

**I. EXPEDIENTE T-4273880 - SENTENCIA SU-033/18 (Mayo 3)**  
M.P. Alberto Rojas Ríos

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

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

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

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

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

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

A la luz de una comprensión como esta, en materia arbitral, la competencia del fallador está circunscrita por dos aspectos centrales, a saber: (i) la voluntariedad y, (ii) el principio de *kompetenz kompetenz*, cuestión que se concreta en el caso bajo estudio en la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria que EBSA - GENSA y CES suscribieron dentro del Contrato No. 94.016 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia. Al verificar los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte encontró que la acción interpuesta no acreditó suficientemente los presupuestos de relevancia constitucional y subsidiariedad.

En materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional exige una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que deben existir las vulneraciones *ius* fundamentales, cuyo amparo sea una necesaria protección contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, por lo cual, la actuación del juez de tutela debe limitarse a las afectaciones graves, decretadas y evidentes de los derechos fundamentales en el proceso arbitral. Se trata de argumentos tendientes a demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión *in procedendo*, y no razonamientos, como en este caso, que recaigan sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral.

Por lo que respecta a la subsidiariedad, la Corte encontró que la sociedad accionante instauró el recurso extraordinario de anulación el día 19 de julio de 2012, esto es, dos meses antes a la interposición de la acción de tutela, la cual fue presentada el 12 de septiembre de 2012<sup>1</sup>. En ese sentido, la Sala Plena sostuvo que el recurso extraordinario de anulación era el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar la supuesta vulneración al debido proceso, teniendo en cuenta que las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico permiten al accionante solicitar la protección de los errores *in procedendo*, presuntamente conculcados con la actuación del Tribunal de Arbitramento.

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

Adicionalmente, la Corte advirtió que la pretensión de la accionante tiene un claro contenido patrimonial, al punto que solicita subsidiariamente, -en caso de no acceder a la revocatoria del laudo arbitral-, que se reduzca una suma considerable de la condena impuesta a través del laudo atacado. En este aspecto, la Sala Plena señaló que aunque no existe una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, existe una categórica distinción entre los derechos fundamentales y los derechos de contenido patrimonial. Los primeros se caracterizan, entre otras cosas, por no ser negociables, mientras que los segundos establecen "relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder". Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un claro contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia constitucional (sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), hace propicio reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien, después de someterse a un proceso jurisdiccional, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales por un tribunal de arbitramento.

Al no satisfacerse las condiciones genéricas de procedibilidad, no hubo lugar a examinar los defectos alegados, a saber: fáctico y sustantivo, los cuales, además, fueron previamente estudiados y

---

<sup>1</sup> Ibidem, folio 2283.

desestimados paralelamente por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede extraordinaria de anulación<sup>2</sup>.

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

El magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto sobre algunos temas analizados en la parte considerativa de esta sentencia.

**AL MOMENTO DE RESOLVER EL INCIDENTE DE DESACATO A UN FALLO DE TUTELA, LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE ESTABLECER SI CONCURREN *FACTORES OBJETIVOS Y/O SUBJETIVOS* DETERMINANTES PARA VALORAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE TUTELA POR PARTE DE SU DESTINATARIO Y MODULAR LAS CONDICIONES DEL AMPARO CONCEDIDO. LA CORTE CONSTITUCIONAL SUBRAYÓ QUE NO PUEDE ADMITIRSE NI PROMOVERSE EL USO ESTRATÉGICO DE DICHO INCIDENTE, PARA CONVERTIRLO EN UN MECANISMO QUE DILATE EL CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DE TUTELA**