello se inscriba dentro de alguna de las causales legales, cuentan con el recurso de anulación.

En resumen, el defecto orgánico está supeditado, y con ello la acción del juez de tutela, primero a la voluntad de las partes a quienes les corresponde habilitar al órgano arbitral, y luego, a que el tribunal facultado defina el alcance de su competencia y, en dado caso, resuelva las controversias que surjan entre las partes al respecto.

5.4.3.2. El defecto sustantivo.

En esta causal de procedibilidad, el principio de voluntariedad también cumple una función importante, pues, como ya se señaló, en razón de la voluntad de las partes de sustraer las eventuales controversias del conocimiento de la justicia ordinaria para trasladarlo a la arbitral, los recursos contra el laudo en el proceso arbitral están bastante restringidos. Así, no cabe recurso de apelación sobre el laudo, de modo que lo decidido por el tribunal tiene, en principio, carácter definitivo, sin que sea susceptible de controversia sustancial por las partes. No obstante esa limitación, el ordenamiento jurídico ha previsto el recurso de anulación, el cual, sin embargo, como también se indicó, tiene una capacidad de contradicción restringida por unas causales taxativas que se circunscriben a los errores in procedendo.

Lo anterior no quiere decir que las decisiones arbitrales no estén sometidas a la Constitución y a la ley aplicable, y estén al margen de control judicial cuando comporten afectación de derechos fundamentales, evento frente al cual se ha admitido la posibilidad de que, a través de la acción de tutela se pueda argüir la presencia de defectos sustantivos que tengan la virtualidad de constituirse en violación de un derecho

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

Sin embargo, no puede confundirse el defecto sustantivo con el simple desacuerdo con las razones que tuvo el tribunal de arbitramento para decidir, pues ello desconoce directamente el principio de voluntariedad que dirige la justicia arbitral y en virtud del cual las partes se someten al laudo de manera definitiva. En estos términos, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte puntualizó que “(...) en materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental”, pero que “[l]as discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal”.

Lo anterior obedece al carácter voluntario del arbitraje, en el cual las partes se separan de una justicia, para aceptar lo decidido por la alternativa, reconociendo previamente la obligatoriedad de lo por ella decidido. De manera que “al momento en que las partes acuerdan el sometimiento de sus conflictos a tribunales de arbitramento, aceptan de antemano la obligatoriedad de la decisión de los árbitros investidos del poder decisorio. Por lo tanto, cuando las partes aceptan prestar su consentimiento para someter sus diferencias a la decisión de estos particulares, se obligan a acatar lo decidido por ellos”[49].

Para concretarse un defecto sustantivo, entonces, se requiere que haya un claro desconocimiento de una norma que genera una afectación iusfundamental, sin que para

ese efecto baste con oponer interpretaciones alternativas posibles o con cuestionar el criterio jurídico utilizado en el laudo, asuntos que, de aceptarse, comportarían una limitación de la esfera de autonomía del juez natural. En este sentido, ya era clara la Corte desde la Sentencia SU-058 de 2003, al decir que “salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural”.

En consonancia con lo anterior, se puede afirmar que el proceso arbitral, a diferencia de los procesos de la jurisdicción ordinaria, concede una mayor autonomía al tribunal, tanto en la definición de su competencia, como a la hora de la firmeza de su decisión y de las razones de fondo adoptadas. Por lo tanto, en sede de tutela, las posibilidades del amparo constitucional surgen de un detenido análisis de cada caso, de modo que, salvo la presencia de defectos graves y protuberantes que afecten derechos fundamentales, no se desconozca la voluntad de las partes de someterse a la autonomía de la justicia arbitral.

5.4.3.3. El defecto fáctico

De manera general puede decirse que, en el ámbito de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el defecto fáctico no se configura a partir de cualquier tipo de desacuerdo con la actividad probatoria desplegada por el juez de la causa, sino que para establecerlo es preciso acreditar que se está ante una actuación irregular, o mejor dicho, en consecuencia con su denominación, ante una actuación probatoria defectuosa del juez, que tenga como efecto una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de una de las partes. En estos términos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este defecto se produce cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva[50], y, en concreto, cuando: i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o iii) la valoración del elemento probatorio definitivamente se sale de los cauces racionales[51].

Cuando se trata de tutela contra laudos arbitrales, cabe señalar que en el análisis del defecto fáctico están presentes los mismos elementos que fueron expuestos al examinar el defecto sustantivo, en cuanto a que el reproche sobre la actuación del Tribunal debe tener

en cuenta, tanto el carácter voluntario de la decisión de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a una justicia paralela, como la excepcionalidad de los recursos que se han previsto para controvertir los laudos arbitrales. En tal medida, el examen que en sede de tutela se realice sobre la actividad probatoria de los tribunales de arbitramento debe ser riguroso y la eventual procedencia del amparo tiene como presupuesto que se esté ante una apreciación de las pruebas caprichosa y carente de razonabilidad[52]. “En otras palabras, la vía de hecho por defecto fáctico o probatorio está dada solamente, en términos generales, en aquellas hipótesis en las cuales el panel de árbitros desconoce flagrantemente “la realidad probatoria del proceso”[53].

Así las cosas, el examen fáctico está subordinado por los requisitos de procedibilidad de la tutela en contra de los laudos arbitrales, en particular el referido a que la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales. Esto implica que la actuación probatoria del tribunal debe tener una entidad relevante y determinante en la afectación del derecho fundamental al debido proceso, en cuanto que la situación procesal de la parte resulte gravemente afectada por la conducta que se reprocha.

Esto implica que no cualquier omisión en cuanto a la valoración de alguna prueba configura un defecto con la entidad de afectar el derecho al debido proceso. En este sentido, en la Sentencia T-466 de 2011, al abordar este aspecto en relación con la justicia arbitral, se expresó:

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

Así las cosas, en sede de tutela, la valoración sobre la actuación probatoria de un tribunal

de arbitramento debe hacerse en relación con el fallo, y con la significación que tal actuación haya tenido en el sentido del mismo. No puede limitarse a un reproche aislado de la actuación probatoria en sí misma, pues la acción de tutela no es una instancia revisora de la etapa probatoria, lo que implicaría invadir la órbita de la competencia y desconocer la autonomía del tribunal de arbitramento y, luego, de la instancia de anulación. La acción de tutela, en cambio, está encaminada a hacer una valoración de carácter iusfundamental, para prevenir una afectación directa sobre los derechos fundamentales[54].

Bajo estos criterios, se pasará a verificar si, en el caso concreto, la acción de tutela interpuesta por Isagen satisface los requisitos generales de procedibilidad, y si se concreta alguna de las causales específicas de procedencia del amparo.

6. Caso concreto

Isagen interpuso la presente acción de tutela por considerar que, tanto el Tribunal de Arbitramento Internacional en el laudo arbitral que resolvió el conflicto contractual con el Consorcio Miel en relación con el contrato M-100, como la Sección Tercera del Consejo de Estado en la providencia que definió el recurso de anulación sobre dicho laudo, vulneraron su derecho al debido proceso en tanto que, por una parte, el Tribunal habría actuado sin competencia, habría desconocido los plazos del procedimiento y habría hecho una indebida aportación y valoración del material probatorio sobre el cual basó la tasación de perjuicios, y, por la otra, el Consejo de Estado no habría advertido esta vulneración y habría consentido en ello al no anular el laudo.

Para resolver el caso concreto, entonces, se pasará a verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la presente acción de tutela, en los términos previstos por la jurisprudencia constitucional y que se han expuesto en las consideraciones generales de esta providencia. Para el efecto es preciso tener en cuenta que el recurso de anulación propuesto por Isagen contra el laudo arbitral y resuelto en su oportunidad por el Consejo de Estado se tramitó cuando la normatividad aplicable al respecto era el Decreto 1818 de 1998.

6.1. Examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto

6.1.1. Como se ha señalado por esta Corporación, en el amparo contra providencias judiciales, la cuestión que se pretende resolver por vía de tutela debe tener evidente relevancia constitucional, por cuanto esta acción no tiene la finalidad de convertirse en otra instancia judicial o de reemplazar a las instancias ordinarias, sino que se orienta, exclusivamente, a resolver aspectos que trascienden las meras cuestiones legales, y que implican el desconocimiento de derechos fundamentales[55]. Tratándose de tutelas contra providencias judiciales o laudos arbitrales, el cuestionamiento en sede constitucional tiene como fundamento principal la pretensión en torno a afectaciones del derecho al debido proceso por parte del operador de la administración de justicia. En ese escenario, se impone que el juez de tutela, al evaluar la relevancia constitucional del asunto, verifique si se está efectivamente ante una posible violación del debido proceso, o si, por el contrario, por esa vía se pretende canalizar la intención de reabrir el proceso y de cuestionar el criterio que el fallador, dentro de su ámbito de autonomía, empleó para decidir.

En principio, advierte la Corte que en el presente asunto, cabe admitir la relevancia constitucional de los asuntos planteados a través de la acción de tutela, en la medida en que la tutelante efectivamente cuestiona aspectos relacionados con el derecho al debido proceso, como la competencia del órgano que profiere el laudo arbitral, su actividad probatoria y las reglas mismas del proceso. Todos estos asuntos, están dirigidos a plantear un debate de rango constitucional sobre aspectos que pueden afectar directamente un derecho fundamental, y no suponen, prima facie, una injerencia del juez de tutela en el margen de autonomía de los árbitros al resolver el fondo del litigio.

En este caso también se satisface este requisito, pues Isagen hizo uso del recurso de anulación ante el Consejo de Estado, y la Sección Tercera no encontró fundamento para anular el laudo. Advierte la Corte que de esta circunstancia, y dada la correspondencia entre los argumentos resueltos en el recurso de anulación y los expuestos en el escrito de tutela, se desprende que ya se ha hecho, dentro del trámite de anulación, una valoración detallada por parte del Consejo de Estado de la actuación in procedendo del Tribunal de Arbitramento que reprocha la tutelante. Esto, según lo visto en el acápite anterior, limita la actuación del juez de amparo, la cual, en principio, debe dirigirse a establecer si, frente a los cargos propuestos, el trámite del recurso de anulación se surtió de manera que se garantizase el derecho al debido proceso, o si, por el contrario, el juez de anulación incurrió en una conducta lesiva de tal derecho. Ello, a su vez, impone al tutelante la carga de, más

allá de reiterar los argumentos que, en su criterio fueron inadecuadamente resueltos en el trámite de anulación, mostrar los defectos en los que habría incurrido en dicha instancia.

6.1.3. En cuanto hace al requisito de inmediatez, observa la Corte que éste fue un asunto controvertido en el proceso de tutela por las empresas vinculadas al mismo, que consideraron que el aludido requisito no se satisfacía, toda vez que la acción de amparo fue interpuesta siete meses después de que se proferiera la providencia que resolvió el recurso de anulación, el día 29 de noviembre de 2012. Sin embargo, tal como lo señalan la tutelante y el Procurador General de la Nación, es importante tener en cuenta en el análisis de inmediatez, el hecho de que el 11 de diciembre de 2012, Isagen solicitó la aclaración y adición de la providencia que resolvió el recurso de anulación, petición que fue finalmente resuelta de manera negativa el 13 de febrero de 2013 y ejecutoriada el 20 de febrero del mismo año.

En relación con este requisito, si bien la jurisprudencia ha señalado que la acción de tutela no puede estar sometida a ningún término de caducidad, pues en los términos del artículo 86 de la Constitución, se puede interponer en “todo momento y lugar”[56], la Corte también ha establecido que la índole propia de la tutela como mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales impone que se deba interponer en un término razonable[57]. Le corresponde al juez hacer esta valoración, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso concreto, para establecer si el término transcurrido entre la ocurrencia del hecho generador de la amenaza o violación de derechos y la fecha en que se interpone la tutela, resulta razonable, y si existen o no motivos que justifiquen la inactividad de la persona afectada[58].

En este contexto, se observa que el caso objeto de revisión, aunque podría resultar dudoso si el término de siete meses es o no razonable, lo cierto es que en este lapso Isagen adelantó la solicitud de aclaración y corrección de la providencia que consideraba violatoria de su derecho fundamental, y en este sentido, se puede encontrar justificada su inactividad mientras esperaba que se resolviera un aspecto relacionado directamente con la providencia que posteriormente fue objeto de reproche en sede de tutela.

En consecuencia, no puede desconocerse que, más allá de los efectos que pueda tener esta solicitud de aclaración y corrección sobre la ejecutoria de la providencia que resolvió el

recurso de anulación, y que, de hecho, fue un tema discutido en el proceso de tutela, lo cierto es que, en el caso concreto, explica el porqué de la inactividad de Isagen por lo menos hasta el mes de febrero cuando se resolvió dicha solicitud. En estos términos, se debe tener en cuenta que, desde entonces hasta junio, cuando se interpuso la acción de tutela, trascurrieron poco más de cuatro meses, lo cual resulta, a todas luces, un término razonable que permite considerar satisfecha la inmediatez como requisito de procedibilidad general.

6.1.4. El siguiente requisito de procedibilidad hace referencia a que aquellas irregularidades procesales que se alegaron en el escrito de tutela, y que tengan un efecto decisivo o determinante en la providencia cuestionada. En el presente caso, la tutelante afirma que el Tribunal de Arbitramento desconoció las órdenes procesales fijadas por él mismo toda vez que (i) había cambiado, a favor de la parte convocante, los plazos de presentación del material probatorio y (ii) había incorporado al proceso un expediente paralelo al que Isagen no tuvo acceso.

Al respecto, es de tenerse en cuenta que, según el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a este requisito general de procedibilidad, no basta, para la sustentación del defecto procedimental, que se alegue el desconocimiento de ciertas normas procesales, pues, en caso de que en efecto haya ocurrido, de ello no se deriva, per se, una incidencia en la decisión adoptada en el laudo. Así, en el presente caso, de una parte, no resulta claro cómo el cambio de los plazos en favor de la demandante para recibir material probatorio repercute en la decisión final, o si la actividad allí adelantada fue determinante del sentido del fallo. Y, de otra parte, más allá del examen de veracidad sobre la alegación en el sentido que se tuvo en cuenta un expediente electrónico paralelo y oculto a Isagen, no se indicó cómo esto tuvo un efecto decisivo o determinante en el laudo. Observa la Corte que en la demanda de tutela no se da cuenta de que el tribunal se haya fundado en elementos probatorios que no estuviesen en el expediente físico, ni se alude a conclusiones que, por carecer de soporte probatorio en tal expediente, solo pudiesen explicarse por el acceso que el tribunal hubiese tenido a una fuente probatoria distinta y no conocida por Isagen.

Hace notar la Corte que este supuesto defecto fue planteado en el recurso de anulación y sobre el mismo se pronunció el Consejo de Estado, para indicar que la parte interesada no acreditó que las pruebas que consideraba ilegales hubiesen tenido incidencia en la decisión

que adoptó el Tribunal de arbitramento en el laudo objeto del recurso, toda vez que a pesar de que en la sustentación del cargo se afirmó que fue con respaldo en éstas que se soportó el laudo, lo cierto es que no se expusieron en manera alguna los razonamientos que así permitieran inferirlo, y esta era una carga argumentativa que correspondía a la parte recurrente.

Específicamente en relación con las pretensiones conforme a las cuales el Tribunal de Arbitramento habría permitido: (i) que la convocante aportara nuevos documentos por fuera del término previsto para ello, e (ii) incorporara un nuevo dictamen pericial, por fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal, el Consejo de Estado expresó: “[e]n lo que hace a los documentos que supuestamente fueron aportados por fuera del término dispuesto para ello, la parte interesada únicamente adujo que con éstos la convocante reformó y completó la demanda inicial y agregó nuevas pruebas y argumentos, sin embargo, no indicó cuáles eran esas nuevas pruebas y argumentos, así como tampoco señaló en qué incidieron en la decisión final adoptada en el procedimiento arbitral”. A su vez, en relación con la pretensión sobre la existencia de un expediente electrónico paralelo, el Consejo de Estado señaló que no resultaba posible establecer si las pruebas que se dice obraban en este sitio web eran distintas a las que ya obraban físicamente en el expediente. Agregó que, en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la sanción que se predica de la prueba obtenida con violación al debido proceso, es la exclusión de esa prueba, y “no la contaminación de todo el caudal probatorio”, de modo que sólo se viciaría todo el proceso si no existieran dentro del plenario otras pruebas válidas y determinantes para decidir.

A partir de esas consideraciones, concluyó el Consejo de Estado que “(...) dado que la parte interesada no argumentó ni acreditó que las pruebas a las que hizo referencia hubiesen tenido incidencia en el laudo arbitral objeto del recurso, este cargo tampoco está llamado a prosperar”.

De este modo, se observa que, no obstante que al resolverse el recurso de anulación, se hizo mención sobre la intrascendencia de dichos reproches, esta situación no fue aclarada en la demanda de tutela, dejando tales cuestiones en el estado de irregularidades por desconocer las órdenes procesales, pero sin que se hiciera precisión sobre sus efectos en la decisión final.

Reitera la Corte que el requisito de procedibilidad que es objeto de examen descansa sobre la consideración de que la acción de tutela no puede orientarse a examinar la mera legalidad de las actuaciones procesales, en la medida en que, si bien puede ocurrir que efectivamente haya habido un desconocimiento de las reglas del procedimiento arbitral, de lo que se trata con la acción de tutela, como mecanismo excepcional cuando se eleva contra providencias judiciales o laudos arbitrales, es de hacer un examen muy concreto sobre aspectos que resulten definitivos respecto a la violación de los derechos fundamentales. Y es en este sentido que se establece el presente requisito de procedibilidad general, dirigido a evaluar, no la legalidad del acto procesal, sino la trascendencia del mismo en cuanto tenga un efecto decisivo en el fallo.

Entonces, sobre el defecto procesal alegado, no se pasará a hacer un examen de fondo, toda vez que no satisface el requisito de procedibilidad general de haberse acreditado que el presunto vicio alegado hubiese tenido un efecto decisivo o determinante en el laudo.

6.1.5. Por otra parte, en este caso se encuentra satisfecho el requisito según el cual corresponde a la parte actora identificar los hechos que generan la violación del derecho, y que ello hubiera sido alegado en el proceso que se examina. Esto, en tanto que Isagen realiza una exposición completa de cuáles son los hechos que estima constitutivos de una violación al derecho al debido proceso, en relación, primero, con la interpretación normativa que indica que no existe competencia del Tribunal Arbitral por defectos orgánico y sustantivo, y, segundo, respecto a las omisiones probatorias que considera configuran un defecto fáctico.

6.1.6. Por último, se tiene que las providencias que se acusan no son sentencias de tutela, sino un laudo arbitral y un recurso de anulación.

6.2. Examen del cumplimiento de las causales especiales de procedibilidad en el caso concreto

Una vez superada la verificación de los requisitos generales, pasa la Corte a determinar si en el presente caso se configuran los defectos alegados por la tutelante y, en consecuencia, si se concreta una vulneración al debido proceso a cargo de las entidades demandadas.

Ahora bien, como se indicó en las consideraciones generales, tratándose de la acción de

tutela contra laudos arbitrales, la subsidiariedad determina que en el trámite del recurso de anulación, previamente se ha hecho un examen específico sobre los aspectos procesales de la actuación arbitral. Esta situación está dada por la correspondencia entre las causales de anulación que, de manera casi que general, pueden ser subsumidas por las causales específicas de procedibilidad que la jurisprudencia ha desarrollado desde la Sentencia C-590 de 2005.

Lo anterior implica que en algunos casos, como se observa en el presente asunto, cuando el reproche de tutela recae preponderantemente sobre el laudo arbitral, sin que se haga un cuestionamiento autónomo de la actuación del juez de anulación, de modo que, en general, los defectos alegados en sede de tutela coinciden con los ya resueltos por el Consejo de Estado en el recurso de anulación, es preciso advertir que al resolverse el recurso de anulación se concreta un examen de la garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite arbitral. En este orden de ideas, como antes ya se indicó, el proceso arbitral tiene una garantía propia en su procedimiento que procura por la protección de este derecho fundamental y que permite que, no obstante la separación voluntaria de la jurisdicción ordinaria, esta jurisdicción paralela continúe sometida al artículo 29 de la Carta Política.

En estos casos, el juez de tutela, a la hora de verificar las casuales especiales de procedibilidad, se encuentra con un examen previo realizado en el recurso de anulación, y, entonces, asume un rol de garante, como fiscalizador de que el juez que resolvió este recurso no haya advertido que en el laudo se incurrió en una afectación directa del derecho fundamental al debido proceso.

Es en tales términos que se puede entender lo sostenido por el juez que resolvió en primera y única instancia el presente amparo, quien señaló que los argumentos expuestos en sede de tutela coincidían con los presentados en la solicitud de anulación, y que ya habían sido resueltos. Así, llegó a afirmar que “el juez de tutela no puede entrar a ocuparse de un asunto que fue objeto del juez de la causa, en el entendido de que el juez natural no puede ser desplazado por el juez constitucional”.

De este modo, a diferencia de lo que consideró el juez que resolvió en primera y única instancia el presente amparo, para quien “el juez de tutela no puede entrar a ocuparse de un asunto que fue objeto del juez de la causa, en el entendido de que el juez natural no

puede ser desplazado por el juez constitucional”, es preciso anotar que el juez de tutela en casos como el presente, ejerce un control constitucional sobre la efectividad de la garantía que el ordenamiento jurídico ha previsto para el proceso arbitral en el trámite de anulación. Así, agotada por el afectado, la instancia de anulación sin que, en su criterio, se haya visto satisfecha su pretensión de protección de derechos fundamentales, cabe que el juez de tutela vuelva sobre los cargos planteados ante el juez de anulación, esta vez, desde una perspectiva constitucional, para, a través de un examen integral, que comprende la actuación del tribunal y la valoración que de la misma se ha hecho por el Consejo de Estado, se resuelvan la pretensiones de contenido iusfundamental.

En este sentido, corresponde a esta Corporación, como máximo juez de lo constitucional, verificar si en la providencia del Consejo de Estado que resolvió sobre las nulidades alegadas por Isagen, y que ahora son presentadas como vicios o defectos en el procedimiento, se tuvieron en cuenta las garantías que se derivan del derecho fundamental al debido proceso.

A continuación, entonces, se pasará a analizar los defectos alegados por la tutelante, a saber, los defectos orgánico y sustantivo que están referidos a argumentos de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, y el defecto fáctico, los cuales, como se ha dicho, fueron estudiados y desestimados en el recurso de anulación.

6.2.1. Defecto orgánico

Por otra parte, en segundo lugar, en su escrito de tutela, Isagen también plantea que la falta de competencia del tribunal se deriva de la circunstancia de que, debido a la naturaleza de las pretensiones, la demanda debía haberse presentado conjuntamente, de manera que todos los miembros del Consorcio Miel actuaran simultáneamente y de consuno como demandantes en el proceso arbitral contra Isagen, conformando un litisconsorcio necesario, lo que no habría ocurrido.

Dado que los hechos a partir de los cuales se pretende la existencia de un defecto orgánico fueron planteados, tanto ante el Tribunal de Arbitramento, como ante el Consejo de Estado en sede de anulación, para efectos de analizar el defecto propuesto, y de acuerdo con lo ya reiterado en esta providencia sobre la excepcionalidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, en este caso, al juez constitucional le corresponde examinar las respuestas que

se ofrecieron en dichas instancias, y, particularmente, si dentro del recurso de anulación ya se resolvieron los reproches de la tutelante, y en dicho trámite fueron garantizados sus derechos fundamentales.

Para tal efecto, resulta preciso tener en cuenta lo señalado en las consideraciones generales, en el sentido que, en materia arbitral, la competencia del fallador está determinada por dos aspectos: la voluntariedad, y el principio de kompetenz kompetenz. Lo que en el presente caso se concreta en la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria que Isagen y el Consorcio Miel suscribieron dentro del Contrato de Obra, y en que el propio Tribunal se haya considerado competente.

6.2.1.2. Tal como se aprecia en el aparte de antecedentes de esta providencia, el Tribunal de Arbitramento, una vez conformado, justificó su competencia ante las excepciones jurisdiccionales elevadas por Isagen en torno a que en el Otrosí no se había expresado el consentimiento de las partes por cuanto el Consorcio había modificado su composición inicial. El Tribunal entendió que la transferencia universal de ABB Sae Sadelmi SPA a Alstom Power Italia comprendió todos los contratos en los que la primera hacía parte, incluyendo el MI-100, por lo que se entendía que la segunda había tomado su lugar en el Consorcio Miel, no a título de cesión sino como resultado de esta transferencia universal, que, además, produjo efectos ipso iure

Sobre la existencia de error en la persona debido a que la composición del Consorcio Miel había cambiado, el tribunal advirtió que, efectivamente hubo una inexactitud al suscribirse el Otrosí No. 13, pues se presentó como parte del Consorcio a la empresa ABB Sae Sadelmi SPA, cuando en realidad ésta ya había transferido su unidad de negocio de generación de energía a la denominada Alstom Power Italia SPA. Sin embargo, indicó el tribunal, que en observancia del artículo 1512 del Código Civil, este error en la persona sólo tiene la entidad suficiente para provocar la nulidad del contrato cuando la consideración de la contraparte fuera la causa principal de la contratación, lo que no había ocurrido en el presente caso, toda vez que la voluntad de Isagen había sido la de suscribir la cláusula con los integrantes del Consorcio que participaron en la construcción de la obra y, en el caso italiano, con la sociedad perteneciente al grupo ABB/Alstom, que incorporaba la unidad empresarial de “Generación de Energía”, por lo que resultaba irrelevante que fuese la histórica ABB Sae Sadelmi S.P.A. o que, como consecuencia de la transmisión en bloque, hubiera pasado a

denominarse Alstom Power SPA. En tales términos, el tribunal concluyó que, se estaba ante un error simple de carácter formal, que no constituyó vicio del consentimiento por no afectar la voluntad de Isagen, y que, además, resultaba subsanable, como de hecho ocurrió con la ratificación que hizo la nueva empresa de las actuaciones cumplidas.

Frente al vicio en el consentimiento por dolo, al celebrarse el Otrosí No. 13, el Tribunal de Arbitramento consideró que Isagen no demostró suficientemente haber sido sometida a maquinaciones o engaños por parte del Consorcio, tendientes a ocultarle la sucesión empresarial, y que de haberla conocido no habría prestado su voluntad a celebrar el mencionado otrosí que modificó la cláusula compromisoria. Además, insistió el tribunal, en que los hechos negaron cualquier interés o la existencia de causas que impulsaran una actuación dolosa por parte del Consorcio para ocultar el negocio de sucesión empresarial, pues cuando se formalizó el Otrosí No. 13, la ejecución del contrato de obra ya se había terminado.

En este contexto, el Tribunal encontró justificada su competencia, en la voluntad de las partes expresada, tanto en la cláusula compromisoria del contrato original, como en el Otrosí No. 13. A este respectó añadió que, si en gracia de discusión, se aceptara la invalidez del Otrosí, ello no afectaría de modo alguno su competencia, pues en todo caso, continuaría en vigor la cláusula compromisoria tal y como fue pactada inicialmente.

Adicionalmente, el tribunal se refiere a otro de los reproches en relación con la falta de competencia del tribunal y que tuvo asidero en la afirmación de Isagen que no se había configurado el litisconsorcio necesario para la presentación de la demanda arbitral, toda vez que, de conformidad con la cláusula 30 del Contrato de obra que consagró la solidaridad e indivisibilidad de las obligaciones, era necesario que todas las empresas que componían el Consorcio concurrieran a presentar las reclamaciones propias del contrato. Al respecto, el tribunal sostuvo en el laudo que, en la medida en que Alston Power Italia SPA. había, finalmente, comparecido al proceso arbitral, se entendía que, en consecuencia, todos los integrantes actuales del Consorcio comparecieron al arbitraje, con lo cual la exigencia de la cláusula 30 se daba por satisfecha.

6.2.1.3. Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación, consideró, sobre la cláusula compromisoria, que las partes habían manifestado

su voluntad inequívoca de someterse a la justicia arbitral. Señaló, al respecto, que desde la suscripción del contrato, cuando se incluyó originalmente la cláusula compromisoria, las partes ya habían manifestado tal intención. Y, en el mismo sentido, la voluntad fue ratificada en el Otrosí No. 13, que sólo se ocupó de aspectos procedimentales sin modificar la sumisión de las partes al arbitramento.

En particular, el Consejo de Estado realizó un pormenorizado análisis en torno a la existencia de la cláusula compromisoria como presupuesto para establecer su propia competencia en el recurso de anulación. En efecto, la sentencia llevó a cabo el examen de la existencia del pacto arbitral, como presupuesto para avocar el conocimiento del recurso interpuesto, y encontró que en el contrato original se había incluido la cláusula compromisoria, modificada mediante Otrosí No. 13, todo lo cual no se había afectado por el negocio empresarial celebrado en Italia con anterioridad a la firma de dicho Otrosí. De manera que, para el Consejo de Estado, lo que había ocurrido es que para referirse a la sociedad italiana del grupo ABB, integrante del Consorcio, se utilizó su nombre histórico -ABB Sae Sadelmi S.p.A.- sin tener en cuenta que se había producido una operación societaria de aportación no dineraria de establecimiento, y que, como consecuencia de esta sucesión de empresa, Alstom Power Italia S.p.A. había quedado subrogada en la posición jurídica de la contratante original. A partir de ese análisis, concluyó que el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento del Consorcio y de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia S.p.A.

Como argumento adicional, el Consejo de Estado expresó que el representante del Consorcio había recibido el mandato de representar tanto al Consorcio Miel como a cada uno de sus integrantes individualmente considerados, "(...) luego, cuando suscribió el otrosí 13 en nombre y representación del Consorcio y de sus miembros, aún si se asumiera la hipótesis de que Alstom Power Italia S.p.A. no fuera parte para ese momento del Consorcio - tesis difícil de sostener en tanto que esta sociedad había recibido en bloque todos los negocios de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., incluida su participación en el Consorcio Miel, su vinculación al contrato MI 100 y a la respectiva cláusula compromisoria-, habría lugar a sostener que el representante del Consorcio, al suscribir el otrosí, lo que en realidad hizo fue estipular a favor de Alstom Power Italia en calidad de tercero, dado el carácter que esa sociedad tenía de beneficiaria de la transferencia en bloque del negocio de generación de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., pese a que formalmente

se hubiera mencionado a Sadelmi, sociedad que ya no existía para ese momento.”

En ese contexto, el Consejo de Estado pasó a pronunciarse, en primer lugar, sobre la solicitud de nulidad absoluta de la cláusula compromisoria, en relación con lo cual consideró que Isagen había presentado un conjunto de argumentos orientados a demostrar la inexistencia de la cláusula compromisoria, alegato que resultaba incompatible con un reproche de nulidad absoluta, que supone la existencia previa de un acto o de un contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse su validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez. En este sentido, no encontró el Consejo de Estado que se hubiesen formulado argumentos para atacar la validez del contrato contenido de la cláusula compromisoria, pues lo que en realidad se alegó fue ausencia de consentimiento —propio de la inexistencia, que no de la nulidad absoluta—. De este modo, para el Consejo de Estado no cabía encuadrar la pretensión de Isagen dentro de la causa legal de nulidad absoluta.

A renglón seguido, el Consejo de Estado abordó la solicitud de nulidad relativa que Isagen fundamenta en un error en la persona, en tanto que el contrato era *intuitu personae*, para señalar que esta característica no afectaba al Otrosí No 13, pues al suscribirse el mismo ya el contrato se había ejecutado; luego el argumento de la importancia de la selección objetiva carecía de sustento. Agregó el Consejo de Estado que la cláusula compromisoria, en general, goza de autonomía respecto al contrato, por lo tanto, ni la cláusula original ni el otrosí, resultaban afectados por esta condición. Puntualizó, finalmente, que en este caso no se había configurado una cesión no autorizada del contrato, pues la transferencia del negocio de energía de ABB Sae Sadelmi SPA, fue, primero, una transferencia y, luego, una escisión empresarial y que, en ese orden de ideas, se transfirió, tanto el Contrato, como su representación en el Consorcio y la cláusula compromisoria.

De este modo, para el Consejo de Estado, Isagen solo aportó argumentos dirigidos a demostrar la importancia de las sociedades que conformaban el Consorcio Miel para efectos de ejecutar y cumplir con el objeto del contrato MI 100, el cual, para la época en que se suscribió el otrosí 13 –julio de 2004–, ya se había ejecutado. Sin embargo, observa el Consejo de Estado, no se presentó una sustentación específica de la razón por la cual se habría viciado el consentimiento en relación con la cláusula compromisoria, toda vez que, como ya se había señalado, esta cláusula es autónoma respecto del contrato cuyas

controversias se pretenden resolver.

A partir de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado concluyó que el cargo debía ser desestimado, dado que la demandante en sede de nulidad no había acreditado que el presunto error en la persona alegado hubiere resultado determinante para la suscripción de la cláusula compromisoria y que dicho asunto no podía ser examinado de manera oficiosa por el juez de anulación.

Asimismo, el Consejo de Estado se refirió a que no se había configurado, por falta de acreditación, una actuación dolosa para ocultar la composición del Consorcio, más cuando la transferencia empresarial se realizó por medio de documento público. Expresó el Consejo de Estado que no se encontraba acreditado que se hubiere fraguado una maniobra fraudulenta para obtener el consentimiento de Isagen, el cual, además, en relación con la cláusula compromisoria, se había otorgado desde la suscripción del contrato MI-100. Agrega que es preciso tener en cuenta que la escritura de Conferimento se otorgó mediante un documento público ante notario en abril 29 de 1998, el cual fue inscrito en el Registro de las Empresas de Milán el 20 de mayo del mismo año y que los expertos en derecho italiano designados por las partes coincidieron en afirmar que, de conformidad con ese ordenamiento jurídico, una vez que se haya realizado la mencionada inscripción la transferencia adquiere eficacia erga omnes y, de acuerdo con el artículo 2558 del Código Civil Italiano, salvo que las partes convengan en contrario, el beneficiario sucede automáticamente al cedente en todos los contratos que no tengan el carácter de personales.

De este modo, para el Consejo de Estado, no solo no se acreditó el dolo, sino que, además, no resulta de recibo la pretensión según la cual una operación societaria que se inscribió o consignó en un registro público hubiera estado acompañada del propósito de engañar o de ocultar información o de mantener en secreto dicha operación y, menos aún, respecto de este proceso arbitral, al cual la sociedad Alstom Power Italia S.p.A, acudió sin pretensiones.

Puntualizó el Consejo de Estado que, por otro lado, no se presentaron argumentos que llevaran a sostener que de haber conocido la ocurrencia de la transferencia la ahora recurrente no habría accedido a convenir modificaciones respecto de la cláusula

compromisoria, presupuesto indispensable para que un supuesto dolo se erija en vicio del consentimiento.

En consecuencia, para el Consejo de Estado, la causal de nulidad relativa en razón del alegado dolo no estaba llamada a prosperar.

De todos modos, el Consejo de Estado expresó que, no obstante que estimaba que la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., sí otorgó su consentimiento en relación con la modificación de la cláusula compromisoria, “(...) aún si se aceptase la tesis de la recurrente de que esta sociedad no habría concurrido a la suscripción del otrosí número 13 y no se hubiere vinculado a través de esta modificación, habría que concluir que sí lo hizo por la vía de la cláusula original, en virtud de la transmisión en bloque del negocio de generación de energía, el cual, como antes se analizó, también incluyó el contrato MI 100.” En ese sentido, desde el momento mismo en que se suscribió la primera cláusula compromisoria se habría expresado la voluntad de los miembros del Consorcio de acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias derivadas del contrato MI-100, lo cual vincula a la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., excepto en lo referente al procedimiento previo fijado en la modificación para acudir al procedimiento arbitral, circunstancia esta última que, sin embargo, no tenía la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la jurisprudencia, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales.

Por otra parte, en la sentencia que resolvió sobre el recurso de nulidad, el Consejo de Estado también se pronunció sobre la pretensión de Isagen conforme a la cual los miembros del consorcio debían haber concurrido al proceso bajo la figura del litisconsorcio necesario y que, en consecuencia, habría sido necesario que la sociedad ABB Sae Sadelmi SpA, hubiese intervenido en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y que, al no haber ocurrido así, éste se habría integrado en indebida forma.

Sobre este particular puntualizó el Consejo de Estado que el tema de la legitimación en la causa por activa de las sociedades convocantes fue estudiado y resuelto por el Tribunal de Arbitramento, el cual concluyó que tanto aplicando el Derecho colombiano, como el italiano, la sociedad italiana del grupo ABB integrante del Consorcio necesariamente debía ser

Alstom Power Italia S.p.A., razón por la cual el Tribunal decidió que “(...) el Consorcio Miel queda constituido por Constructora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominado Alstom Hydro Energia Brasil Ltda.) y Kvaerner Energy A.S. formando también parte de ella Alstom Power Italia S.p.A., firmante histórico del contrato.”

Previamente había señalado el Consejo de Estado que, en este caso, el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento del Consorcio y de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia S.p.A., en virtud tanto de la cláusula compromisoria suscrita con el contrato MI-100, como de la modificación efectuada el 6 de julio de 2004.

6.2.1.4. En este contexto, y teniendo en cuenta lo dispuesto en las consideraciones generales respecto a que el proceso arbitral cuenta con un examen de procedibilidad natural en virtud del recurso de anulación, encuentra la Sala que el Consejo de Estado, realizó un examen completo sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento, en el que se pudo determinar que, conforme con el artículo 116 de la Constitución Política, las partes manifestaron su voluntad de someterse a la justicia arbitral, tanto al momento de suscribir el Contrato de obra MI-100 en la cláusula compromisoria original, como en su modificación en el Otrosí No.13. Además, también se observa que en el análisis del recurso de anulación, el Consejo de Estado abordó cada uno de los reproches y argumentos en torno a los criterios de voluntariedad y de kompetenz-kompetenz, al tener en cuenta las razones del Tribunal de Arbitramento para asumir la competencia y determinar su alcance.

Así pues, tanto en el proceso arbitral, como, luego, a partir de la valoración que hizo el Consejo de Estado, se concluyó de manera completa y razonable que las partes habían manifestado su voluntad de definir sus controversias mediante la justicia arbitral y habían otorgado competencia al Tribunal que las resolvió. En tal sentido, se consideró establecido, no sólo que esa había sido la voluntad original de las partes en el contrato de Obra, sino que el Otrosí No. 13, fue un acto jurídico existente, que modificó un contrato previo que y reunía los elementos para su existencia: consentimiento, objeto y causa.

A partir del recuento realizado, la Corte concluye que, (i) no puede decirse que el tribunal haya pasado por alto las objeciones jurisdiccionales planteadas por Isagen y que, (ii) esa circunstancia fue suficientemente analizada por el Consejo de Estado en el fallo del recurso

de anulación.

A partir de ese examen, en dichas instancias se concluyó que no había habido una afectación del carácter intuitu personae del contrato MI 100, en el evento de que tal condición resultase aplicable, por cuanto para la fecha de suscripción del Otrosí No 13 ya el contrato se había ejecutado, y en todo caso la cláusula compromisoria es autónoma en relación con el contrato principal. También se tuvo en cuenta que, no obstante que el contrato MI 100 estaba sujeto a la ley colombiana, tal previsión no se extendía a los actos societarios que tuviesen lugar en Italia en relación con uno de los integrantes del consorcio y que implicasen la transmisión en bloque de un patrimonio empresarial, los cuales se regían por la legislación italiana, y en el caso concreto del conferimento realizado por ABB Sae Sadelmi S.p.A., el mismo tenía efectos erga omnes y no requería el previo consentimiento de Isagen.

A partir de las anteriores premisas, tanto el Tribunal como el Consejo de Estado concluyeron que el Otrosí No 13 había sido válidamente celebrado, que no cabía predicar la inexistencia o la nulidad del mismo y que a él se encontraba vinculada Alstom Power Italia S.p.A., como sucesora de ABB Sae Sadelmi S.p.A. Adicionalmente se tuvo en cuenta que dicha sociedad había concurrido al arbitramento de manera posterior aunque sin pretensión propia, lo cual disipaba toda duda en torno a la legitimación para acudir al arbitraje.

Una atenta consideración de los argumentos a partir de los cuales se llegó a las anteriores conclusiones, permite a la Corte advertir que no obstante la posibilidad de presentar interpretaciones alternativas, como las que plantea Isagen, no se observa que el Tribunal o el Consejo de Estado hubiesen desconocido los principios constitucionales que informan la justicia arbitral ni que su actuación hubiese convalidado la existencia de un defecto orgánico en la actuación del Tribunal.

En consecuencia, a partir de todo lo dicho, no se encuentra que de manera alguna se haya violado el derecho al debido proceso por cuanto quedó plenamente justificada la competencia del Tribunal de Arbitramento, y sobre ello el Consejo de Estado, como juez natural, a la hora de examinar el laudo arbitral, procedió a abordar cada uno de los reproches y argumentos respecto a la voluntariedad y el principio de kompetenz-kompetenz, frente a lo cual, si bien es posible mantener desacuerdos o adoptar distintas

interpretaciones, no se encuentra que la posición y argumentación realizada por el Consejo de Estado haya desconocido derechos fundamentales.

Así las cosas, no corresponde, por medio de la acción de tutela, remplazar al juez natural[59] quien, en virtud de la autonomía que le caracteriza, puede llegar a conclusiones, de varias posibles, acordes con la Constitución y con la ley, pero que, sin embargo, no sean compartidas por las partes. Lo cual tampoco implica que se excluya la función del juez de amparo de hacer un análisis iusfundamental dirigido, no a imponer una nueva interpretación o a hacer un examen paralelo omitiendo lo dicho por el juez natural al ejercer su competencia, sino a evaluar que se hayan respetado las garantías procesales, que el fallo responda a criterios acordes con la Constitución y la ley, y que su decisión se haya fundamentado suficientemente.

Y así ocurrió en el presente asunto, en el que el Consejo de Estado abordó la cuestión relacionada con la competencia a partir de los elementos que la componen y la determinan en materia arbitral, llevando a cabo una sustentación suficiente y razonable de por qué el Tribunal Arbitral tenía competencia en el presente asunto.

6.2.2. Defecto sustantivo

6.2.2.1. Por otra parte, la accionante fundamenta el defecto sustantivo, como complemento del defecto orgánico, en la consideración de que el Tribunal de Arbitramento habría omitido sustentar debidamente su competencia, al no dar una respuesta en relación con los cuestionamientos que tenían que ver con su falta de consentimiento al arbitraje. Alega la accionante que, no obstante que presentó nueve argumentos en ese sentido, ninguno de ellos fue considerado de manera seria por el tribunal arbitral o por el Consejo de Estado. En particular, sostuvo que el Tribunal y el Consejo de Estado omitieron referirse a, (i) que el contrato tenía el carácter de *intuitu personae*, por lo tanto no era admisible que se cambiaran las empresas del Consorcio, (ii) que el negocio italiano Conferimento di complesso aziendale por el cual ABB Sae Sadelmi SPA., transfirió su unidad de negocio de generación energía a Alsom Power Italia SPA, no era oponible a Isagen, ni era motivo para incumplir la cláusula 29 del Contrato de obra que supeditó la cesión de la posición contractual a la aceptación de Isagen; y, por último, (iii) que se indujo con dolo a Isagen a creer en una distinta composición del Consorcio, con lo cual no se tuvo en cuenta que había

un error en la persona al suscribirse la cláusula compromisoria.

Para esta Sala, las anteriores alegaciones se pueden incluir en las razones que han justificado el defecto sustantivo cuando se trata de tutela contra laudos arbitrales, al que ya se hizo referencia en las consideraciones generales, cuando el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable, en lo que respecta, para el caso concreto, a la alegación de la tutelante sobre la carencia de motivación del Tribunal de Arbitramento sobre su competencia. Ahora bien, no obstante que sobre estas cuestiones ya se hizo referencia en el numeral anterior, resulta pertinente volver sobre algunos aspectos con mayor énfasis.

6.2.2.2. Para la Corte no es de recibo la afirmación conforme a la cual el tribunal habría pasado por alto las objeciones jurisdiccionales planteadas por Isagen. Por el contrario, lo que se aprecia al revisar el expediente es que el Tribunal hizo un pormenorizado análisis de esta materia a partir de un detallado recuento fáctico y un subsiguiente análisis a la luz del derecho italiano y del derecho colombiano. La circunstancia de que Isagen no comparta las conclusiones a las que arribó el tribunal no puede llevarla a desconocer esa realidad.

En efecto, el tribunal se pronunció sobre las nueve objeciones jurisdiccionales presentadas por Isagen, las cuales agrupó en dos: (i) Aquellas que afectan la legitimación activa de la demandante y (ii) Aquellas que afectan la existencia o validez del convenio arbitral.

(i) Respecto del primer grupo, y en cuanto tiene que ver con los cuestionamientos presentados en sede de tutela, el Tribunal concluyó que en relación con la afectación del negocio en razón del Conferimento di complesso aziendale por el cual ABB Sae Sadelmi SPA., transfirió en Italia su unidad de negocio de generación de energía a Alstom Power Italia SPA, de acuerdo con el derecho italiano, Isagen carecía de justa causa para oponerse a la transferencia de la unidad empresarial de “Generación de energía” y que en virtud del Conferimento había ocurrido la transferencia del contrato y Alstom Power Italia había sucedido válidamente en él a ABB Sae Sadelmi S.p.A. Agrega que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, se distingue entre cesión de un contrato y transmisión en bloque de un patrimonio y señaló que “la cláusula 29ª del Contrato exige autorización de la Propietaria para la cesión de un contrato, pero no para una operación societaria que conlleve a transmisión en bloque de un haz de contratos”[60]. De este modo, para el

Tribunal, el negocio italiano encontraba su correspondiente en el derecho colombiano en la transferencia en bloque de activos y pasivos de una empresa, según lo estipulado en el artículo 525 del Código de Comercio. Así las cosas, esta transacción producía efectos ipso iure sobre el bloque transferido, incluyendo el Contrato MI-100.

Agregó el Tribunal que, ante problemas jurídicos tan complejos, que comportan el análisis de los efectos de un conferimento di complesso aziendale con posterior fusión por absorción en Italia, sobre un contrato sujeto a Derecho colombiano, con pacto de non cedendo, la pregunta clave es si la Propietaria ha sufrido algún perjuicio como consecuencia de los actos societarios acaecidos en Italia, y la respuesta es negativa.

Además, sostuvo el Tribunal, que Isagen consintió en que durante todo el desarrollo de la obra, la facturación del grupo ABB se presentara por la sucursal en Colombia de la filial brasilera del grupo sin que el negocio italiano haya afectado la relación contractual. Continuó señalando que a lo anterior se agrega el hecho que Alstom Power Italia S.p.A. ha concurrido voluntariamente al proceso, a pesar de no tener ninguna reclamación frente a Isagen, a efecto de suplir cualquier hipotético vicio en la conformación de la parte actora, lo que permite concluir la buena fe y refuerza la conclusión alcanzada por el Tribunal de Arbitramento en el sentido que tanto en el derecho colombiano como en el italiano la sociedad italiana del grupo ABB integrante del Consorcio necesariamente debe ser Alstom Power Italia S.p.A..

(ii) Respecto del segundo grupo de objeciones jurisdiccionales, el tribunal concluyó, en primer lugar, sobre la inexistencia del pacto arbitral, que el Otrosí 13 es un contrato de novación que modifica un contrato preexistente y reúne los elementos para su existencia: consentimiento, objeto y causa. Expresó que lo que había ocurrido es que para referirse a la sociedad italiana del grupo ABB, integrante del Consorcio, se había utilizado su nombre histórico -ABB Sae Sadelmi S.p.A.- sin tener en cuenta que se había producido una operación societaria de aportación no dineraria de establecimiento y que como consecuencia de esta sucesión de empresa, Alstom Power Italia S.p.A. había quedado subrogada en la posición jurídica de la contratante original.

En segundo lugar, sobre el error como vicio del consentimiento, el Tribunal señaló que Isagen quería contratar con los integrantes del Consorcio que habían participado en la

construcción de la obra. En el caso italiano, con la sociedad del grupo ABB/Alstom responsable de la ejecución y el cumplimiento del Contrato. Es decir, con la sociedad que incorporara la unidad empresarial 'Generación de Energía'. Que esa filial italiana fuese la histórica ABB Sae Sadelmi S.p.A. o que, como consecuencia, de una transmisión en bloque, hubiese pasado a denominarse Alstom Power Italia S.p.A., no puede haber sido un factor decisivo para que Isagen diera su consentimiento. Puntualizó, además, que la novación había tenido un carácter instrumental y jurídico, puesto que el núcleo duro de la cláusula arbitral original había permanecido inalterado, dado que las modificaciones introducidas tenían una trascendencia menor. En esas condiciones, para el Tribunal no resultaba convincente el argumento de que Isagen únicamente hubiera consentido a estas modificaciones si una de las sociedades que componía el Consorcio Miel era ABB Sae Sadelmi y no Alstom Power Italia.

Finalmente, en cuanto hace al dolo como vicio del consentimiento, el Tribunal expresó que era preciso tener en cuenta que la carga de la prueba del dolo incumbe a quien lo alega, y que Isagen no había aportado indicio alguno que sustentase su alegación. Por el contrario, para el Tribunal, los hechos probados conducían a que no se tuviera como acreditado que la conducta del Consorcio pudiese ser calificada como dolosa. Agrega que no puede pasarse por alto que cuando se formalizó el Otrosí 13, la ejecución del Contrato había terminado, quedando únicamente pendientes de resolver las reclamaciones recíprocas de las partes y que, en ese contexto, no se ve cuáles pudieran haber sido las causas que impulsaran al Consorcio a ocultar maliciosamente que en Italia se había producido una sucesión de empresa, y que la unidad empresarial "Generación de Energía" había pasado a estar encuadrada en otra empresa italiana del grupo. Pone de presente que, además, fue el Consorcio el que reveló a Isagen que se había producido la sucesión entre ABB Sae Sadelmi S.p.A. y Alstom Power Italia S.p.A. y el que quiso resolver la situación, cediendo la posición a la filial brasileña del grupo, Alstom Brasil Ltda. – conducta que mal se compagina con una imputación de dolo.

A manera de argumento adicional, el Tribunal expresó que, si en gracia de discusión, el otrosí 13 fuese nulo, la consecuencia no sería la de que no existiría pacto arbitral, sino que continuaría en vigor la cláusula arbitral, tal como había sido pactada por las partes en el contrato.

A partir de las anteriores consideraciones, el Tribunal decidió que el Consorcio Miel quedaba constituido por “(...) Construtora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominado Alstom Hydro Energia Brasil Ltda.) y Kvaerner Energy A.S. formando también parte de ella Alstom Power Italia S.p.A., firmante histórico del contrato.”

Agregó el Tribunal que el hecho de que Alstom Power Italia S.p.A hubiese concurrido al arbitraje, disipaba toda posible duda en relación con la cláusula 30 del contrato, por virtud de la cual las obligaciones de la Propietaria solo podían ser exigidas conjuntamente y de común acuerdo por las personas que conforman el contratista, dado que los cuatro integrantes actuales del consorcio habrían comparecido al arbitraje.

A partir del anterior conjunto de consideraciones, el Tribunal desestimó las objeciones jurisdiccionales y, “... al amparo del art. 6.2. del Reglamento CCI, declar(ó) su competencia para dirimir las pretensiones articuladas por los demandantes en la Demanda y por la Demandada en su Reconvención.”

6.2.2.3. A estas luces, lejos de una omisión en la argumentación respecto a la sustentación sobre su competencia, se encuentra que el Tribunal le dio a los temas un tratamiento detallado, de modo que, los cargos de Isagen están dirigidos a expresar, en sede de tutela, el desacuerdo con los argumentos que sirvieron de sustento a un fallo que le perjudica. Y, al respecto, ya se indicó en las consideraciones generales, a la luz de la jurisprudencia constitucional que la acción de tutela contra providencias judiciales no puede estar sustentada en el simple desacuerdo respecto de las razones que los árbitros tuvieron para decidir, pretendiendo, con ello, hacer de la acción de amparo una instancia judicial adicional. Esto, con más razón en materia arbitral, pues se enfatiza la voluntad de las partes para apartarse de la justicia ordinaria y someterse a lo fallado por el Tribunal de Arbitramento, a sabiendas de que no se cuenta con recursos como la apelación, para controvertir el fondo del laudo.

Así mismo, es posible concluir que de la lectura del laudo no se desprende que el tribunal arbitral haya sostenido que el principio constitucional de voluntariedad no aplica cuando de su violación no se deriva un daño para la parte demandada. Para la Corte es claro que el Tribunal hizo un detenido análisis sobre la legitimación de la demandante en el proceso

arbitral, sobre la existencia del pacto arbitral y sobre la ausencia de vicios invalidantes de la voluntad y que, a partir de ese análisis, afirmó su competencia. Del hecho de que, al concluir su estudio, se haya remitido a los principios de buena fe y trato justo como informadores del comercio internacional y que haya señalado que, en ese contexto la pregunta clave era si la Propietaria había sufrido algún perjuicio como consecuencia de los actos societarios acaecidos en Italia, no puede derivarse que haya prescindido de considerar el principio de voluntariedad como presupuesto ineludible de la justicia arbitral. Por el contrario, todo el esfuerzo argumentativo del Tribunal apunta a establecer la existencia de un pacto arbitral carente de vicios y una adecuada convocatoria como presupuesto de su competencia, conclusión que se refuerza al analizar los hechos a la luz del principio de buena fe.

De todo lo expuesto es posible concluir que no tiene asidero el cargo conforme al cual el Tribunal no habría sustentado su competencia en ejercicio del principio Kompetenz-Kompetenz.

6.2.2.4. Tampoco encuentra la Corte que pueda afirmarse que el Consejo de Estado haya descartado sin fundamento el estudio de la inexistencia y la nulidad absoluta del pacto arbitral.

Como ya se ha señalado, la Sección Tercera se pronunció respecto de la existencia de la cláusula compromisoria, como presupuesto para conocer del recurso de nulidad. En efecto, en la página 42 de la sentencia se expresó que la Sala examinaría la existencia, o no, del pacto arbitral en el presente caso, toda vez que el mismo se constituye en un presupuesto para avocar el conocimiento del recurso interpuesto. Agregó que se analizaría si le asiste, o no, razón a la entidad pública recurrente en su afirmación de que el consorcio contratista en el pacto arbitral no otorgó su consentimiento, dado que al momento de suscribir el otrosí modificatorio, en julio 6 de 2004, las sociedades que lo suscribieron no eran las mismas que celebraron el contrato. A partir de ese análisis, concluyó que en este caso, el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento del Consorcio y de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia S.p.A., en virtud tanto de la cláusula compromisoria suscrita con el contrato MI-100, como de la modificación efectuada el 6 de julio de 2004.

La Sección Tercera también analizó la pretensión de nulidad absoluta por falta de consentimiento en la suscripción y modificación de la cláusula compromisoria, pero concluyó que debía denegarse, por las razones que ya se expusieron en esta providencia. Lo propio ocurrió en relación con las pretensiones referidas a la nulidad relativa por error o por dolo.

Así mismo, el Consejo de Estado señaló que, al haberse superado las objeciones que tenían que ver con el consentimiento y al haberse establecido que el Consorcio debía tenerse como constituido por Constructora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominado Alstom Hydro Energia Brasil Ltda.) y Kvaerner Energy A.S. formando también parte de ella Alstom Power Italia S.p.A., firmante histórico del contrato”, no había existido un vicio en la legitimación para convocar al tribunal de arbitramento.

Frente a la afirmación de Isagen en el sentido de señalar que con la teoría del Consejo de Estado, respecto a la estipulación por otro se pasaba por alto el mandato constitucional de la voluntariedad de las partes, es preciso advertir que este argumento se presentó por la Sección Tercera como razón adicional, después de haber sustentado la existencia de la cláusula compromisoria y la ausencia de un vicio invalidante, luego no cabe señalar que se haya desconocido el principio de voluntariedad, por la inclusión de un argumento adicional. De hecho, el Consejo de Estado, en la Sentencia, hace reiterada alusión a ese principio, y concluye que no fue desconocido, a partir del análisis de los elementos fácticos relevantes.

De este modo, concluye la Corte que tampoco en relación con la actuación del Consejo de Estado cabe predicar la existencia de un vicio por indebida motivación o por haber dejado de considerar asuntos que eran relevantes para la solución del caso.

Bajo estos supuestos, en el presente caso se aprecia que en el recurso de anulación ya se realizó un examen sobre la suficiencia en la argumentación a cargo del Tribunal de Arbitramento en lo que concierne a su competencia, y no se hallan, en sede de tutela, elementos que permitan desconocer la decisión del juez natural y primer encargado de garantizar el derecho al debido proceso. En su providencia, el Consejo de Estado pasó a examinar aspectos de fondo sobre el Contrato de Obra y concluyó que el Tribunal justificó suficientemente su competencia, toda vez que, como ya se mencionó más arriba, éste

procedió a abordar los reproches que sobre la cláusula compromisoria formuló Isagen.

En estos términos, se encuentra que la valoración que hizo el Consejo de Estado fue respetuosa de la garantía del derecho al debido proceso en cuanto que el Tribunal de Arbitramento, efectivamente, se refirió sobre: la validez de la cláusula compromisoria y al hecho de que el Otrosí No. 13 no se veía afectado por la transferencia empresarial que se realizó en Italia; la posibilidad de que la nueva empresa hiciera parte del Consorcio, sin necesidad de cesión contractual; y respecto a la presunción de la buena fe y el trato justo en el derecho internacional. Aspectos que no fueron los únicos que argumentó el Tribunal y que, además, fueron también confirmados y ampliados por el mismo Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación.

En todo caso, un análisis de este calibre, realizado adecuadamente por el Consejo de Estado, desborda la competencia del juez de amparo en los procesos de tutela contra providencias judiciales, y en concreto cuando se trata de laudos arbitrales que se caracterizan por una autonomía reforzada en sus decisiones. De modo que no se configura un defecto sustantivo, toda vez que como se indicó antes, y lo constató el juez natural en el recurso de anulación, no se observa una omisión en la argumentación en lo que respecta a la competencia del Tribunal, quien abordó distintos argumentos, además de los que Isagen considera omitidos, sólo que no fueron acogidos en los términos y en el sentido que la tutelante pretendía.

6.2.3. Defecto fáctico

Finalmente, esta Sala se ocupa del defecto fáctico alegado por Isagen, en razón a que el Tribunal de Arbitramento la habría condenado al pago de unas indemnizaciones incurriendo en omisiones probatorias, y que en el recurso de anulación, estas omisiones no se habrían considerado trascendentes, toda vez que, equivocadamente, se habrían apreciado aisladamente, siendo que, estimadas en conjunto, representaban un elemento determinante para la decisión final. Al respecto, la tutelante señaló que este defecto se derivaba de (i) que no se hubiese decretado, no obstante que se solicitó, una inspección judicial al sitio de la obra; (ii) que el Tribunal hubiese omitido solicitar la exhibición de documentos que permitían cuestionar los sobrecostos; y, por último, (iii) que no se hubiese excluido, tanto el material probatorio que el Consorcio aportó por fuera del término legal,

como un expediente paralelo que Isagen no conocía y que se basaba en información extraída de la página web del mismo Consorcio.

6.2.3.1. De manera previa al análisis de este cargo, cabe recordar que en el acápite de consideraciones generales, al hacer un recuento sobre el principio de subsidiariedad, se hizo alusión a la circunstancia de que, tratándose de tutela contra laudos arbitrales, puede darse una correspondencia material entre el recurso de anulación y la acción de tutela, como mecanismos destinados a garantizar el derecho al debido proceso, lo cual supone que el juez de tutela cuente con el examen previo a cargo del juez natural que el legislador destinó para examinar y, en tal caso, hacer cumplir las garantías procesales.

A este respecto cabe señalar que para que sea posible resolver de fondo el asunto en sede de tutela, no basta con reiterar las acusaciones formuladas en el recurso de nulidad, de manera que se pretenda un pronunciamiento de tutela en paralelo, que sustituya lo decidido por el juez natural, o que se busque convertir a la acción de tutela en un instrumento de revisión de lo actuado por el juez de anulación. Por esta razón se requiere que en la acción de tutela se muestre que la valoración de los elementos fácticos y probatorios realizada por el Consejo de Estado como juez de nulidad fue claramente inadecuada o insuficiente. De ello se desprende, también, que en razón de la subsidiariedad, no cabe enmendar en tutela lo que habiendo podido y debido hacerse en el proceso de nulidad no se hizo. Así el accionante en tutela tendría que mostrar que, no obstante que se acreditó en sede de nulidad la existencia y la relevancia de los vicios, el Consejo de Estado, arbitrariamente, descartó la pretensión. Pero no cabe aspirar a que en sede de tutela se realice un análisis sobre aspectos probatorios que tuvieron su oportunidad procesal para ser controvertidos, y no se hizo, o volver sobre aquellos que ya fueron resueltos sin que haya sido demostrada una motivación insuficiente o inadecuada.

En este contexto, se observa que la causal de nulidad contenida en el numeral cuarto del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998[61], y el defecto fáctico que también aquí fue relacionado en las consideraciones generales, buscan prevenir que el juzgador excluya pruebas o no las valore, cuando éstas resultan relevantes en la decisión. De manera que en ambos casos no se hace un examen de la actividad probatoria en abstracto, sino que se reconoce la autonomía que caracteriza el proceso judicial y sobre todo el arbitral, en el que los falladores pueden hacer una clasificación y ponderación del material fáctico necesario.

De lo que se trata, entonces, es de que no se cometan omisiones o se realicen valoraciones que se salgan de los cauces razonables y que tengan la facultad, por su trascendencia en la decisión final, de afectar el derecho al debido proceso de alguna de las partes.

6.2.3.2. En este caso los defectos fácticos alegados por la tutelante fueron planteados como causal de nulidad ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, Corporación que, al resolver el recurso de anulación, encontró razonable la posición del Tribunal de Arbitramento que había justificado las omisiones alegadas por Isagen en la medida en que estimaba que los elementos probatorios con los que ya contaba eran suficientes, y puntualizó, además, de manera general, que la empresa no había justificado la relevancia de las omisiones alegadas en tanto que hubiesen sido determinantes de la decisión final. Así, el Consejo de Estado analizó cada uno de los defectos planteados en sede de nulidad, mostrando cuál había sido la justificación de la actuación del Tribunal de Arbitramento, y concluyó que en ningún caso se había configurado la causal de nulidad invocada.

Así, (i) en relación con la inspección judicial, el Consejo de Estado observó, por una parte, que el Tribunal había hecho expresa valoración a las partes en una audiencia, en la que les indicó que, dada la claridad de los hechos, la inspección no era necesaria por el momento, pero que de serlo la practicaría más adelante, a lo que éstas asintieron, y, por otra, que en la alegación de Isagen no se concretó el requisito conforme al cual era preciso acreditar la incidencia de la omisión de la práctica probatoria en la decisión adoptada en el laudo.

En segundo lugar, (ii) sobre la alegación de que el Tribunal había omitido practicar las diligencias necesarias y requerir al Consorcio la presentación de documentos que Isagen había reclamado, el Consejo de Estado precisó que, si bien estas pruebas habían sido solicitadas por Isagen, y efectivamente el Tribunal no las había practicado, no se encontraba, de nuevo, que la recurrente en anulación hubiera demostrado la incidencia que tuvo la ausencia de las mismas en la decisión adoptada en el laudo.

Finalmente, (iii) respecto a la inclusión de pruebas por fuera de los términos establecidos por el mismo Tribunal y el supuesto expediente paralelo, también el Consejo de Estado indicó que no se había encontrado, ni Isagen lo había sustentado, cómo tales materiales incidieron trascendentalmente en el sentido del fallo. De modo que, en relación con el material probatorio que el Tribunal de Arbitramento aceptó recibir extemporáneamente,

Isagen no había discriminado cuáles elementos, y de qué manera, consideraba que habían sido definitivos en la decisión. De otra parte, referente al material probatorio contenido en la página web, el Consejo de Estado señaló que no era posible establecer si el contenido de este material no constaba ya en el expediente físico, o si era distinto, de lo cual, tampoco era posible concluir si esta información había influido en el laudo.

6.2.3.3. En sede de tutela, Isagen reiteró el cargo relacionado con los defectos probatorios, tanto por la vía del defecto procedimental como por la del defecto fáctico, pero, tal y como ya se explicó en el acápite pertinente, el defecto procedimental alegado no superó el examen de los requisitos de procedibilidad general, razón por la cual la Corte restringe sus consideraciones en este apartado al defecto fáctico.

Sobre este particular, en el escrito de tutela se arguyeron como defectos fácticos los mismos vicios probatorios que fueron llevados al recurso de anulación, añadiendo un reproche general sobre la actuación del Consejo de Estado, que los había considerado intrascendentes en la decisión arbitral, porque, según la tutelante, de manera equivocada los había apreciado aisladamente, cuando su trascendencia se derivaba de un análisis en conjunto. Sin embargo, es posible observar que la tutelante no demostró la trascendencia que tales defectos fácticos tuvieron en la decisión adoptada en el laudo arbitral, y para tal efecto, se hace una referencia general a cada uno de ellos:

6.2.3.3.1. Isagen afirma que solicitó una inspección judicial al sitio de la obra, pero que la misma no fue decretada por el Tribunal de Arbitramento, con lo cual se impidió que se pudieran conocer las reales condiciones de la misma obra y el tipo de problemas que se hubieran podido, o no, presentar en sus diferentes etapas. Esto significó, entonces, que no se le permitiera desvirtuar los reclamos programáticos hechos en la demanda. Además que, en el sentir de Isagen, el Consejo de Estado se había limitado a convalidar la decisión del Tribunal de Arbitramento con el argumento de que había sido debidamente justificada.

Tales afirmaciones, sin embargo, resultan generales y abstractas en relación con las pretensiones y reclamos programáticos de la demanda arbitral, que se referían a aspectos muy puntuales y sobre los que no se indicó en qué consistió el defecto fáctico a cargo del tribunal o, posteriormente, del Consejo de Estado. Al respecto, se puede observar que las

pretensiones presentadas en la demanda consistían en solicitar el reconocimiento de mayor plazo para la ejecución total del contrato y de cada actividad, a raíz de las actividades que no fueron objeto de renuncia en el ACC No. 1, o que fueron impactados por eventos posteriores a la fecha de corte del mismo[62]. Aspectos sobre los que no se concretó el reproche fáctico alegado en sede de tutela.

De hecho, el laudo arbitral examinó cada uno de estos aspectos, los efectos del ACC No. 1, analizó los 163 reclamos (relacionados con la Cantera Puente 2, el Pozo de cables, el Túnel de fuga, la Central subterránea, la presa y llenado de embalse, el Túnel de desviación, la Vía Dorada-Isaza, los Sistemas de control y telecomunicaciones, reclamos no asociados algún frente específico, y los asuntos económicos contractuales), los intereses y costas. Pero Isagen no indicó cómo la inspección judicial habría sido determinante para efectos de controvertir alguno de estos puntos, o en qué había fallado la actividad probatoria dentro del proceso arbitral y cómo los errores podían haber sido develados a través de la inspección judicial aludida.

En el escrito de tutela, la accionante se limita a cuestionar la decisión del Tribunal de no decretar esta prueba, como si ello, per se, configurara un defecto fáctico, sin tener en cuenta que el Tribunal basó su fallo en otras pruebas, e incluso en la audiencia de pruebas del 14 de febrero de 2008, se refirió a la falta de necesidad de la inspección judicial, sin que las partes se opusieran a dicha decisión. Esto fue analizado por el Consejo de Estado, sin que Isagen hubiese desvirtuado la argumentación que sobre el particular se desarrolló y con base en la cual se descartó la procedencia de la nulidad solicitada, ni se configuró adecuadamente una argumentación que mostrara en qué consistió el vicio fáctico según el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales por este tipo de defecto.

6.2.3.3.2. Por otra parte, la tutelante indica que el Tribunal cometió otro defecto fáctico por omisión en la evacuación de una exhibición de documentos que el mismo Tribunal había solicitado a las empresas demandantes, pero que éstas nunca aportaron. Tales documentos, esgrime Isagen, resultaban determinantes para la decisión arbitral, en la medida en que habrían sido necesarios para reflejar los gastos efectivamente realizados, a partir de los cuales se habrían producido los supuestos sobrecostos y los daños y perjuicios alegados. De manera que para que estos conceptos hubieran podido ser cobrados, debieron

exhibirse los comprobantes de mayor erogación, los de mayor costo de mano de obra o de equipo; a la vez que la contabilidad y el dato real sobre el presupuesto originario. En su lugar, sostiene Isagen, el Tribunal se basó en otras pruebas que no habían sido contrastadas con los documentos solicitados, los cuales resultaban “más idóneos” que los peritajes en que se fundó la decisión.

Adicionalmente, la tutelante expresa que la carga argumentativa impuesta por el Consejo de Estado para establecer la incidencia de la referida omisión en el sentido de la decisión arbitral, constituye una exigencia de imposible cumplimiento, en tanto que ello supondría que debía conocer el contenido de la prueba que, justamente, le fue ocultada.

No obstante los referidos argumentos de la accionante, no encuentra la Sala que en la tutela se haya identificado con claridad el error en que incurrió la decisión arbitral, ni que se haya mostrado que las pruebas en las que se basó eran inconducentes o insuficientes. Como se dijo, el análisis de esta circunstancia ya fue realizado por el Consejo de Estado en el proceso de nulidad, sin que Isagen haya mostrado que el razonamiento realizado en esa instancia no corresponde a la realidad procesal. Por el contrario, lo que expresa la accionante es que no le resultaba posible establecer la relevancia de los defectos fácticos alegados, que para el Consejo de Estado era un presupuesto para una decisión de mérito, en razón a que, precisamente su cuestionamiento surge del hecho de que nunca conoció los documentos cuya relevancia se le exige establecer.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que, como ya lo ha sostenido esta Corporación, el juez de tutela no cumple la función de instancia revisora de la actuación probatoria del juez de conocimiento (o en este caso, del Tribunal de Arbitramento). El proceso de amparo está orientado a realizar un examen sobre la afectación del derecho al debido proceso, en el sentido que las actuaciones reprochables hayan tenido la entidad suficiente para modificar la decisión final[63]. Esto se concreta, en el presente asunto, en que Isagen habría tenido que demostrar que los documentos a los que se refiere eran determinantes para efectos de hacer una correcta estimación de los valores de mayor erogación, de costo de mano de obra o de equipo, y lograr desestimar los sobrecostos a los que fue condenada, para lo cual tendría que haber mostrado que las pruebas que sustentaron el laudo, no habrían permitido llegar a la decisión adoptada. Es decir, que habría tenido que establecer que la ausencia de elementos de convicción, o la clara

inadecuación de los existentes, hacían imperativa la presencia de los documentos referidos, bien fuera para acreditar o para desvirtuar las conclusiones a las que llegó el laudo.

Lo anterior no significa que en la sustentación del defecto se haya tenido que predecir y anticipar el resultado de una determinada prueba; de lo que se trata con el requisito de demostrar la incidencia del defecto en la decisión final, es que, al menos, se haga una referencia a cuál era la finalidad de la prueba en el caso concreto, cuáles hechos se quieren controvertir o demostrar, y de qué manera y cómo tales hechos no podían darse por establecidos a partir del material probatorio que sí obraba en el proceso. Ese ejercicio debía haber estado orientado a dejar en claro por qué la prueba que se considera omitida habría permitido llegar a un resultado diferente al que llegó el Tribunal de Arbitramento.

Isagen plantea que las pruebas pedidas y no decretadas resultaban determinantes o esenciales para llegar a una decisión final ajustada a la realidad económica del contrato, y que en ausencia de las mismas se debía tener por no acreditadas las reclamaciones de los subcontratistas de los demandante por sobrecostos en la ejecución, o por pagos adicionales, o erogaciones adicionales a las pactadas. Sin embargo, el tribunal arribó a una conclusión distinta y no se advierte que Isagen haya realizado un cuestionamiento sobre el fundamento a partir del cual el tribunal adoptó su decisión, sin contar con las pruebas que Isagen consideraba esenciales. No basta con afirmar que las pruebas tenían ese carácter sino que era preciso, para acreditar el defecto fáctico, establecer que el fundamento probatorio del tribunal no permitía llegar a la conclusión a la que se llegó, de modo que, objetivamente pudiese establecerse que la prueba omitida era imprescindible y que la conclusión podría haber sido distinta de haber sido allegada al proceso. Dicha crítica, sin embargo no se efectuó fundadamente en el recurso de nulidad, ni fue por consiguiente evaluada por la instancia correspondiente, sin que, por consiguiente, esa omisión procesal de la accionante en el recurso de nulidad sea susceptible de subsanarse en sede de tutela, instancia en la que, de todos modos, tampoco se planteó adecuadamente. Contrariamente a lo sostenido por Isagen, no se trata de exigir que hiciera una consideración minuciosa de la prueba omitida, lo que ciertamente le habría resultado imposible, sino que mostrara, de manera clara y específica, la razón por la cual el fundamento probatorio del tribunal resultaba inadecuado o insuficiente, algo que sí estaba a su alcance, puesto que quedó consignado en el laudo.

Lo propio cabe afirmar en relación con la omisión de requerir que se entregara a los peritos información que la accionante estimaba de relevancia para la práctica de la prueba técnica. En efecto, a diferencia de la consideración de la prueba que Isagen estima imprescindible, el Tribunal tomó su decisión con apoyo en un peritaje, cuyos presupuestos Isagen cuestiona, pero sin que muestre la razón por la cual, en sí mismo considerado, no resultaba apto o no permitía tener por probados los elementos a los que se refiere.

Todo lo cual se entiende, además, por la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que supone una carga demostrativa y argumentativa más exigente a la hora de alegarse un determinado defecto dentro del proceso que sea capaz de revocar una decisión judicial o arbitral en firme. De modo que no basta con señalar, de manera aislada, posibles errores en que pudo incurrir el juez, pues no se trata de hacer un juicio de legalidad sobre la actuación probatoria del juez de conocimiento, sino de un juicio iusfundamental, en cuanto a defectos graves y determinantes en la decisión que configuren una violación al debido proceso.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio, no fue demostrado, como le correspondía a Isagen en tanto accionante de tutela, que la omisión en la exhibición de los documentos solicitados haya constituido un defecto fáctico, y que esa situación, habiendo sido puesta en conocimiento del Consejo de Estado, hubiese sido desestimada de manera injustificada.

6.2.3.3.3. Lo mismo sucede con el dictamen pericial que Isagen reprocha como ilegal por haber sido aportado fuera del término, pero en este caso la situación de falta de demostración en la incidencia en el fallo es más clara, toda vez que en el escrito de tutela la empresa se limita a indicar que la intención que tuvieron las empresas convocantes del arbitramento, era controvertir un dictamen técnico aportado previamente y que había sido favorable a sus intereses, pues dejaba claro que el programa de la obra lo habían modificado a su conveniencia sin que Isagen hubiera podido conocer ni intervenir en el mismo.

Ahora bien, sobre la incidencia de esta prueba en el fallo, se observa que la tutelante se limita a afirmar que esta fue determinante en la decisión, en lo relacionado con las reclamaciones programáticas, pues la misma se alejaba de la verdad de los hechos, sin

hacer mayor precisión sobre las situaciones concretas que se demostraron a partir de ella, o respecto a los perjuicios en cada uno de los reclamos que sustentaron la demanda, o frente al cálculo de los sobrecostos que sustentaron la condena.

Adicionalmente, Isagen se refiere a que tanto el Tribunal, como el Consejo de Estado, toleraron la violación de los términos procesales, pero éste resulta ser un reproche de legalidad sobre la actuación del Tribunal, más no configura, en sí mismo, la procedencia del defecto fáctico, que no trasciende del mero cuestionamiento de la actuación judicial, sin alcanzar a presentar un cargo sobre la afectación del derecho al debido proceso en los términos en los que se ha referido la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

6.2.3.3.4. Por último, Isagen arguye que el Tribunal incurrió en un defecto fáctico por haber incorporado de forma paralela, un expediente electrónico (en la página web del Consorcio) que, en sus términos, “al parecer constituyó un mecanismo de trabajo del Tribunal”[64]. De manera que, al no haber tenido la oportunidad de conocerlo, no pudo controvertir las pruebas allí contenidas.

Este cuestionamiento fue planteado también como defecto procedimental, y, en cuanto que tal, ya fue objeto de consideración en esta providencia. Para proponerlo como defecto fáctico sería preciso que Isagen mostrara que la decisión del tribunal, al menos en algún aspecto, se fundó en un elemento de prueba que solo obraba en ese pretendido expediente paralelo.

En este punto, Isagen también reprochó la decisión del Consejo de Estado cuando resolvió la solicitud de nulidad, al considerar que era excesiva la carga que esa Corporación exigía para demostrar la incidencia del expediente paralelo en la decisión final, pues, indica la tutelante, que al no conocer el contenido del mismo, no podía determinar cuánto había influido en el laudo arbitral. En este aspecto, la Sala vuelve a llamar la atención sobre el examen que debe hacer el juez de tutela en relación con los defectos alegados contra las providencias judiciales y laudos arbitrales, y el requisito insoslayable de la trascendencia de éstos en la decisión final. Pero, como ya se ha indicado, la acción de amparo no es una oportunidad adicional para cuestionar la legalidad del proceso, sino que su excepcionalidad consiste en ser el último mecanismo de protección de las garantías iusfundamentales

dentro de los procesos judiciales o arbitrales.

Así las cosas, para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales, no basta con alegar la presencia de vicios o errores en el procedimiento, sino que se requiere que se haga una exigente argumentación en relación con la trascendencia de esos vicios como determinadores de la decisión final.

En el presente caso, a Isagen le correspondía demostrar que el fallo arbitral había estado basado, como lo había indicado, en pruebas que no había tenido la oportunidad de controvertir, por estar contenidas en un expediente oculto. Es decir, que la exigencia en sede de tutela no consiste en que la empresa indique el contenido del referido expediente, o de las pruebas que contenía, por cuanto, efectivamente no los habría conocido; la exigencia que emerge de la excepcionalidad de la acción de tutela consiste, pues, en determinar los aspectos de la decisión final que fueron producto de un determinado vicio en el proceso. De manera que Isagen habría tenido que indicar las conclusiones a las que se llegó en el laudo y que estaban soportadas en pruebas irregularmente allegadas al proceso y que, por tanto, no tuvo oportunidad de conocer. Esto implicaba mostrar los apartes del laudo que se apoyaron en pruebas que se reputan ilegales, o, al menos, identificar las conclusiones del laudo que carecen de soporte probatorio en el expediente, de modo tal que el arribo a ellas solo pudiese explicarse por el acceso que habría tenido el tribunal a material probatorio que no fue conocido por Isagen.

Todo lo anterior, además, porque la mera existencia de una información contenida en una página web, en el caso que efectivamente existiera, no lleva automáticamente a la configuración de un defecto fáctico; lo que resulta determinante es la incidencia de este material en el proceso y en la decisión final y, por tanto, en la afectación del derecho al debido proceso de alguna de las partes, aspectos estos que, como ha quedado señalado, no fueron acreditados por Isagen en la instancia de nulidad, sin que los argumentos que en sede de tutela se presentan para explicar esa omisión se estimen de recibo o resulten suficientes para acreditar la existencia del defecto alegado.

6.2.4. En consecuencia, a partir del anterior análisis y de la valoración detallada que el Consejo de Estado hizo del material probatorio y su incidencia en la decisión final, es posible concluir que la tutelante ha realizado un reproche insuficiente sobre la actuación probatoria

del Tribunal de Arbitramento, del cual, si bien podría entenderse que en ciertos aspectos omitió practicar algunas pruebas puntuales, o que, incluso, se pasaron por alto ciertas reglas del procedimiento arbitral, no se observa que haya una relación, como es imprescindible en el reproche iusfundamenal, entre estas actuaciones y el sentido del fallo.

En este orden de ideas, la Corte no encuentra que la tutelante haya indicado de manera adecuada y suficiente, ni en sede de revisión ni en la acción de tutela, de qué manera se afectó la decisión arbitral a causa de las omisiones y los defectos que se la atribuyen a la actuación del Tribunal. Para este efecto, Isagen no presentó una argumentación que mostrara la insuficiencia o la inadecuación de los fundamentos probatorios del Tribunal, a partir de la cual pudiese establecerse que habría sido imprescindible contar con las pruebas que estima omitidas y que ello habría tenido una incidencia definitiva en la estimación de las pretensiones de la demanda arbitral y, específicamente, en las cifras y el cálculo que determinaron las condenas dinerarias. Tampoco se acredita la incidencia que habrían tenido en la decisión arbitral las pruebas que se estima fueron irregularmente allegadas al proceso. En consecuencia, y en el mismo sentido que lo sustentó el juez natural, dentro del recurso de anulación, el Tribunal de Arbitramento profirió su decisión a partir de los elementos probatorios con que contaba, dentro del ámbito de su autonomía judicial, sin que hubiera sido demostrado por Isagen de qué modo la decisión se fundó en las pruebas que estima irregulares, o cómo la consideración del material probatorio excluido del proceso habría podido cambiar el sentido de la decisión arbitral, configurándose, de esta manera, una afectación de su derecho al debido proceso.

Así las cosas, vistas las causales invocadas por la accionante, y no encontrándose que alguna de ellas se hubiera concretado en el presente caso para configurar una violación al derecho al debido proceso, la Sala Plena de la Corte Constitucional procederá a negar la acción de tutela y, en consecuencia, a confirmar la decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada.

Segundo. CONFIRMAR el fallo de tutela emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), dentro del trámite de la acción de tutela formulada por Isagen S.A. E.S.P., en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional.

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

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente (E)

Con salvamento de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Incapacidad médica

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA SU-500/15

ESCISION DE ENTIDADES-Requisitos/ESCISION DE ENTIDADES-Finalidad (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar la procedencia por cuanto las decisiones de Tribunal de Arbitramento incurrieron en defecto sustantivo y

defecto orgánico en controversias suscitadas entre Isagen y el Consorcio la Miel (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente: t-4.230.220

Demandante: ISAGEN S.A. E.S.P

Demandados: Sección Tercera del Consejo de Estado y Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional

Magistrado Ponente:

IUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el debido respeto por las providencias de la Corte Constitucional, hacemos explícitas las razones que nos llevaron a separarnos de la decisión mediante la cual la Corte encontró que las decisiones del Tribunal de Arbitramento, convocado para dirimir unas controversias suscitadas entre la empresa ISAGEN y el Consorcio La Miel, y del Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación instaurado contra el laudo arbitral, no incurrieron en los defectos orgánico, sustantivo y fáctico, alegados por ISAGEN.

Por las razones que explicaremos, consideramos que las decisiones arbitrales y judiciales incurrieron en los siguientes defectos:

- Aplicación de la Ley 222 de 1995 e inaplicación del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en materia de solemnidades de la escisión (defecto sustantivo).
- El Tribunal de Arbitramento aplicó la legislación italiana, debiendo aplicar la colombiana (defecto sustantivo).
- El Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para resolver la controversia, por cuanto el otrosí número 13 no fue suscrito por las sociedades que en su momento conformaban realmente el Consorcio La Miel. Por esa misma vía, se desconoció el artículo 116 constitucional, que consagra el principio de voluntariedad en materia arbitral (defecto orgánico).

Con el propósito de desarrollar nuestros planteamientos, analizaremos los siguientes

aspectos: (i) breve descripción del caso; (ii) análisis del contrato MI-100 del 24 de abril de 1995, de su ejecución y terminación; (iii) cuadro comparativo entre las diversas partes contratantes y demandantes; (iv) legislación aplicable al contrato MI-100 del 24 de abril de 1995; (v) la figura de la escisión de sociedades: sus formalidades y efectos; (vi) la escisión en la legislación italiana; (vii) conformación y finalidades de los consorcios; (viii) análisis de los defectos que aquejan al laudo arbitral y la providencia del Consejo de Estado; y (ix) síntesis.

1. Breve descripción general del caso

La acción de tutela se origina con ocasión de un proceso arbitral que se adelantó para decidir las controversias que surgieron de la ejecución del contrato de obra denominado MI-100, suscrito entre la hidroeléctrica la Miel S.A., la cual cedió su posición contractual a la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. y el Consorcio La Miel, integrado por cinco empresas de origen extranjero, y cuyo objeto consistía en la construcción del Proyecto La Miel I.

En el laudo arbitral se consideró que ISAGEN era responsable por la causación de ciertos perjuicios ocasionados al consorcio y ordenó el pago de unas indemnizaciones (cerca de 50 mil millones de pesos). ISAGEN solicitó la correspondiente anulación. El Consejo de Estado declaró infundado el recurso respecto de los cargos formulados, excepto por el numeral 8.4.3. de la decisión arbitral, referente al reclamo No. 153 “Sobrecostes por la pérdida generalizada de productividad”, por lo que a la indemnización general le restó dicho concepto.

En general, los motivos de oposición de ISAGEN, en el curso del proceso arbitral y en el recurso de anulación, giraron en relación con lo siguiente: (i) falta de competencia del Tribunal; (ii) alteración del procedimiento arbitral; y (iii) defectos en la actividad probatoria.

La petición de amparo de ISAGEN se apoyó en lo siguiente:

- Falta de competencia del Tribunal de arbitramento. Argumenta que el consentimiento de las partes se encontraba viciado cuando modificaron la cláusula compromisoria. Para ISAGEN el hecho de que al momento de suscribirse el otrosí que modificó la cláusula compromisoria una de las empresas que componían el consorcio

hubiera transferido su negocio a otra, y que incluso dejó de existir, sin que estas circunstancias se le hubieran comunicado, llevaba a que dicha cláusula había sido suscrita por un grupo de sociedades distintas al consorcio, y a su vez, implicaba que ISAGEN hubiera incurrido en un error en la persona. Agregó que no se podía entender que la empresa Alstom Power Italia SPA había tomado el lugar de ABB Sae Sadelmi SPA, pues el acto jurídico realizado en Italia, por el cual le transfirió la unidad del negocio de energía, si bien podía ser válido a la luz del derecho italiano, no podía generar la cesión de la posición contractual por cuanto no se había cumplido con su autorización, en un contrato que tenía el carácter de *intuitu personae*.

- Defecto orgánico. Consistente en que las partes que suscribieron el pacto arbitral en 2004, no son las mismas que resultaron vinculadas en el proceso arbitral, de manera que se desconoció el principio de voluntariedad. Insiste en que el consentimiento de ISAGEN estaba viciado ya que cuando suscribió el pacto arbitral en 2004, una de las sociedades (ABB Sae Sadelmi SPA) ya no existía y había cedido en 2000 sus derechos y obligaciones a otra sociedad (Alstom Power Italia S.A.). Lo que significa que había cambiado la composición del consorcio, sin que lo supiera ISAGEN.

- Defecto sustantivo. Explica ISAGEN que frente a la objeción de falta de competencia, el tribunal de arbitramento se limitó a señalar que el negocio entre las empresas italianas era válido según la legislación italiana y oponible en Colombia, pero además omitió referirse a la ausencia de consentimiento en la cláusula arbitral y al ocultamiento de la nueva composición del consorcio. De allí que el tribunal de arbitramento no justificó debidamente su competencia. De tal suerte que, según ISAGEN el tribunal de arbitramento no se refirió a lo siguiente: (i) el carácter *intuitu personae* del contrato; (ii) que la transferencia de la empresa en Italia le era inoponible; (iii) el error invalidante al cual se le indujo, al creer que el consorcio continuaba con su integración inicial.

- Defecto procedimental. ISAGEN indicó que el procedimiento arbitral se sustenta en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y en sus órdenes procesales, las cuales garantizan el principio de legalidad. Sin embargo, tales normas se habrían desconocido en los siguientes escenarios:

- Cambios de plazos para la presentación de pruebas sólo para la parte demandante,

a quien le recibió el material probatorio adicional después de la sustentación de la demanda y de su contestación.

- El fallo tuvo en cuenta un expediente electrónico que se había construido paralelamente al cual ISAGEN no tuvo acceso sino hasta el 6 de agosto de 2010.

- Defecto fáctico. Según ISAGEN el tribunal de arbitramento la condenó al pago de una indemnización, por supuestos sobre costos, a partir de deficiencias probatorias, tales como:

- Omisión de la inspección judicial al sitio de la obra. Nunca fue decretada ni practicada.

- Omisión en la evacuación de las pruebas de exhibición de documentos oportunamente solicitados.

- Omisión en la exclusión del expediente y valoración de material probatorio sobre el que recaía la nulidad de pleno derecho por haber sido aportado ilegalmente. Se refiere a un dictamen pericial del 15 de diciembre de 2006, aportado por fuera del término previsto inicialmente en las reglas arbitrales.

2. El contrato MI-100 del 24 de abril de 1995.

En relación con el contrato MI-100 de 24 de abril de 1995 es necesario examinar: (i) su objeto y ejecución; (ii) las partes que intervinieron en su celebración; y (iii) el contenido de la cláusula compromisoria.

2.1. Objeto y ejecución del contrato

El “Consortio Miel” resultó adjudicatario de un contrato cuyo objeto era la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Miel I.

La orden de iniciación de los trabajos correspondientes al objeto del contrato sólo se impartió el día 24 de diciembre de 1997, en atención a que, después de la firma, se presentaron trámites gubernamentales adicionales a los previstos inicialmente, así como el cambio de la propietaria.

El contrato celebrado sufrió considerables modificaciones, documentadas en trece otrosíes, además de la modificación a la cláusula relativa a la resolución de conflictos, a través de las cuales se efectuaron, en síntesis, los siguientes cambios: i) en las especificaciones de las obras; ii) en las fórmulas de reajuste; iii) en la composición del consorcio contratista; iv) en los precios del contrato; v) en los precios y en los plazos de algunos ítems; vi) en las cantidades de obra, entre otros.

El proyecto ejecutado tuvo unas dimensiones superiores a las previstas inicialmente en la licitación, tanto en capacidad instalada, como en generación de MW. El plazo del contrato se amplió en 109 días.

Las pruebas finales de operación continua de las distintas unidades 1, 2 y 3 culminaron el 19 de noviembre de 2002.

En octubre 23 de 2002 las partes suscribieron el acta de recepción de obra civil, en virtud de la cual se declaró su terminación sustancial “cumpliendo con las especificaciones y los requisitos del contrato” y se dejó consignado que sólo restaba la ejecución de trabajos menores.

Las actas de recibo en operación comercial de las unidades 1, 2 y 3 se firmaron el 29 de noviembre de 2002 y el acta de entrega de la central en operación comercial se suscribió el 20 de diciembre de 2002.

En junio 10 de 2003 el Consorcio formuló una solicitud de reconocimiento de costos adicionales que agrupaba las presentadas entre diciembre de 1999 y agosto de 2002, excepto la reclamación sobre disminución de obra que fue incorporada a una reclamación de marzo 9 de 2004.

El Consorcio demandante mediante una comunicación calendada el 28 de julio de 2004 reiteró a la demandada sus desavenencias y le informó acerca del comienzo del término de 60 días estipulado en el contrato para acudir al arbitraje. La demandada acusó recibo de esta comunicación en septiembre 17 de 2004.

2.2. Las partes que intervinieron en la celebración del contrato.

a. Por parte del Estado colombiano.

El contrato MI-100 fue adjudicado por la Hidroeléctrica La Miel I, que tenía el carácter de Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

ISAGEN, entidad demandada en este proceso como sucesora del Contrato, tiene, desde su constitución, el carácter de Empresa de Servicios Públicos Mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la cual fue el resultado de la escisión de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. -ISA-, operación autorizada a través del artículo 167 de la Ley 142 de 1994.

b. El Consorcio contratante.

El consorcio que suscribió el contrato MI-100 y la cláusula compromisoria estuvo integrado por las siguientes sociedades:

a) Constructora Norberto Odebrecht, S/A, una sociedad con domicilio principal en la ciudad de Salvador de Bahía, Brasil y sucursal en la ciudad de Bogotá desde el año 1992;

b) Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A., una sociedad mexicana sin sucursal en Colombia.

c) Asea Brown Boveri Limitada, una sociedad con domicilio en Sao Paulo, Brasil, con sucursal en Colombia desde el 4 de junio de 1998;

d) ABB Sae Sadelmi S.p.A., una sociedad italiana con sede en Milán.

e) Kvaerner Energy A.S., una sociedad domiciliada en Noruega, con sucursal en Colombia desde el día 10 de octubre de 1997.

El grupo empresarial Asea Brown Boveri, participó en el consorcio con dos de sus filiales, una de Italia y la otra de Brasil: ABB Sae Sadelmi S.p.A., y Asea Brown Boveri Ltda., las cuales se comprometieron con el suministro de maquinaria.

2.3. El contenido de la cláusula compromisoria incluida en el contrato MI-100.

El 24 de abril de 1995 se suscribió un contrato entre la sociedad Hidromiel S.A., y el

consorcio conformado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., Asea Brown Boveri Limitada, de Brasil, ABB Sae Sadelmi S.P.A., y kvaerner Energy S.A., del cual se destacan los siguientes apartes:

“Entre nosotros, SILVIO BOTERO DE LOS RIOS, identificado con la cédula de ciudadanía número 1214475 de Manizales, quien en carácter de Presidente de Hidromiel S.A., obra en nombre y representación de esta entidad, sociedad de economía mixta, domiciliada en Manizales, Colombia, debidamente autorizado por la Junta Directiva de la misma, según constancia inserta en el Acta No. 22 de fecha 20 de abril/95, que para los efectos del presente documento se llamará la Propietaria, por una parte, y por la otra MARCUS TULIO PEREIRA SCHMIDT, identificado con la cédula de extranjería número 259950 de Bogotá, quien actúa en su condición de representante legal del CONSORCIO integrado por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., GRUPO MEXICANO DE DESARROLLO S.A., ASEA BROWN BOVERI LIMITADA, de Brasil, ABB SAE SADELMI SPA, y KVAERNER ENERGY A.S., en este documento denominado el CONTRATISTA, debidamente autorizado por sus miembros para suscribir el presente contrato en desarrollo de las obligaciones adquiridas con la adjudicación de la licitación número MI-100 hecha por medio de la Resolución No. C-002-94 de HIDROMIEL, quien manifestó que ni él ni los representantes legales de las sociedades que integran el CONSORCIO, ni las sociedades mismas están incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el presente contrato, hemos celebrado el CONTRATO DE OBRA, contenido en las cláusulas siguientes:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO

“El objeto del presente Contrato es la construcción del Proyecto Miel I, perteneciente al Desarrollo Hidroeléctrico del Río La Miel, que incluye la construcción de las obras civiles y el diseño, la fabricación, el suministro, la instalación y las pruebas de los equipos electromecánicos y electrónicos, la operación inicial y comercial de las unidades y la entrega de la Central en Operación Comercial.

“(…).

“CLAUSULA TRIGÉSIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES

“Cualquier desavenencia o conflicto entre las partes que resulte de la interpretación o ejecución de este Contrato será resuelta a través de un esfuerzo amigable de las partes. Se entenderá que este esfuerzo ha fallado cuando cualquiera de las partes así lo notifique tanto al Mediador como a la otra parte, por escrito pero en todo caso al vencimiento del término de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que ocurrió.

“Si tanto el Mediador como el Mediador Suplente omiten tomar una decisión dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador, cualquiera de las partes podrá notificar a la otra su decisión de referir la citada desavenencia o conflicto a arbitraje.

“Independientemente de cualquier procedimiento anterior la parte que opte por arbitraje deberá hacerlo formalmente dentro de los ciento cincuenta (150) días a partir de la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador. De otra forma la decisión del Mediador o del Mediador Suplente, en caso que exista será válida, final y obligatoria para las partes sin recurso posterior alguno.

“Ninguna de las partes puede referir cualquier desavenencia o conflicto a arbitraje a menos que lo haya sometido previamente al Mediador, o en su defecto al Mediador Suplente.

“El laudo arbitral será necesariamente sustanciado por escrito y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal Arbitral decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes” (negritas y subrayados agregados).

2.4. Los movimientos societarios de las compañías integrantes del consorcio y sus efectos sobre el contrato mi-100 y su cláusula compromisoria. (operaciones empresariales no comunicadas a ISAGEN).

Entre las sociedades miembros del Consorcio Miel se adelantaron algunos movimientos societarios, así:

a) Sociedad Sae Sadelmi S.p.A.

La sociedad Sae Sadelmi S.p.A., se encontraba dividida en dos ramas de actividad, cada una

de las cuales conformaba una unidad orgánica: i) la unidad empresarial de generación de energía, cuyo objeto constituía la construcción de maquinaria para centrales de producción de energía eléctrica y ii) la transmisión de energía.

En abril 29 de 1998 esta sociedad transmitió a título universal su negocio de generación de energía a la también sociedad italiana ABB Industria S.p.A. En esa misma fecha esta última sociedad cambió su denominación social por ABB Sadelmi S.p.A., y en julio 3 de 2000 la última cambió su denominación por Alstom Power Italia.

En noviembre 28 de 2001 la sociedad ABB SAE SADELM I S.p.A. -originaria suscriptora del contrato- se extinguió y se incorporó a la sociedad ABB SACE TMS S.p.A.

Estos movimientos societarios no le fueron informados a la entidad pública contratante e ISAGEN sólo conoció de los mismos con ocasión de la presentación de la demanda arbitral.

b) Asea Brown Boveri Limitada.

El 24 de noviembre de 2000 esta sociedad brasilera incorporó sus actividades de generación de energía a la firma ABB Power Generation LTDA., la cual en marzo de 2000 cambió su denominación social por la de ABB Alstom Power Brasil LTDA., como consta en el Otrosí No. 5.

El 9 de octubre de 2002, ABB Alstom Power Brasil LTDA., cedió su participación en el Contrato a Alstom Brasil LTDA., tal como consta en el Otrosí No. 9 del Contrato.

c) Grupo Mexicano de Desarrollo S.A.

El Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., cedió el 26 de noviembre de 2002 a Constructora Norberto Odebrecht S/A sus derechos y obligaciones derivados del Contrato. Esta cesión fue firmada el 9 de julio de 2003 por Constructora Norberto Odebrecht, por el Grupo Mexicano cedente y por el representante legal de ISAGEN.

d) Las sociedades Norberto Odebrecht y Kvaerner Energy A.S.

Estas sociedades continuaron hasta el final, sólo que, como antes se expuso, la primera

incorporó los derechos y las obligaciones de la sociedad mexicana.

En relación con los movimientos societarios adelantados por ABB SAE SADELM I S.p.A., se tiene lo siguiente:

En 1998, según se lee en el “Conferimento di complesso Aziendale”, la negociación llevada a cabo entre las empresas italianas tuvo por objeto la aportación no dineraria de una de sus ramas de actividad, la unidad empresarial de generación de energía, incluyendo todos los activos y pasivos de esta rama y, a cambio, recibió acciones de la sociedad beneficiaria, la cual amplió su capital en contraprestación a los aportes recibidos. Esta operación se registró en la Cámara de Comercio de Milán, la cual correspondía al domicilio de las dos sociedades participantes en el negocio.

Al negocio jurídico celebrado entre las sociedades italianas y que se ejecutaba en ese país, debían aplicársele las normas jurídicas italianas, de conformidad con las previsiones de los artículos 20 y 21 de nuestro Código Civil.

2.5. El otrosí de 6 de julio de 2004, mediante el cual se modificó la cláusula arbitral

El pacto arbitral fue estipulado en la cláusula trigésima tercera del contrato que posteriormente fue modificada por el otrosí de 6 de julio de 2004 (después de vencido el plazo contractual) en los siguientes términos:

“OTROSÍ MODIFICATORIO A LA CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100 – En este estado, y vigente el Contrato de Obra MI-100, entre los suscritos LUIS FERNANDO RICO PINZON, mayor, vecino de Medellín, identificado con cédula de ciudadanía 19.304.857 expedida en Bogotá, en su calidad de Gerente General y por tanto como representante legal de ISAGEN S.A. E.S.P.; empresa de servicios públicos mixta, constituida por escritura pública No. 230 del 4 de abril, de 1995, en adelante LA PROPIETARIA, la cual de conformidad con lo previsto en el ACTA DE CESION suscrita entre el FIDEICOMISO MIEL I e ISAGEN el 10 de junio de 2004 es parte del contrato de obra MI 100, por una parte, y por la otra Erlon Arfelli, mayor, vecino de Bogotá, identificado con cédula de extranjería No. 293.748 de Bogotá quien en su calidad de Director del Consorcio, obra en representación del Consorcio Miel, constituido por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ALSTOM BRASIL LTDA., ABB SAE SADELM I SPA y KVAERNER ENERGY A.S. en adelante EL

CONSORCIO, quien manifestó que ni él ni los representantes legales de las sociedades que integran EL CONSORCIO, ni las mismas están incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el presente otrosí modificatorio de la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100, por medio del presente instrumento, ACUERDAN:

“ACUERDAN: PRIMERO: Modificar la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100 la cual QUEDARÁ ASÍ: TRIGÉSIMO TERCERA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: Todas las desavenencias o controversias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, y que o hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. En caso de que el Presidente del Tribunal Arbitral deba ser nombrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, dicho presidente, quien deberá tener dominio suficiente del idioma castellano, deberá igualmente contar con experiencia suficiente en contratos de obra y haber participado, como árbitro, en por lo menos tres (3) arbitrajes administrados bajo el Reglamento de la CCI. El arbitraje tendrá como sede la ciudad de Bogotá, D.C. República de Colombia, en idioma español. El procedimiento será el previsto en el Reglamento de la CCI, o en su defecto, el que determine el Tribunal Arbitral. El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana. El laudo deberá estar motivado y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.

“(…)

“TERCERO: El presente otrosí se perfecciona con la firma de las partes. Para constancia se firma a los seis (6) días del mes de julio de 2004”. (Negritas y subrayados agregados).

3. Cuadro comparativo entre las diversas partes contratantes y demandantes

Para mayor claridad expositiva, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

El cuadro comparativo evidencia lo siguiente: no existe una coincidencia plena entre: (i) las empresas que originalmente conformaban el Consorcio La Miel; (ii) aquellas que el 6 de julio de 2004 suscribieron un otrosí para modificar la cláusula tercera del contrato de obra MI-100, en punto a la conformación de un futuro tribunal de arbitramento; y (iii) las empresas que finalmente demandaron, en sede arbitral a ISAGEN. Las señaladas divergencias tienen importantes efectos jurídicos, en la medida en que las transformaciones internas que sufrió el Consorcio La Miel, durante la ejecución del contrato de obra, no fueron informadas en su momento a ISAGEN. En otras palabras, el contrato estatal se celebró con un determinado consorcio, conformado en su momento por ciertas empresas y terminó siendo ejecutado por otras, sin que el contratante lo supiera. Dicha irregularidad afectó el consentimiento brindado para invertir a unos particulares para ejercer temporalmente la función de administrar justicia, violándose de esta forma el artículo 116 Superior.

4. Legislación aplicable al contrato MI-100 del 24 de abril de 1995

Uno de los aspectos centrales para comprender la dimensión de los defectos sustantivos que afectan las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento y el Consejo de Estado, guarda relación con las normas legales vigentes al momento de celebrarse el contrato de obra pública MI-100 entre el Estado colombiano (Hidromiel S.A. y luego cedido a ISAGEN) y el Consorcio La Miel, esto es, el 24 de abril de 1995.

A la fecha de celebración del contrato se encontraba vigente la Ley 80 de 1993 y el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), mas no la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, la cual entró en vigencia seis (6) meses después (art. 237 de la Ley 222 de 1995).

El laudo arbitral se funda, en buena medida, en el artículo 9º de la Ley 222 de 1995, referente a la figura de la escisión de sociedades:

“281. El punto de arranque en el análisis del Tribunal debe ser la constatación de que una cosa es la cesión de un contrato o posición contractual y otra muy distinta las modificaciones que el titular de una determinada relación contractual decida realizar en su estructura societaria. Cuando el derecho colombiano establece la “transferencia en bloque”

de activos y pasivo en el caso de una fusión (art. 178 C.Com.), escisión (art. 9 Ley 222 de 1995) u operación sobre un establecimiento mercantil (art. 525 C. Com.), se produce ciertamente una transferencia de todos los contratos que integran el patrimonio transferido, pero esa transferencia no puede ser enmarcada dentro del concepto de “cesión de contrato” (página 74 del laudo arbitral).

En igual sentido, en la providencia del 4 de diciembre de 2006, proferida por la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, mediante el cual se resolvió el recurso de anulación presentado por ISAGEN, uno de sus fundamentos fue la Ley 222 de 1995:

(1) Ley 222 de 1995.

Adviértase entonces que el laudo arbitral y el auto del Consejo de Estado incurren en un mismo defecto sustantivo, consistente en aplicar en la resolución del caso concreto, una legislación que no se encontraba vigente.

5. La figura de la escisión de sociedades: sus formalidades y efectos

5.1. Concepto

La escisión consiste en una división o separación de bienes y de actividades de una sociedad, que se transmiten a otra u otras, en que se puede o no extinguir. Se pueden considerar como semejanzas y diferencias entre la fusión y escisión, las siguientes:

Semejanzas.

- Son formas de reorganización empresarial.
- Por lo que se refiere a los accionistas, tanto en la fusión como en la escisión no se excluye a ninguno de los socios de las fusionantes, fusionada y escidente de participar en las operaciones de fusión y de escisión, de subsistir en las mismas.
- Las sociedades resultantes de las operaciones entregan a su vez acciones o partes sociales a los accionistas de las sociedades fusionadas o escindidas
- Se da una extinción sin liquidación.

Diferencias.

- La escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales; es decir, se da una reducción del capital social de la sociedad que se escinde, y la fusión por el contrario, implica la unión de dos o más patrimonios. Sin embargo, la sociedad fusionada se queda sin capital, ya que desaparece.
- La fusión requiere en esencia una transmisión total de la fusionada a la fusionante en tanto que la escisión no implica necesariamente tal transmisión completa, o con otras palabras, la fusionada siempre se extingue, pero no la escidente
- La escisión puede realizarla una sola sociedad (surge de un acto unilateral de la sociedad que se escinde para crear otra sociedad), en tanto que la fusión requiere de cuando menos la concurrencia de dos sociedades (un acuerdo bilateral de dos sociedades cuando menos).
- La escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales, la fusión por el contrario, implica la unión de dos o más patrimonios.

5.2. Clases de escisiones

En cuanto a las clases de escisiones, la mayoría de los tratadistas en la materia, entre ellos Rodríguez Rodríguez, Vázquez del Mercado, Barrera Graf, García Rendón y Arcelia Quintana, coinciden en que la escisión puede darse de diversas maneras[65], por lo que a continuación se procede a analizar los tipos de escisión: total y parcial; por integración e incorporación.

Escisión pura o total. La sociedad escidente se extingue y transmite la totalidad de sus activos, pasivos y capital social a dos o más sociedades, llamadas beneficiarias o de nueva creación. Sus principales características son:

- Se extingue la sociedad sin pasar por el proceso de disolución, ya que ello implicaría ponerla en liquidación.
- Se transmite a título universal el patrimonio de la escidente, a sociedades que se constituyen por el acuerdo de escisión.

- Adquisición directa de calidad de socio o accionistas de la sociedad que se escinde a la escindida.

Escisión parcial. En este caso, la sociedad escidente no se extingue, sólo transmite parte de sus derechos y obligaciones a otra u otras sociedades beneficiarias. Los puntos característicos son:

- No existe disolución de la sociedad escindida, continúa existiendo.
- Se traspaşa únicamente una parte del patrimonio social, a una o más sociedades escindidas.

Escisión por integración. La sociedad escidente divide la totalidad de su patrimonio (bienes y derechos), entre dos o más sociedades de nueva creación (beneficiarias o escindidas), extinguiéndose. Sus socios pasan a ser los de la sociedad escidente.

5.3. Principales efectos de la escisión

Las consecuencias de la escisión más relevantes, son las que a continuación se citan:

- Una de las primeras en algunos tipos de escisión es la desaparición de la sociedad escidente, la cual trae aparejada la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad que deja de existir.
- Cuando la escisión tiene lugar, los socios de la escidente pasan a ser socios de las escindidas. Con respecto a la sociedad que toma el acuerdo de escindirse, los efectos pueden darse en dos formas, ya sea que la sociedad se extinga o que subsista.

En la primera forma, al extinguirse la sociedad, transmite el total de sus activos, pasivos y capital social a otras sociedades; en la segunda forma se transfiere lo anterior – pero parcialmente- a otra u otras sociedades.

- Cada una de las sociedades que se constituyen por virtud del acuerdo de escisión, tienen personalidad jurídica y pleno dominio del patrimonio que reciben.
- Las sociedades escindidas pueden adoptar la misma o diferente especie societaria que la escidente.

- Los socios de las sociedades escindidas serán quienes participarán por lo menos en la misma proporción que tenían en la sociedad escidente, en el momento de la constitución de las escindidas; es decir, al surtir sus efectos el acuerdo de escisión, sin perjuicio de que puedan cambiar las personas o sus porcentajes de participación en cualquier momento.

- Aparece una responsabilidad solidaria (limitada y temporal) entre todas las escindidas y la escidente si subsistiere respecto de las obligaciones originalmente contraídas por la sociedad escidente, cuando el acreedor no hubiera manifestado su conformidad con la escisión.

A manera de conclusión, se puede afirmar que, como efecto económico de la escisión se procede a realizar una reestructuración financiera de las sociedades que participan en dicho proceso.

Derivado de lo anterior, se adelanta una reestructura no sólo en materia de capital, activos y pasivos sino también de la parte corporativa de la sociedad; esto es, se realizan una gama de cambios legales, económicos, financieros, corporativos y del proceso productivo.

Una de las principales preocupaciones de las diversas legislaciones sobre escisión es la referente a la protección de los derechos de los acreedores. De allí que resulten fundamentales: (i) la publicidad de la operación; y (ii) la facultad de oponerse.

Publicidad. Las diferentes legislaciones imponen el deber de publicar e inscribir los acuerdos de escisión. Lo anterior con el propósito de permitirle a los acreedores, cuyos intereses se vean involucrados, puedan detectar si sus créditos serán debidamente cubiertos o, en su caso, soportar adecuadamente el ejercicio del derecho de oposición.

Oposición. Algunas legislaciones establecen un plazo para que la escisión produzca efectos. Durante dicho término, algunos socios o acreedores podrán oponerse a la realización de la misma.

5.5. La figura de la escisión en la Ley 222 de 1995.

En Colombia, la figura de la escisión de las sociedades fue propuesta, sin éxito, por los integrantes de la Comisión de Reforma del Código de Comercio de 1958, en los siguientes

términos:

“Art. 180. La empresa y el patrimonio de una sociedad podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o algunos de sus socios.

Art. 181. La escisión se regirá por las reglas de la fusión, considerando como una sociedad absorbente a la que adquiere la parte o las partes de la empresa y del patrimonio que se segregan; consiguientemente, a la disminución del capital producida por la escisión no se aplicarán las reglas del artículo 48 de este Código”.

(...)

Art. 183. La escisión podrá también llevarse a cabo al hacer la liquidación de una sociedad, adjudicando a varias sociedades formadas por los socios, distintas secciones o ramas de la empresa social, con los bienes destinados al desarrollo de las mismas”.

Posteriormente, la escisión fue regulada como una fórmula de liquidación de las sociedades en el Código de Comercio de 1970; la ley 45 de 1990; el decreto 1730 de 1991; la ley 35 de 1993 y el decreto 663 de 1993, el cual en su artículo 67 regula la escisión aplicable a entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Actualmente, la figura de la escisión de sociedades se encuentra regulada en la Ley 222 de 1995.

5.5.1. Clases de escisiones

En su artículo 3 la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

“ARTICULO 3o. MODALIDADES. Habrá escisión cuando:

1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.
2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.

5.5.2. Requisitos para la realización de escisiones

La ley regula asimismo los requisitos para la aprobación del proyecto de escisión:

“ARTICULO 4o. PROYECTO DE ESCISION. El proyecto de escisión deberá ser aprobado por la junta de socios o asamblea general de accionistas de la sociedad que se escinde. Cuando en el proceso de escisión participen sociedades beneficiarias ya existentes se requerirá además, la aprobación de la asamblea o junta de cada una de ellas. La decisión respectiva se adoptará con la mayoría prevista en la ley o en los estatutos para las reformas estatutarias.

El proyecto de escisión deberá contener por lo menos las siguientes especificaciones:

1. Los motivos de la escisión y las condiciones en que se realizará.
2. El nombre de las sociedades que participen en la escisión.
3. En el caso de creación de nuevas sociedades, los estatutos de la misma.
4. La discriminación y valoración de los activos y pasivos que se integran al patrimonio de la sociedad o sociedades beneficiarias.
5. El reparto entre los socios de la sociedad escidente, de las cuotas, acciones o partes de interés que les corresponderán en las sociedades beneficiarias, con explicación de los métodos de evaluación utilizados.
6. La opción que se ofrecerá a los tenedores de bonos.
7. Estados financieros de las sociedades que participen en el proceso de escisión

debidamente certificados y acompañados de un dictamen emitido por el revisor fiscal y en su defecto por contador público independiente.

8. La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se disuelven habrán de considerarse realizadas para efectos contables, por cuenta de la sociedad o sociedades absorbentes. Dicha estipulación sólo produce efectos entre las sociedades participantes en la escisión y entre los respectivos socios”.

5.5.3. Protección de terceros

Un aspecto central del tema de las escisiones es el referente a la protección de los derechos de los terceros frente a estas reformas societarias. Sobre el particular, la ley 222 de 1995 trae las siguientes previsiones:

“ARTICULO 5º. PUBLICIDAD. Los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio.

Adicionalmente, el representante legal de cada sociedad participante comunicará el acuerdo de escisión a los acreedores sociales, mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

ARTICULO 6º. DERECHOS DE LOS ACREEDORES. Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión.

Lo dispuesto en el presente artículo no procederá cuando como resultado de la escisión los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias, según el caso, representen por lo menos el doble del pasivo externo.

PARAGRAFO. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo los administradores de la

sociedad escidente tendrán a disposición de los acreedores el proyecto de escisión, durante el término en que puede ejercerse el derecho de oposición.”

5.5.4. Solemnidades para el perfeccionamiento de la escisión

La Ley 222 de 1995 establece igualmente unos requisitos para el perfeccionamiento de la escisión:

“ARTICULO 8o. PERFECCIONAMIENTO DE LA ESCISION. El acuerdo de escisión deberá constar en escritura pública, que contendrá, además, los estatutos de las nuevas sociedades o las reformas que se introducen a los estatutos de las sociedades existentes. Dicha escritura será otorgada únicamente por los representantes legales de estas últimas. En ella, deberán protocolizarse los siguientes documentos:

(..)

ARTICULO 9o. EFECTOS DE LA ESCISION. Una vez inscrita en el Registro Mercantil la escritura a que se refiere el artículo anterior, operará, entre las sociedades intervinientes en la escisión y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escidente a las beneficiarias, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro bastará con enumerarlos en la respectiva escritura de escisión, indicando el número de folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo. Con la sola presentación de la escritura de escisión deberá procederse al registro correspondiente.

Cuando disuelta la sociedad escidente, alguno de sus activos no fuere atribuido en el acuerdo de escisión a ninguna de las sociedades beneficiarias, se repartirá entre ellas en proporción al activo que les fue adjudicado.

A partir de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiera, transferido. Así mismo, la sociedad escidente, cuando se disolviera, se entenderá liquidada.” (Negritas y subrayados agregados)

5.5.5. La protección de terceros en casos de escisiones. El fallo T-148 de 2010.

En algunas ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los efectos de la escisión de sociedades y sus efectos frente a terceros. Así, en la sentencia T- 148 de 2010, referente a un pleito entre Novartis y la Arrocería Montería Ltda., consideró lo siguiente:

“En este caso es claro que al efectuarse la escisión de Novartis de Colombia S.A en Novartis Agro Latinamerica Norte S.A., transformada en Sygenta S.A., se generó una cesión de derechos litigiosos que dio lugar a una sustitución procesal que debían comunicarse obligatoriamente a la contraparte, para que manifestara si aceptaba o no el cambio. Tal comunicación no se presentó y pasó por irrelevante para el Tribunal, quien se enfocó exclusivamente en la ausencia de indebida notificación del mandamiento de pago y no evaluó los efectos de la omisión de notificación de la sustitución procesal en términos de los derechos fundamentales de la parte ejecutada. El Tribunal consideró que el que no fuera necesario comunicar la cesión de derechos litigiosos significaba que tampoco era necesario notificar la sustitución procesal, de modo que dejó de aplicar el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, así como la interpretación que le dio la Corte Constitucional en la sentencia C-1040 de 2000”.

6. La escisión en la legislación italiana

Uno de los argumentos defensivos planteados por el Consorcio La Miel, consiste en afirmar que las escisiones realizadas lo fueron de conformidad con la legislación italiana. De allí la necesidad de examinar los requisitos y efectos que la misma consagra:

Código Civil italiano.

SEZIONE III Della scissione delle società

“Art. 2504 formas de división.

La división de una empresa se lleva a cabo a través de la transferencia de todos sus activos a varias empresas, existentes o de nueva creación y asignación de sus acciones a los accionistas de la primera; la división de una empresa puede llevar a cabo también mediante la transferencia de parte de sus activos a una o más empresas, preexistentes o de nueva creación, y la asignación de sus acciones a los accionistas de la primera.

La participación en la división no se permite a las empresas sujetas a un procedimiento de quiebra o que están en proceso de liquidación que iniciaron la distribución de activos”.

Para que la escisión surta efectos debe inscribirse en la oficina del registro de empresas en el registro de las empresas beneficiarias. Sin embargo, se puede establecer una fecha posterior, salvo en el caso de escisión por constitución de nuevas empresas.

Cada empresa es responsable solidariamente, hasta el valor de los activos netos transferidos a la empresa escindida...” (negrillas agregadas)

Adviértanse las semejanzas existentes entre las legislaciones colombiana e italiana en relación con la naturaleza jurídica de la escisión de sociedad, y sobre todo, en punto a sus efectos frente a terceros.

7. Conformación y finalidades de los consorcios

En Colombia, con la expedición de la Ley 80 de 1993, los consorcios y uniones temporales están autorizados para celebrar contratos estatales, “cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene [...] una entidad estatal [...] que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea esta otra entidad estatal o un particular, o un conjunto de estos”[66]. La jurisprudencia ha señalado que esta clase de agrupaciones tienen su origen en el derecho privado y están fundamentadas en el principio de cooperación empresarial, orientado a aunar recursos financieros y tecnológicos, que les permite distribuirse de algún modo los riesgos frente a una actividad determinada, conservando, en todo caso, la independencia de cada uno de sus miembros (Corte Constitucional, Sentencia C-414/94).

En cuanto al régimen de solidaridad, la Ley 80 de 1993 define los consorcios como la unión de dos o más personas que, en forma conjunta, presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los consorcios, la Corte Suprema de Justicia – Sala de

Casación Civil y Agraria, en sentencia del 13 de septiembre de 2006, expresó:

“Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de ‘una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad’ (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985, p. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas”.

La regla general en los contratos de colaboración empresarial se constituye en la no formación de la personalidad jurídica y en el régimen de responsabilidad solidaria.

Cabe agregar que con el consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar.

En lo que atañe a la conformación y permanencia del consorcio, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“los integrantes del consorcio responden solidariamente por la ejecución del contrato celebrado, lo que viene a salvaguardar la posición de la entidad contratante frente a aquél

dado que uno de los extremos de la relación jurídica contractual, carece de personalidad jurídica; de igual manera la prohibición de cederse el contrato entre quienes integran el consorcio es una forma de mantener la finalidad del mismo, las causas que le dieron origen, hasta la culminación normal del propósito para el que fue constituido. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 3 de julio de 1987. CP. Jaime Betancur Cuartas).

A manera de conclusión sobre las características de los consorcios, Jorge Enrique Ibañez Najar, en su artículo “De los consorcios y uniones temporales” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2009), sostiene lo siguiente:

“1. Surgen de un acuerdo de voluntades: el consorcio y la unión temporal surgen de la voluntad de sus integrantes de unir sus fuerzas para la presentación de una propuesta encaminada a la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal.

Para su constitución la ley no establece ninguna formalidad específica, no se requiere de escritura pública ni de trámites notariales. Se necesita solamente un documento en el cual, sus integrantes de manera clara y expresa, manifiesten la intención de constituir la unión temporal o el consorcio para el proceso licitatorio específico y la posterior ejecución del contrato, indicando si la participación es a título de consorcio o de unión temporal, designando la persona que los va a representar y señalando las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. En uno y otro caso deberá indicarse los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

No tienen personería jurídica: la ley le otorga al consorcio y a la unión temporal capacidad para contratar, sin que ello signifique que les haya conferido personería jurídica; actúan y participan en la contratación estatal como si la tuvieran en la presentación de la propuesta y en el posterior desarrollo del contrato, pero una vez liquidado, éstas figuras dejan de tener vigencia alguna.

3. Duración: la duración del consorcio o de la unión temporal está limitada a la duración del contrato; una vez liquidado, estas figuras dejan de tener vigencia. Por su naturaleza misma, nacen exclusivamente por el tiempo necesario para la ejecución del contrato.

4. Responsabilidad: en el consorcio sus integrantes responden de manera solidaria frente a todas y cada una de las obligaciones que se deriven de la propuesta y del contrato”.

Si los integrantes del consorcio o la unión demandan o son demandados judicialmente, por causa de la propuesta o el contrato celebrado con la entidad estatal, deben, para actuar válidamente en el proceso, comparecer todos y así integrar el litisconsorcio necesario activo o pasivo (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de octubre de 2003. Rad.: 1513. CP. Gustavo Eduardo Aponte Santos).

Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 13 de diciembre de 2001 (Rad.: 1305), del 13 de mayo de 2004 (Rad.: 153.1) y del 30 de septiembre de 2004 (Rad.: 6945).

8. Análisis de los defectos que aquejan al laudo arbitral y la providencia del Consejo de Estado

El laudo arbitral y el auto que resuelve el recurso de anulación emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurren en los siguientes defectos:

- Aplicación de la Ley 222 de 1995 e inaplicación del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en materia de solemnidades de la escisión (defecto sustantivo). La legislación aplicable al contrato de obra celebrado entre el Estado colombiano) y el Consorcio La Miel (MI-100 del 24 de abril de 1995) era el Código de Comercio y no la Ley 222 de 1995.

- El Tribunal de Arbitramento aplicó la legislación italiana, debiendo aplicar la colombiana (defecto sustantivo). De conformidad con el texto del otrosí suscrito entre ISAGEN y el Consorcio La Miel, “El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana”. No obstante lo anterior, el Tribunal consideró que las escisiones realizadas en Italia, bajo las normas de dicho país, eran aplicables automáticamente en Colombia, siendo que las mismas nunca fueron informadas a ISAGEN.

- El Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para resolver la controversia, por cuanto el otrosí número 13 no fue suscrito por las sociedades que en su momento conformaban realmente el Consorcio La Miel. Por esa misma vía, se desconoció el artículo

116 constitucional, que consagra el principio de voluntariedad en materia arbitral (defecto orgánico). El Tribunal arbitral fundó su presunta competencia en un otrosí al contrato pactado, que sin embargo fue suscrito con un consorcio conformado de un modo que no se correspondía con la realidad. El otrosí modificatorio número 13 transformó la cláusula compromisoria en lo atinente a un previo requisito de mediación, para dejar el arbitraje como el mecanismo directo de resolución de conflictos y desavenencias. En la suscripción de este otrosí aparecían por una parte ISAGEN, y por otra un consorcio conformado de la siguiente manera: “CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT SA, ALSTOM BRASIL LTDA, ABB SAE SADELMi SPA Y KVAERNER ENERGY AS”. No obstante, aunque aparece en el consorcio la sociedad ABB Sae Sadelmi SPA, lo cierto es que jurídicamente aquélla ya no existía para cuando se suscribió el referido otrosí. Estas irregularidades indujeron a ISAGEN a incurrir en un manifiesto error, el cual por recaer sobre un contrato, celebrado específicamente en consideración a la persona, era entonces dirimente y suponía un vicio de la voluntad. En tal virtud, se presentó con respecto al otrosí un defecto orgánico que violó la Constitución, pues esta última prevé que los árbitros tienen competencia en la medida en que hayan sido “habilitados por las partes” (CP art 116), y en sentido estricto no hay una voluntad jurídicamente válida, reconocible y oponible, de habilitar jurídicamente a un tribunal arbitral para que resuelva una controversia, cuando el pacto en que supuestamente se funda esa atribución se edifica sobre la base de un manifiesto error dirimente, que vicia la voluntad de una parte. Esto a su turno implicó una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues este supone el derecho a no ser juzgado sino por juez “competente” (CP art 29), lo cual se desconoció, según lo antes dicho, en el presente caso.

9. Síntesis

1. El 24 de abril de 1995, entre el Consorcio La Miel y la Hidroeléctrica La Miel (contrato luego cedido a ISAGEN), se celebró un contrato de obra. En su cláusula 29 expresamente se prohibió cederlo, en todo o en parte, “sin previo consentimiento escrito por parte de la propietaria”. Expresamente, no se reguló el tema de la escisión de las sociedades que integraban el consorcio, ni del requisito de informarla a la entidad pública contratante.

2. A lo largo de la ejecución del contrato, varias empresas del Consorcio La Miel se escindieron, de conformidad y bajo las solemnidades de la legislación italiana, situación que jamás fue informada a ISAGEN.

3. Una comparación realizada entre las sociedades que integraban originalmente el Consorcio La Miel, las que suscribieron el otro sí número 13 (cláusula compromisoria) y aquellas que convocaron al Tribunal de Arbitramento, evidencia la existencia de importantes variaciones, las cuales nunca le fueron informadas a ISAGEN.

4. Las divergencias existentes entre las empresas que conformaban el Consorcio al momento de la suscripción del contrato de obra, aquellas que lo ejecutaron y suscribieron el otro sí contenido de la cláusula compromisoria, y las que finalmente acudieron a la justicia arbitral, son relevantes por cuanto: (i) el consorcio se presentó como una unidad económica al momento de licitar, y dadas las calidades de cada uno de sus integrantes fue seleccionado; (ii) los contratos administrativos son *intuitu personae*; (iii) está de por medio el cumplimiento de unos fines estatales; (iv) los cambios inconsultos en los consorcios pueden afectar gravemente el cumplimiento de un contrato estatal; (v) informar tales modificaciones vulnera la buena fe contractual; y (vi) todas las sociedades integrantes del Consorcio responden solidariamente por las obligaciones contraídas. De allí la importancia de conocer los cambios en la estructura del consorcio.

5. La escisión surge como una institución autónoma y regulada en virtud de la expedición de la ley 222 de 1995. Con anterioridad a la expedición de esta ley, estaba reglamentada en la legislación financiera y de valores, al igual que en la tributaria, pero no en la societaria. En tal sentido, y a falta de regulación expresa, a las escisiones le eran aplicables -por analogía- las disposiciones que regulaban la institución de la fusión, la cual sí estaba reglamentada en el derecho societario.

6. Si bien la escisión es una figura diferente a la cesión contractual, lo cierto es que produce unos efectos económico-jurídico trascendentales en la medida en que: (i) la sociedad con la cual se contrató se extingue; (ii) los contratos deberán ser cumplidos por una sociedad diferente a aquella que licitó y contrató.

7. La validez de una escisión en Colombia está sometida al cumplimiento de determinados requisitos y solemnidades, encaminadas a proteger: (i) acreedores y (ii) contratantes. En el caso concreto, al realizarse las escisiones según la legislación italiana, ninguna de las referidas solemnidades fueron cumplidas.

8. En el caso concreto, el fallo arbitral y la providencia del Consejo de Estado adolecen de

los siguientes defectos:

- Aplicación de la Ley 222 de 1995 e inaplicación del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en materia de solemnidades de la escisión (defecto sustantivo).
- El Tribunal de Arbitramento aplicó la legislación italiana, debiendo aplicar la colombiana (defecto sustantivo).
- El Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para resolver la controversia, por cuanto el otrosí número 13 no fue suscrito por las sociedades que en su momento conformaban realmente el Consorcio La Miel. Por esa misma vía, se desconoció el artículo 116 constitucional, que consagra el principio de voluntariedad en materia arbitral (defecto orgánico).

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Cláusula Primera “Objeto”, del contrato de obra MI-100. En Folio 74 del Anexo 2.

[2] Otrosí número 3: Cuaderno RC D1 “Documentos del Demandante”.

[3] Certificación expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, contenida en el Tomo 1/24 del expediente arbitral, folio 579.

[4] Lo anterior consta en la Sentencia que la Sección Tercera del Consejo de Estado profiere al resolver el recurso de anulación del laudo arbitral objeto de la presente acción de tutela (en Folio 893 del Anexo 7). También es descrito en la demanda de tutela, y es reseñado en la descripción histórica que la misma empresa hace en su página web. (disponible en http://www.sadelmi.it/en/about_us.html).

[5] Otrosí No. 5 al contrato de obra en los Folios 103 y 104 del Anexo 3.

[6] Otrosí No. 9 al contrato de obra en el Folio 105 del Anexo 4.

[7] En Folios 108 y 109 del Anexo 5. El texto del otrosí que modificó la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA es: // “PRIMERO. Modificar la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI- 100 la cual quedará así: CLAUSULA TRIGÉSIMO TERCERA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: Todas las desavenencias o controversias que deriven de este contrato que guarden relación con éste, y que no hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho reglamento. En caso de que el Presidente del Tribunal deba ser nombrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, dicho Presidente, deberá tener dominio suficiente del idioma castellano, deberá igualmente contar con experiencia suficiente en contratos de obra y haber participado, como árbitro, en por lo menos tres (3) arbitrajes administrados bajo el Reglamento de la CCI. El arbitraje tendrá como sede la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, en idioma español. El procedimiento será el previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI o, en su defecto, el que determine el Tribunal Arbitral. El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana. El laudo deberá estar motivado y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.”

[8] Contrato de obra MI-100. Folios 100-102 del Anexo 2.

[9] Esta fue la cifra corregida en los alegatos finales.

[10] Dice dicha cláusula: Las personas que integran el Consorcio Contratista, obrarán en forma solidaria en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que contraen por este Contrato y la Propietaria les podrá exigir su cumplimiento en forma conjunta, o a cada una de tales personas separadamente. // De otra parte, se acuerda expresamente que las obligaciones que la Propietaria contrae en virtud de este Contrato son indivisibles, es decir, que sólo pueden ser exigidas conjuntamente y de común acuerdo por las personas que se denominan configuran el Contratista”

[11] La “Conclusión intermedia”, contenida en Anexo 6, Folio 145.

[12] Anexo 6, Folio 148.

[13] Anexo 6, Folio 150.

[14] Cita la Sentencia 248 de 1999.

[15] Cita la Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[16] Dicha norma dispone: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”.

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de abril 22 de 2004, Expediente 25261, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 2009, Expediente: 35288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[19] En la demanda de tutela. Cuaderno 2, Folio 27

[20] Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958.

[21] Dispone la norma en cita: “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier Magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena (...)”.

[22] “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia

correspondiente sea proferida por la Sala Plena”.

[23] En dicha etapa procesal los apoderados de Isagen presentaron dos escritos: el 4 de mayo de 2015 un “memorial complementario”, y el 24 de junio del mismo año un escrito adicional; a su vez, el 7 de mayo del presente año allegó escrito el apoderado judicial de la Constructora Norberto Odebrecht S.A.; y, por su parte, el 16 de junio del año en curso, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado también presentó un memorial, a lo que días después, el 19 de junio, adjuntó copia de lo que denominó un “estudio jurídico suscrito por los apoderados especiales de Isagen (...)”, en el que se reafirmaba la solicitud de amparo. Todos estos documentos constan en el Cuaderno 3 del expediente de tutela.

[25] Respecto a los requisitos generales y los específicos en términos de viabilidad procesal y prosperidad de la acción de tutela ver las Sentencias T-933 de 2012, T-1047 de 2012 y T-265 de 2014. En esta última se indica: // “(...) en la Sentencia C-590 de 2005, siguiendo la postura de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, se planteó que sí se cumplen ciertos y rigurosos requisitos el juez constitucional puede analizar y decidir una causa elevada contra sentencias judiciales. Dentro de estos requisitos pueden distinguirse unos de carácter general que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otros de carácter específico que determinan su prosperidad”.

[26] Sentencia 173 de 1993.

[27] Sentencia T-504/00.

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

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

[30] Sentencia T-658-98

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

[32] Sentencia T-522/01

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

[34] Sentencia T-790 de 2010.

[35] SU-174 de 2007.

[36] En la Sentencia SU-147 de 2007, sobre los recursos de anulación y de homologación, se indicó: “Tales recursos han sido concebidos como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral, no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir en el ámbito contencioso administrativo al recurso de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, como se verá posteriormente (...) . // En este orden, en el ámbito arbitral no existe un recurso de apelación que permita acudir a la justicia estatal en segunda instancia. El ejercicio del recurso de anulación no desencadena como tal una segunda instancia, puesto que –como se dijo– sus causales son restringidas, y las competencias de los jueces que conocen de ellos no son plenas, a diferencia de lo que sucede con los jueces de apelación, cuya única restricción es la de no violar la prohibición de reformatio in pejus. Por el contrario, los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador”.

[37] Sentencia T-466 de 2011.

[38] Al respecto dice la Sentencia T-466 de 2011: “(...) la Corte Constitucional, respetando la voluntad de las partes de poner fin a una determinada controversia de naturaleza transigible a instancias de árbitros, y advirtiendo la naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones, ha manifestado de manera uniforme y reiterada que, por regla general, la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales”.

[39] Estas características fueron indicadas primeramente en la Sentencias SU174 de 2007, y asumidas en fallos posteriores como en la T-972 de 2007, T-058 de 2009 y T-466 de 2011, entre otras.

[40] Sentencia T-466 de 2011.

[41] Sentencia T-244 de 2007.

[42] Sentencia T-972 de 2007.

[43] Sentencia T-466 de 2011.

[44] Ibídem. Dice la providencia: “La anterior característica de la justicia arbitral, derivada directamente del carácter voluntario de este mecanismo de solución de controversias, conlleva a que los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales sean restringidos, limitándose a conjurar, por regla general, violaciones al derecho fundamental al debido proceso, manifestadas a través de errores in procedendo. En efecto, el elemento voluntario del arbitramento implica que – en principio – la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible”

[45] Sentencia T-225 de 2010.

[46] Sentencia C-330 de 2012.

[47] Ver, entre otras, la Sentencia T-765 de 2013 o la C-572^a de 2014.

[48] Sentencia SU-170 de 2007.

[49] Sentencia T-443 de 2008.

[50] Sentencia T-311 de 2009.

[51] Al respecto ver las sentencias T-231 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997, T-267 de 2000, y T-311 de 2009 entre otras.

[52] Sobre este particular, en la Sentencia T-466 de 2011, se manifestó: “Al igual que como ocurre con el defecto sustantivo, el principio de estabilidad jurídica de los laudos arbitrales y el carácter restringido de las vías para controlarlos imponen que la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la actividad probatoria de los árbitros esté sometida a la demostración de una auténtica vía de hecho, por haber realizado una apreciación de las pruebas caprichosa y carente de razonabilidad”.

[53] Ibidem.

[54] Al respecto, en la Sentencia T-790 de 2010, se señaló: “(...) la Corte ha precisado que

el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora del análisis probatorio que realiza el juez ordinario, pues ello sería contrario al carácter subsidiario de la acción de tutela e implicaría invadir la órbita de la competencia y la autonomía de las otras jurisdicciones”.

[55] Sentencia T-244 de 2007.

[56] Ver Sentencia C-543 de 1992

[57] Sobre este aspecto se refirió la Sentencia T-730 de 2003, y más recientemente la Sentencia T-1028 de 2010, en la que la corte advirtió que: “la exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable, caso en el que se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas. En segundo lugar, impedir que el amparo se convierta en factor de inseguridad [jurídica]. En tercer lugar, evitar el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia en la agencia de los derechos”

[58] Al respecto, en la Sentencia SU-961 de 1999, se indicó que: “Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.”

[59] Al respecto la Sentencia t-113 de 2013 señaló: “No hace parte de los fines naturales de la acción de tutela el causar incertidumbre jurídica entre los asociados. Por esto, la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos, o están pendientes de definir. Sin embargo, cuando se desconoce el principio de subsidiariedad, y se intenta usar la acción de tutela como otra instancia u otro recurso de litigio, sin que existan razones evidentes para advertir violaciones a derechos fundamentales, se atenta contra la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica”.

[60] Anexo 6, Folio 147.

[61] Decía el numeral cuarto del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 cuando enumera las causales de nulidad del laudo arbitral: “Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos”.

[62] Estas pretensiones están resumidas en el laudo arbitral. Anexo 6, folio 41 y 42.

[63] Sobre la procedencia del defecto fáctico, en la Sentencia T-417 de 2008 indicó que “cuando el error en el juicio valorativo de la prueba sea de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”.

[64] Cuaderno 2, folio 54.

[65] Ver Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho mercantil, t. I., 23a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 227 y 228; Óscar Vázquez del Mercado, Asamblea, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, 4a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 449 y 450; Jorge Barrera Graf, Instituciones de derecho mercantil. Generalidades. Derecho de la empresa. Sociedades, 2a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 717 y 718.

[66] Benavides, J.L & Santofimio, J.O. (2009). Contratación Estatal – Estudios sobre la reforma del estatuto contractual ley 1150 de 2007. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.