



Sentencia T-354/19

Referencia: Expediente T-7.033.416

Accionantes: GECELCA S.A. E.S.P. y
GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Accionado: Tribunal Arbitral de la Cámara
de Comercio de Bogotá

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la Sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2018, que confirmó la Sentencia dictada por la Sección Cuarta el 26 de julio de 2018 de la misma Corporación con ocasión de la acción de tutela promovida por las sociedades GECELCA S.A. E.S.P. (en adelante, Gecelca) y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. (en adelante, Gecelca 3 y, junto con Gecelca, las Accionantes) en contra del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, el Tribunal).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y en los artículos 50, 51 y 53 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección Diez (10) de la Corte Constitucional, mediante Auto de 29 de octubre de 2018, notificado el 14 de noviembre del mismo año, resolvió

seleccionar el expediente de tutela de la referencia y repartirlo a la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Las Accionantes, mediante apoderado judicial, presentaron acción de tutela contra el laudo final proferido el 4 de diciembre de 2017 por el Tribunal (en adelante, el Laudo Final) por considerar que vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

El Laudo Final tuvo origen en las controversias que surgieron entre las Accionantes y el CONSORCIO CUC-DTC, integrado por las sociedades CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y DONGFANG TURBINE CO. LTD. (en adelante, el Consorcio), en la ejecución y liquidación del contrato (en adelante, el Contrato RP3) que celebraron el 22 de diciembre de 2010 con el objeto de construir la planta de generación termoeléctrica Gecelca 3 en el municipio de Puerto Libertador, departamento de Córdoba (en adelante, Central Gecelca 3).

2. Hechos relevantes

2.1. Gecelca es una empresa de servicios públicos mixta, organizada como sociedad anónima, en la que la Nación tiene una participación accionaria del 99% en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y es propietaria del 99% del capital social de Gecelca 3. Esta última también es una empresa de servicios públicos mixta, organizada como sociedad por acciones simplificada.

2.2. Por su parte, el Consorcio está conformado por dos sociedades extranjeras, CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y DONGFANG TURBINE CO. LTD., incorporadas bajo las leyes de la República Popular China y con domicilio en el mismo país.

2.3. El 2 de septiembre de 2009, Gecelca y Gecelca 3 celebraron un contrato de mandato en virtud del cual Gecelca, en calidad de mandataria de Gecelca 3, quedó facultada para contratar mediante la modalidad “llave en mano” (también conocida como EPC), todas las actividades relacionadas con la construcción, instalación y puesta en operación de la Central Gecelca 3.

2.4. En desarrollo de su mandato y a partir de la aceptación de la solicitud abierta de ofertas Nro. SCN-03-2009-10, el Consorcio y Gecelca -en nombre y por cuenta de Gecelca 3- celebraron el Contrato RP3 el 22 diciembre de 2010, para:

“La realización por parte del EL CONTRATISTA EPC y a favor de GECELCA de la ingeniería, adquisición, construcción, instalación y puesta en operación comercial bajo la modalidad llave en mano, de una central térmica con capacidad de generación de ciento sesenta y cuatro mil (164000) kW netos en sitio, a una frecuencia de 60 Hz y una tensión de 110 kV, en una sola unidad a carbón con caldera de lecho fluidizado, en jurisdicción del municipio de Puerto Libertador, Departamento de Córdoba- Colombia”¹.

2.5. El literal c) de la cláusula 31 del Contrato RP3 estableció una cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“c) Las disputas relativas a este Contrato que no hayan sido resueltas de acuerdo con los literales anteriores, serán resueltas por arbitramento, de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tal arbitramento se hará con tres (3) árbitros colombianos nombrados por dicho centro y será conducido en el idioma español. El laudo arbitral será en derecho, definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la Parte que incumpliere”².

2.6. El 29 de agosto de 2013, las partes celebraron un otrosí (en adelante, Otrosí Nro. 1) mediante el cual extendieron el plazo del Contrato RP3 y fijaron que la entrada en operación comercial de la Central Gecelca 3 sería el 31 de marzo de 2014 y la entrega total de las obras se produciría el 10 de julio del mismo año.

2.7. Durante el desarrollo del Contrato RP3 surgieron controversias relacionadas con: (i) el periodo máximo de ejecución; (ii) la suspensión de las obras desde el 25 de julio de 2014 hasta el 5 de septiembre del mismo año; (iii) la supuesta mora de Gecelca 3 en el pago de algunas facturas al Consorcio; (iv) la imposición de una multa por parte de Gecelca, en nombre de Gecelca 3, al Consorcio por cuenta de un incumplimiento parcial; (v) la devolución de los saldos pendientes retenidos por Gecelca 3 y la suscripción de la garantía de estabilidad de la obra; y (vi) la supuesta materialización de varios incumplimientos contractuales en cabeza del Consorcio. No obstante, lo anterior, el 17 de septiembre de 2015 la Central Gecelca 3 entró en operación.

2.8. El arbitraje:

2.8.1. El 29 de diciembre de 2014, el Consorcio presentó una solicitud para someter a arbitraje internacional las controversias relacionadas con el Contrato RP3 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, el Centro de Arbitraje), la cual fue contestada por

¹ Folio 163 del Anexo 1.

² Folios 185 y 186 del Anexo 1.

Gecelca 3 el 29 de enero de 2015, fecha en la que también contestó Gecelca solicitando ser desvinculada del trámite.

2.8.2. El 6 de febrero de 2015, el Consorcio presentó una complementación a la solicitud de arbitraje, la cual fue contestada el 11 de febrero de 2015, en escritos separados, por Gecelca 3 y Gecelca. En ambos escritos, las Accionantes solicitaron al Centro de Arbitraje que se abstuviera de sortear y designar los árbitros de su lista de árbitros internacionales por considerar que la naturaleza del arbitraje era nacional. En el expediente no consta prueba de la respuesta del Centro frente a tal solicitud.

2.8.3. El 11 de marzo de 2015, el Centro de Arbitraje informó sobre la conformación del tribunal arbitral con tres árbitros sorteados y designados de la lista de árbitros internacionales del Centro de Arbitraje y durante el término dispuesto para ello, ni las Accionantes ni el Consorcio presentaron recusaciones contra los árbitros designados.

2.8.4. No obstante lo anterior, en razón a que Gecelca 3 y Gecelca, por un lado, y el Consorcio, por el otro, diferían sobre la naturaleza nacional o internacional del arbitraje, el 17 de abril de 2015, el Tribunal los invitó a rendir sus observaciones sobre este punto. El 29 de abril de 2015, las partes presentaron escritos con sus respectivas observaciones sobre la materia.

2.8.5. El 8 de mayo de 2015, el Tribunal dictó un laudo parcial (en adelante, el Laudo Parcial) mediante el cual determinó, entre otros temas, que el arbitraje sería de naturaleza internacional debido a que: (i) había sido promovido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, la cual, en su artículo 119 dispone que la misma sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia; y (ii) se configuraron dos de los criterios previstos en el artículo 62 de la norma citada para que el arbitraje se considerara internacional, a saber, que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral tuvieran sus domicilios en Estados diferentes y que la controversia sometida a decisión arbitral afectara los intereses del comercio internacional.

2.8.6. El 9 de julio de 2015, el Tribunal emitió la orden de procedimiento Nro. 1 mediante la cual: (i) fijó las reglas de procedimiento acordadas entre Gecelca 3, Gecelca y el Consorcio; (ii) decidió sobre los temas en los que hubo desacuerdo; y (iii) estableció que el Tribunal debía dictar el laudo en un plazo no mayor a seis meses contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión. Durante el trámite arbitral y hasta el 30 de agosto de 2017, el Tribunal emitió 16 órdenes de procedimiento adicionales para efectos de dirigir el arbitraje.

2.8.7. El 30 de noviembre de 2015, el Consorcio presentó demanda arbitral, la cual fue contestada por Gecelca 3 el 28 de febrero de 2016, en escrito en el que también presentó demanda de reconvenición. En la misma fecha en la que

Gecelca, a su turno, contestó la demanda y solicitó al Tribunal decidir, como cuestión previa, su desvinculación del proceso. El 4 de abril de 2016, el Tribunal mediante la orden de procedimiento Nro. 3. negó tal solicitud.

2.8.8. El 28 de abril de 2016, el Consorcio presentó memoriales de réplica frente a las contestaciones de Gecelca 3 y Gecelca y el 28 de mayo siguiente, contestó la demanda de reconvención presentada por Gecelca 3. Por su parte, el 27 de junio del mismo año, las Accionantes presentaron –respectivamente– memoriales de dúplica y el 27 de julio de 2016 Gecelca 3 presentó su réplica frente a la contestación a la demanda de reconvención, contestada el 5 de septiembre de 2016 por parte del Consorcio mediante memorial de dúplica.

2.8.9. Del 5 al 8 de diciembre de 2016, el Tribunal celebró audiencia en la que las partes interrogaron a los testigos³ y del 20 al 24 de febrero de 2017, tuvo lugar la audiencia en la que los peritos⁴ expusieron sus conclusiones y fueron sometidos a careo. Posteriormente, el 5 y 6 de junio de 2017, las partes presentaron alegatos de conclusión tanto de forma oral como escrita.

2.8.10. El 4 de diciembre de 2017 el Tribunal profirió y notificó el Laudo Final, al que incorporó el Laudo Parcial. El árbitro José Armando Bonivento Jiménez salvó parcialmente su voto frente al Laudo Final por razones contenidas en el texto de la decisión. El Tribunal decidió lo siguiente:

- a. Declaró que el Centro no tenía jurisdicción, ni el Tribunal tenía competencia, para decidir sobre las pretensiones del Consorcio contra Gecelca, por cuanto ésta actuó como mandataria de Gecelca 3 en lo relativo a la celebración, ejecución y terminación del Contrato RP3 y, en ese sentido, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula compromisoria⁵.
- b. Declaró que el Centro tenía jurisdicción, y el Tribunal tenía competencia, para decidir sobre las pretensiones del Consorcio contra Gecelca 3 dentro de la demanda inicial, y sobre las pretensiones de Gecelca 3 contra el Consorcio dentro de la demanda de reconvención.
- c. Declaró que las pretensiones formuladas por el Consorcio en contra Gecelca 3 y las pretensiones de Gecelca 3 contra el Consorcio eran admisibles.

³ Los testigos interrogados fueron los siguientes: Johanna Covas, Liu Wu, Wang Zhiliang, Nicolás Tafur, Wilfran Pertuz, Wu Huijing, Álvaro Alemán, José Bencomo, Jairo Ávila, Gerjan Tadeo Bermejo, Aida Ximena Martínez, Carlos Angarita, Ronald Howard y Li Yanfei.

⁴ Los peritos interrogados fueron los siguientes: Nelson Gallardo y Glenn Villacoria (FTI), Chow Shiao Ling (FTI), Fabián Arias, Carlos Sosa y Rubén Pulgar (GPS), Manuel Manguasca (Cerrito Capital) y Marcelo Schoeters (Compass Lexecom) y Carmenza Chahín.

⁵ Gecelca (la matriz) actuó como mandataria de Gecelca 3 (filial) en la celebración del Contrato RP3, el cual incluye la cláusula compromisoria. En el arbitraje se vinculó a Gecelca, y en el Laudo Final se determinó que, como había suscrito el Contrato RP3 y por ende la cláusula compromisoria en calidad de mandataria, el Tribunal no era competente para pronunciarse frente a ella pues no suscribió la cláusula compromisoria por su cuenta y riesgo, sino por cuenta de su mandante, Gecelca 3.

- d. Declaró que el Contrato RP3 existía, era válido, eficaz y oponible en todas sus cláusulas.
- e. Declaró que el plazo máximo para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato RP3 fue extendido de común acuerdo por medio de las actas de liquidación Nro. 2 a Nro. 8, hasta el 17 de marzo de 2016, a pesar de no haber suscrito un otrosí para el efecto.
- f. Declaró que Gecelca 3 incumplió las obligaciones pactadas en el Contrato RP3 por: (i) haber suspendido las actividades de construcción en la Central Gecelca 3 desde el 25 de julio de 2014 hasta el 5 de septiembre del mismo año. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Gecelca 3 pagar al Consorcio dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final las sumas de USD \$690.064 y de USD \$551.166,54, esta última por concepto de intereses de mora; (ii) haber incurrido en mora en el pago de las facturas expedidas por el Consorcio y, por tanto, ordenó a Gecelca 3 a pagar al Consorcio dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final la suma de USD \$389.915,13; y (iii) haber impuesto una multa indebida al Consorcio, que ascendió a USD \$10.425.000 y haberle descontado USD \$10.350.000 de los pagos que le adeudaba al Consorcio, por lo que ordenó a Gecelca 3 a pagar al Consorcio dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final las sumas de USD \$10.350.000 y de USD \$8.266.731,30, esta última por concepto de intereses de mora.
- g. Declaró que el saldo pendiente de pago del Contrato RP3 ascendía a USD \$13.299.404, por lo que ordenó a Gecelca 3 pagar al Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final dicha suma más USD \$7.280.146,95 por concepto de intereses de mora.
- h. Declaró que era procedente aplicar la sanción prevista en el artículo 16.3.1 de Contrato RP3 en contra del Consorcio y ordenó descontar USD \$497.600 de las sumas que, como consecuencia de la liquidación del Contrato RP3 Gecelca 3, debía pagarle.
- i. Declaró que el Consorcio tenía la obligación de entregarle a Gecelca 3 la garantía de estabilidad de la obra. En consecuencia, ordenó al Consorcio, previa entrega por parte de Gecelca 3 del certificado de recepción y aceptación de las obras, constituir a su favor dicha garantía dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final.
- j. Declaró que el Contrato RP3 se encontraba liquidado.
- k. Ordenó que, en caso de que Gecelca 3 incumpliera con el pago de las condenas contenidas en el Laudo Final, correrían en su contra intereses de mora a la máxima tasa legal aplicable.

- l. Ordenó a los miembros del Consorcio y/o al Consorcio pagarle a Gecelca la suma de COP \$824.568.463,80 dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del Laudo Final, por concepto de los gastos y costas en los que Gecelca incurrió con ocasión del trámite arbitral debido a que no debió haber sido vinculada al mismo.
- m. Rechazó las demás pretensiones formuladas por Gecelca 3 y el Consorcio.

2.9. El recurso de anulación⁶:

El 11 de enero de 2018, Gecelca 3, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de anulación contra el Laudo Final ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Invocó, como causales de anulación, las contempladas en el artículo 108, numeral 1, literales b) y d) de la Ley 1563 de 2012, así:

- *“b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; (...)”*, pues el Tribunal le impidió ejercer sus derechos a solicitar la aclaración y/o corrección del Laudo Final o, inclusive, a que se emitiera un laudo adicional. Lo anterior, debido al vencimiento del término de las actuaciones arbitrales, sin que las mismas fueran prorrogadas por el mismo Tribunal.
- *“d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley”*, pues el Tribunal desconoció el procedimiento acordado por las partes al negar que Gecelca 3 presentara un dictamen de contradicción y al permitir que el Consorcio presentara, bajo la denominación de un dictamen corregido, un nuevo peritazgo.

Asimismo, señaló que a la Sección Tercera le correspondía anular el Laudo Final de manera oficiosa y según lo dispuesto en el artículo 108, numeral 2, literal b), cuando:

- *“b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia”*, lo anterior debido a que el Tribunal no había elevado solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁶ Sobre el estado de dicho proceso de anulación, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en escrito fechado 5 de marzo de 2019, certificó que el recurso había sido avocado por tal Corporación en auto del 21 de agosto de 2018, en el cual se había ordenado correr traslado para presentar alegatos al Consorcio y al Ministerio Público para lo de su cargo. Agregó que el proceso ingresó el 24 de octubre de 2018 al despacho de la Consejera Ponente, doctora María Adriana Marín y que, a la fecha del escrito, se encontraba pendiente de elaborar proyecto de sentencia.

2.10. El 31 de enero de 2018, a raíz de una solicitud de corrección elevada por el Consorcio, el Tribunal corrigió errores tipográficos en tres párrafos del Laudo Final, y rechazó las demás peticiones formuladas.

2.11. A su vez, el 28 de febrero de 2018, las Accionantes, conjuntamente y mediante apoderado judicial, interpusieron acción de tutela contra el Laudo Final por considerar que se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva (en adelante, la Acción de Tutela), por lo que solicitaron que se deje sin efectos el Laudo Final. La Acción de Tutela es causa del presente trámite de revisión.

3. Fundamentos de la Acción de Tutela

En la Acción de Tutela, las Accionantes, además de solicitar el decreto de una medida provisional, argumentaron las razones por las cuales consideran cumplidos los requisitos de procedibilidad generales y específicos exigidos para las tutelas interpuestas contra laudos arbitrales.

3.1. Medida provisional. Solicitaron que, como medida provisional, se suspendiera el pago de las condenas pecuniarias impuestas en el Laudo Final y se dispusiera que, durante el término de suspensión, no se generaran intereses adicionales a favor del Consorcio.

Para sustentar la solicitud, indicaron que era necesario proteger el patrimonio de Gecelca 3 condenada a pagar la suma de USD \$24.729.383, como condena principal, y USD \$16.098.044,79 por concepto de intereses para un total de USD \$40.827.427,7. Señalaron que, para pagar esta condena, Gecelca 3 tendría que solicitar un crédito a una entidad financiera que causaría intereses en un orden de USD \$18,500 diarios.

Arguyeron que el decreto de la medida provisional era indispensable para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, en razón de su naturaleza jurídica, además de que los recursos públicos y las actividades de generación de energía se verían afectadas por el término perentorio otorgado para el pago y los excesivos intereses determinados en el Laudo Final.

Pusieron de presente que, de no accederse a la suspensión solicitada, una eventual sentencia de tutela favorable a las Accionantes sería ilusoria, habida cuenta que las sociedades que conforman el Consorcio son extranjeras y, si Gecelca 3 llegara a pagarles lo dispuesto en el Laudo Final, la devolución de dichos dineros se haría difícil.

Agregarón que la medida provisional se solicitaba por medio de la Acción de Tutela puesto que el recurso de anulación contra laudos internacionales, de acuerdo con el artículo 109 de la Ley 1563 de 2012, no permite solicitar la suspensión provisional del laudo.

3.2. Requisitos de procedibilidad

Las Accionantes adujeron que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y en particular con la Sentencia SU-500 de 2015, la acción de tutela procede contra las decisiones de los tribunales de arbitramento, incluyendo las de los tribunales internacionales. Agregaron que, por vía del numeral 3 del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012, los laudos internacionales cuya sede sea Colombia se consideran como nacionales y “[p]or ese motivo pueden ser ejecutados sin un procedimiento de reconocimiento, pero también están sujetos a los recursos y las acciones del ordenamiento jurídico colombiano, como son el recurso de anulación – para los errores in procedendo- y la acción de tutela cuando se vulneran los derechos fundamentales”⁷.

Señalaron que la Corte Constitucional, en Sentencia T-244 de 2007, estableció que los laudos arbitrales son materialmente equivalentes a las sentencias judiciales y, en ese sentido, a los primeros les son aplicables las mismas causales de procedibilidad en sus dimensiones genérica y específica. Igualmente remitieron a la Sentencia C-431 de 2016 con el fin de afirmar que, en virtud del principio de voluntariedad y en aplicación del artículo 116 superior, los árbitros nacionales e internacionales tienen los mismos deberes, poderes y facultades que los jueces, a pesar de que en estricto sentido no lo sean, de manera que cuando se considera que un laudo arbitral internacional ha desconocido derechos fundamentales de las partes se han de cumplir los mismos requisitos que se le exigen a las acciones de tutela contra laudos nacionales.

Frente al alcance del derecho al debido proceso en los trámites arbitrales, indicaron que en la Sentencia SU-556 de 2016, la Corte analizó el derecho a no ser juzgado sino “conforme a leyes y a la Constitución (CP arts 4 y 29), por autoridad jurisdiccional “competente” (CP arts 29 y 116) y a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual presupone el derecho a que las pruebas allegadas no se valoren de un modo manifiestamente irrazonable (CP art 29)”⁸, motivo por el cual la configuración de un defecto orgánico, fáctico, sustantivo o procedimental es, por sí misma, una violación al derecho al debido proceso.

Y antes de pronunciarse sobre el cumplimiento de las causales genéricas de procedibilidad, las Accionantes finalizaron por advertir que la excepcionalidad de la procedencia de la tutela frente a los laudos no puede interpretarse como una “inmunidad constitucional para los laudos arbitrales”⁹ y que tal control era conducente para asegurar que los árbitros cumplieran la ley y la Constitución.

⁷ Folio 24 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

⁸ Folio 29 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

⁹ Folio 29 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

3.2.1. Requisitos generales

3.2.1.1. Relevancia constitucional. Alegaron cinco razones por las cuales consideran que el escrito de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional: (i) la afectación material al debido proceso es suficiente para dotar de relevancia constitucional las tutelas contra laudos; (ii) las consecuencias para el patrimonio público que se desprenden del Laudo Final; (iii) la afectación de los derechos al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva de Gecelca 3, en la medida en que, al haber calificado el arbitraje como internacional, el Tribunal impidió que Gecelca 3 accediera a los jueces “*en condiciones de igualdad*”¹⁰ pues restringió el recurso de anulación a las causales previstas para laudos internacionales, las cuales, a su juicio, son más restrictivas que sus pares nacionales; (iv) el imperio de la Constitución Política debe reafirmarse en los contratos estatales cuando en los mismos se incluyan cláusulas compromisorias; y, (v) el desconocimiento de la *ratio decidendi* de la Sentencia C-170 de 2014 por parte del Tribunal al declararse internacional, por cuanto “[d]icha sentencia estableció que las normas legales que delimitan el consentimiento otorgado por las partes al arbitraje, y por tanto, sirven para interpretar el pacto arbitral, no pueden ser aplicadas de manera retroactiva a contratos celebrados con anterioridad a su vigencia”¹¹.

3.2.1.2. Subsidiariedad. Las Accionantes se apoyaron en jurisprudencia constitucional¹² para deducir que cuando los argumentos de la tutela y del recurso de anulación son distintos y los defectos planteados en la tutela no caben dentro de las causales de anulación, es posible interponer ambos en simultánea. Sostuvieron que el recurso de anulación permite plantear violaciones al debido proceso durante el procedimiento arbitral pero únicamente por errores *in procedendo*, mientras que la tutela permite alegar vicios derivados de la vulneración de la Constitución.

Explicaron que el recurso de anulación que presentaron ante la Sección Tercera del Consejo de Estado se limitó a solicitar la nulidad del Laudo Final enervando causales que se materializan en errores *in procedendo*, mas no incluyeron consideraciones sustantivas ni probatorias sobre el Laudo Final. En ese sentido, aclararon que tales vicios se alegan en la Acción de Tutela, mecanismo que, a su parecer, es el conducente para que el juez califique los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones e interpretaciones plasmados en el Laudo Final y que vulneraron sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Reforzaron su postura al evidenciar que tal circunstancia era aún más notoria en el caso de los laudos internacionales, frente a los cuales las causales de nulidad son más restrictivas que frente a los nacionales, además de que la

¹⁰ Folio 30 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

¹¹ Folio 31 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

¹² Las Peticionarias hicieron referencia a las Sentencias T-294 de 1994, T-244 de 2007, T-972 de 2007, T-058 de 2009 y SU-500 de 2015, entre otras.

jurisprudencia de la Corte Suprema había dispuesto que tales causales debían aplicarse de manera taxativa y no extensiva frente a los laudos internacionales.

3.2.1.3. Inmediatez. Manifestaron que la Acción de Tutela cumplía con el requisito de inmediatez por haberse presentado 26 días después de la notificación de la decisión sobre la solicitud de corrección del Laudo Final y que este último, inclusive, se había notificado hacía menos de tres meses a la fecha de la presentación de la Acción de Tutela.

3.2.1.4. Carácter decisivo de las irregularidades procesales. Indicaron que los defectos del Laudo Final tenían un carácter decisivo por los siguientes motivos:

“(i) Al calificar el arbitraje como internacional, se desconoció el principio de voluntariedad y se recortaron decisivamente las garantías procesales de las entidades estatales, Gecelca y Gecelca 3. Se adelantó el procedimiento arbitral de acuerdo con reglas pactadas entre las partes, en lugar de las normas procesales de orden público aplicables al caso. Además, el laudo quedó sujeto a un catálogo restringido de causales de anulación.

(ii) Al crear un segundo periodo de ejecución, en contra de lo dicho en el contrato, de principios constitucionales que rigen la función administrativa de las entidades estatales y de las pruebas que obran en el expediente, se concluyó que la entidad estatal, no el Consorcio, era la Parte que había incumplido el contrato. Esto llevó a imponerle a la entidad estatal una condena de USD 13.989.468 dólares americanos, con intereses de mora.

(iii) Al invalidar la multa, ignorando el contenido claro del informe de Interventoría y aplicando criterios y requisitos inexistentes en el Contrato se impuso una condena a la entidad estatal de USD10.739.915,13, con intereses de mora.

(iv) Al imponer intereses de mora, constituyendo a Gecelca 3 en mora desde la solicitud de arbitraje y aplicando una norma inaplicable a las obligaciones pagaderas en dólares, se impuso una condena de USD 16.098.044,79 por concepto de intereses de mora.

(v) Al establecer la obligación de pagar las anteriores sumas en treinta días, impone una carga injustificada y desproporcionada a Gecelca 3, que de acuerdo con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debería contar con diez meses para pagar”.¹³

¹³ Folios 37-38 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

3.2.1.5. No se impugna una sentencia de tutela. Las Accionantes pusieron de presente que el Laudo Final no es una sentencia de tutela y que, por tanto, la Acción de Tutela es procedente.

3.2.2. Requisitos específicos

Las Accionantes alegaron que el Laudo Final se aparta de la Constitución por 16 causales específicas de procedibilidad, las cuales compiló en cuatro grupos, de los que se dará cuenta en el mismo orden seguido en la Acción de Tutela.

3.2.2.1. La calificación del procedimiento arbitral como internacional en contra de la voluntad de las partes y de los requisitos legales y constitucionales expresos, decisión cuyos efectos continuaron hasta el Laudo Final, con lo cual el Laudo Final habría incurrido en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente constitucional.

Sostuvieron que, al calificar el trámite arbitral como internacional, el Tribunal aplicó indebida y retroactivamente la Ley 1563 de 2012; desconoció el precedente constitucional establecido en la Sentencia C-170 de 2014 el cual, según las Accionantes, radica en que *“las normas legales que delimitan las características del consentimiento al arbitraje, y por lo tanto llenan de sentido al pacto arbitral, no pueden aplicarse a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la norma”*¹⁴; vulneró el artículo 116 de la Constitución; inaplicó el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996); y desconoció el reglamento del arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Advirtieron que, tanto el defecto sustantivo como el desconocimiento del precedente, tuvieron graves efectos materiales, pues la internacionalización del trámite implicó que: i) a Gecelca y a Gecelca 3, a pesar de su calidad de entidades públicas, se les diera el tratamiento que se daría a cualquier otro agente del mercado mediante la aplicación exclusiva de reglas y supuestos del derecho privado; ii) se inaplicara lo establecido en el artículo 199 del Código General del Proceso para este tipo de casos, el cual permite la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público; y iii) el procedimiento del arbitraje fuera acordado por las partes en lugar de recurrir a las leyes imperativas vigentes, lo que permitió al Tribunal hacer ajustes de procedimiento en materia de plazos y oportunidades probatorias, y derivó en que el Tribunal inaplicara el derecho colombiano que rige a las entidades estatales, se apartara de las reglas mínimas de valoración probatoria, inaplicara el artículo 116 de la Constitución, e ignorara normas relativas al pago de condenas por parte de las entidades públicas y a la liquidación de intereses moratorios, sumado al carácter restrictivo de las causales de anulación a la hora de impugnar el Laudo Final.

¹⁴ Folio 41 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

Finalmente sostuvieron que, en gracia de discusión, aun acogiendo la interpretación del Tribunal sobre la aplicación de las normas vigentes al momento de convocar el Tribunal Arbitral en vez de aquellas vigentes al momento en que las partes pactaron la cláusula compromisoria, el Laudo Parcial desconoció el artículo 3.1.2. del reglamento de arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá. Según la interpretación de las Accionantes, este artículo establece que el consentimiento sobre el arbitraje internacional debe ser expreso y debe constar por escrito en la cláusula compromisoria para que el mismo reglamento sea aplicable.

3.2.2.2. La creación de un segundo periodo de ejecución contractual- que se habría iniciado 57 días después de la expiración del plazo acordado por las partes- habría conducido a que el Laudo Final incurriera en dos defectos fácticos, dos defectos sustantivos y una decisión sin motivación.

Las Accionantes señalaron que el Laudo Final determinó que el plazo de ejecución del Contrato RP3 había sido extendido tácitamente por Gecelca 3 y el Consorcio desde el 10 de julio de 2014, fecha en la cual venció el plazo fijado en el Otrosí Nro. 1, hasta el 17 de marzo de 2016.

- a) Defecto fáctico: Supuesta valoración contraevidente de la voluntad expresada en las actas de liquidación Nros. 2 a 8.

La extensión del plazo se originó en una valoración supuestamente contraevidente de las actas de liquidación Nro. 2 a Nro. 8, único medio probatorio al cual habría recurrido el Tribunal para proferir su decisión sobre este punto. Para demostrarlo, las Accionantes presentaron un cuadro comparativo en el que se contrastó el contenido textual de las mencionadas actas de liquidación frente a las apreciaciones hechas por el Tribunal.

En su concepto, el plazo de ejecución nunca fue prorrogado ni tácita ni automáticamente más allá del Otrosí Nro. 1 y, en ese sentido, el Laudo Final adolece de un defecto fáctico, por lo que la limitada valoración probatoria realizada por el Tribunal resultó en la declaración de incumplimiento de Gecelca 3 y en su correlativa condena a pagar el saldo del Contrato RP3, los intereses de mora sobre el mismo y una indemnización por la suspensión de los trabajos entre el 25 de julio de 2014 y el 25 de septiembre del mismo año.

- b) Defecto fáctico: Supuesta omisión de medios de prueba.

Las Accionantes manifestaron que la conclusión a la que llegó el Laudo Final sobre la extensión acordada del plazo, en su sentir equivocada, habría sido distinta si el Tribunal hubiera considerado otros medios de prueba que no aparecen mencionados en el capítulo dedicado a analizar la supuesta prórroga, pero que sí figuran en otros apartes del Laudo Final.

El material probatorio que no se tuvo en cuenta fue: (i) el acta de liquidación Nro. 1 suscrita el 15 de julio de 2014 en la cual se evidencia el desacuerdo de las partes sobre el vencimiento del plazo máximo de ejecución; (ii) la invitación a firmar un segundo otrosí que fue rechazada por el Consorcio y que demostraría que Gecelca 3 propuso extender el plazo de ejecución del Contrato RP3 hasta el 10 de febrero de 2015; (iii) la cláusula 25 del Contrato RP3, en la cual se dispone que el Contrato RP3 solo podía ser modificado por escrito y mediante un contrato adicional u otrosí; (iv) la comunicación remitida por Gecelca, en nombre de Gecelca 3, al Consorcio el 11 de julio de 2014 en la cual le hizo saber sobre el vencimiento del plazo contractual el 10 de julio de 2014; y (v) la solicitud de arbitraje presentada por el Consorcio ante el Centro de Arbitraje durante el periodo de liquidación del Contrato RP3, en la cual mencionó “*el derecho que tiene el Consorcio a que se le reconozca una extensión del plazo contractual*”¹⁵.

En su opinión, estos cinco elementos probatorios reposan en el expediente e, inclusive, algunos fueron mencionados en otros apartes del Laudo Final. En consecuencia, si el Tribunal los hubiera valorado habría llegado a una conclusión distinta con respecto al segundo período de ejecución contractual. Por tanto, encuentran configurada una vía de hecho por defecto fáctico debido a que la conclusión del Tribunal se basó en conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno, incurriendo, también, en una falta de motivación.

- c) Decisión sin motivación: De la supuesta ausencia de acuerdo sobre el periodo de liquidación, se habría deducido la existencia de acuerdo para crear un segundo periodo de ejecución.

Las Accionantes pusieron de presente que los laudos arbitrales internacionales pueden carecer de motivación si las partes así lo convienen. Sin embargo, tal supuesto no era aplicable al trámite arbitral adelantado, dado que en la cláusula compromisoria las partes pactaron que el arbitraje sería en derecho, lo que a su juicio remite ineludiblemente a una necesidad de motivación.

Subrayaron que dicha falta de motivación es una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la cual estiman probada y cumplida en el caso bajo examen.

En todo caso, insistieron en la ausencia de sustento legal para establecer una prórroga automática o tácita de un contrato estatal con un plazo de ejecución vencido.

- d) Defecto sustantivo: Supuesta modificación de la naturaleza del Contrato RP3 en la etapa de liquidación calificada como segundo periodo de ejecución.

¹⁵ Folio 69 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

Las Accionantes alegaron que el Laudo Final incurrió en un defecto sustantivo al modificar la naturaleza del Contrato RP3 en su etapa de liquidación y al calificarla, de forma equivocada, como segunda etapa de ejecución del Contrato RP3.

Describieron que en el Contrato RP3 se pactó un precio global fijo, por lo cual el Consorcio debía correr con todos los riesgos, sobrecostos e imprevistos de la obra, pero el Tribunal trasladó a Gecelca 3 gran parte de los riesgos inicialmente asignados al Consorcio y desconoció, en consecuencia, que la asignación de riesgos se había hecho en aras de salvaguardar el patrimonio público; dicha distorsión en la asignación de riesgos implicó que el Consorcio se beneficiara de su propia culpa.

También se pactó un plazo máximo de ejecución, luego del cual el Consorcio debía entregar la obra encargada, por lo que la obligación sería de resultado. En su concepto, la frustración de dicho plazo implica necesariamente el incumplimiento del objeto contractual, pues el Contrato RP3 contempló un solo periodo de ejecución, extendido únicamente por el Otrosí Nro. 1, por lo que bastaba con verificar que al 10 de julio de 2014 el Consorcio no hubiera entregado la obra para que se predicara su incumplimiento.

- e) Defecto sustantivo: Supuesta violación directa de la Constitución al deducir una voluntad implícita de la entidad pública contraria a los principios de publicidad, moralidad y transparencia.

Las Accionantes manifestaron que en el Laudo Final se configuró un defecto sustantivo por inaplicación de la Constitución al declarar la existencia de la voluntad de Gecelca 3 para extender el plazo máximo de ejecución de la obra, en contravía de los principios de publicidad, moralidad y transparencia.

Afirmaron que Gecelca 3 actuó conforme a los principios constitucionales, impuso la multa a la que había lugar por los retrasos del Consorcio ciñéndose al procedimiento acordado por las partes en el Contrato RP3, y extendió el plazo mediante el Otrosí Nro. 1 para lograr la recepción en operación de la Central Gecelca 3, pero ante la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre un borrador de un segundo otrosí y ante el incumplimiento del plazo por parte del Consorcio, se vio obligada a iniciar el periodo de liquidación en aras de salvaguardar el interés general, el patrimonio público y la prestación del servicio público esencial de energía. Puntualizaron que, si bien al Contrato RP3 no se le aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, Gecelca 3, por ser una entidad pública, debe cumplir con los principios constitucionales de la función administrativa y de la contratación estatal, uno de los cuales es el de la transparencia.

Durante dicho periodo recibieron las obras faltantes sin que en ningún documento se hubiera pactado que ello implicaba una extensión del plazo máximo de ejecución o un reconocimiento de un saldo por pagar, de lo que se

dejó constancia reiterada a través del rechazo de cualquier interpretación tendiente a afirmar que el plazo de ejecución se había prorrogado.

No obstante lo anterior, el hecho de autorizar la realización de obras durante el periodo de liquidación fue interpretado en el Laudo Final como un acuerdo de extensión del plazo máximo de ejecución, que resultó premiando al Consorcio con el reconocimiento del precio pactado, a pesar de sus reiterados y graves retrasos en las obras, en desconocimiento de los principios de publicidad y transparencia.

3.2.2.3. La invalidación y la orden de devolución de la multa impuesta legalmente al Consorcio por considerarla indebida a pesar de haber aceptado el incumplimiento del mismo Consorcio; con lo cual el Laudo Final habría incurrido en cuatro defectos sustantivos y en un defecto fáctico.

Las Accionantes expusieron que el 12 de abril de 2013 la interventoría le informó a Gecelca que, según el plan de trabajos acordado entre las partes, varias actividades presentaban incumplimientos significativos de los plazos, pues aun cuando para ese momento el Consorcio había ejecutado el 75,97% del cronograma, las actividades adelantadas por este no eran críticas, de manera que a esa fecha era posible prever que estos retrasos podían afectar el cumplimiento del plazo máximo de ejecución del Contrato RP3.

Con base en lo anterior, Gecelca, en nombre de Gecelca 3, le impuso una multa al Consorcio por USD \$10.425.000.

El Tribunal determinó que la multa era indebida y le ordenó a Gecelca 3 devolverle al Consorcio su importe más intereses de mora. Según las Accionantes, lo anterior configuró las siguientes vías de hecho:

- a) Defecto sustantivo: Supuesta exigencia de un estándar probatorio mucho más alto.

Las Accionantes aclararon que Gecelca, en nombre de Gecelca 3, cumplió los requisitos procedimentales y sustantivos de la cláusula 15 del Contrato RP3 para imponer al Consorcio la multa por el monto máximo permitido en la cláusula 15.1., pues se originó en atrasos debidamente verificados por la interventoría sobre los cuales no se presentó un plan de mejoramiento en los términos establecidos en el Contrato RP3.

Arguyeron que *“el Laudo Final al considerar que un contrato EPC es incompatible, por su naturaleza, con una previsión de hitos parciales para la entrega de las obras, establece una presunción de responsabilidad global que debía ser desvirtuada y cuyo acuerdo en contrario, obtención oportuna de hitos parciales, debía ser probada expresamente”*¹⁶. Dicha interpretación, a

¹⁶ Folio 90 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

juicio de las Accionantes, no es propia de la naturaleza del Contrato RP3 y va en contra del acuerdo entre las partes, pues resultó en la invención, sin sustento normativo alguno, de una exigencia probatoria particularmente elevada para la imposición de una sanción.

Lo anterior, a su juicio, derivó en que el Laudo Final vaciara de contenido la cláusula 15.1 del Contrato RP3 a pesar de que fue válidamente negociada y acordada por las partes, tal como el propio Tribunal lo reconoció.

b) Defecto sustantivo: Supuesta exigencia de motivación con la identificación de la ruta crítica.

Destacaron que el Laudo Final le reprochó a Gecelca 3 la imposición de la multa por haber omitido el *“análisis de ruta crítica, el cual, según los expertos de las demandadas, implica analizar las actividades que pueden afectar el avance en la construcción y puesta en marcha de la caldera”*¹⁷. Agregaron que *“ni la interventoría ni Gecelca identificaron cuáles de las actividades que presentaban retrasos (...) eran parte de la ruta crítica”*¹⁸.

Sin embargo, explicaron que en el Contrato RP3 no se hizo mención alguna a una ruta crítica que debiera evaluarse como fundamento para la imposición de multas, sino que se trató de un concepto introducido durante el trámite arbitral por el dictamen pericial rendido por FTI Consulting, empresa contratada para esos efectos por el Consorcio, prueba que carece de la entidad suficiente para incluir requisitos no contemplados en el clausulado contractual.

c) Defecto sustantivo: Supuesta exigencia de sustento suficiente.

Las Accionantes señalaron que, al realizar el análisis de la ruta crítica sin que fuera requerido por la cláusula 15.1, el Tribunal adoptó implícitamente normas inexistentes en el ordenamiento jurídico consistentes en la exigencia de una carga de motivación mayor a la que efectivamente Gecelca, en nombre de Gecelca 3, tuvo en cuenta a la hora de imponer la multa. Por tanto, a su juicio, se configuró un defecto sustantivo.

d) Defecto sustantivo y decisión sin motivación: Supuesta exigencia de proporcionalidad.

Las Accionantes manifestaron que el Tribunal, sin sustento alguno, afirmó que la multa era desproporcionada, cuando para determinar si la multa era o no proporcional, el Tribunal debió acudir a los criterios sentados en el mismo Contrato RP3, siendo estos (i) el grado de afectación o daño; y (ii) la agilidad de la corrección del mismo. Sin embargo, en su opinión, hizo un juicio subjetivo y se impresionó con el valor de la multa, lo que le bastó para calificarla de desproporcionada.

¹⁷ Folio 91 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

¹⁸ Folio 91 del Cuaderno 1 del Consejo de Estado.

En concepto de las Accionantes, lo anterior configuró: (i) un defecto sustantivo en la medida en que el Tribunal impuso un criterio de proporcionalidad inexistente en el Contrato RP3; y (ii) en una decisión sin motivación, pues el Tribunal no explicó la fuente del criterio de proporcionalidad que usó para llegar a su conclusión.

e) Defecto fáctico: Supuesta omisión de la valoración de la alteración del informe de interventoría por parte del perito del Consorcio.

Las Accionantes arguyeron que, para el Tribunal, la imposición de la multa fue defectiva porque Gecelca, a nombre de Gecelca 3, no analizó las actividades que podían afectar la puesta en marcha de la caldera. En concreto, el Tribunal determinó que no se había tenido en cuenta la actividad de sellado de caldera.

En su concepto, dicha conclusión se aparta de la evidencia práctica pues, a su juicio, tal actividad sí fue analizada tal como lo acredita el anexo b) de la comunicación de la interventoría del 2 de abril de 2013, el cual consta en el expediente del procedimiento arbitral como anexo C-110.

Según las Accionantes, el Tribunal no tomó en cuenta este análisis porque adoptó como propio y de manera acrítica el dictamen rendido por FTI Consulting. En su criterio, este dictamen presentó de manera parcial anexos de la comunicación de la interventoría y recortó las filas del anexo correspondientes a la actividad de sellamiento de la caldera.

El Tribunal, insistieron, al dejar pasar tal alteración y al haberle dado pleno valor al dictamen de FTI Consulting, incurrió en un defecto fáctico.

3.2.2.4. Las determinaciones sobre intereses moratorios, plazo para que una entidad estatal pague la condena y el rechazo supuestamente inmotivado de las pretensiones de Gecelca 3, con lo cual el Laudo Final habría incurrido en dos defectos sustantivos y una decisión sin motivación.

a) Defecto sustantivo: Supuesta aplicación de normas sobre intereses inaplicables a las obligaciones pagaderas en divisas extranjeras.

Las Accionantes argumentaron que el Laudo Final adolece de un defecto sustantivo debido a que se utilizó una norma sobre intereses que no es aplicable a obligaciones pagaderas en moneda extranjera.

b) Defecto sustantivo: Supuesta inaplicación del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Manifestaron que el Laudo Final incurrió en un defecto al inaplicar el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, relativo al lapso de 10 meses con el que las entidades estatales cuentan para pagar condenas, pues el Tribunal ordenó a Gecelca 3 cumplir las órdenes de pago dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión final.

c) Decisión sin motivación: Supuesta ausencia de motivación en el rechazo de 75 pretensiones de Gecelca 3.

Alegaron, en últimas, que el Laudo Final rechazó -sin motivación- 75 de las 77 pretensiones presentadas por Gecelca 3 en su demanda de reconvención.

3.3. Pretensiones

En primer lugar, las Accionantes solicitaron que, como medida provisional, se suspendiera el pago de las condenas pecuniarias impuestas en el Laudo Final y se dispusiera que, durante el término de suspensión, no se generaran intereses adicionales a favor del Consorcio.

En segundo lugar, solicitaron tutelar sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva y, por consiguiente, dejar sin efectos el Laudo Final.

4. Trámite de la Acción de Tutela

El 15 de marzo de 2018, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado allegó un memorial a la Secretaría General del Consejo de Estado en el que coadyuvó la medida provisional solicitada por las Accionantes, al considerar que el Laudo Final había desconocido el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA).

En auto del 23 de marzo de 2018, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la Acción de Tutela y negó tanto la medida provisional como la coadyuvancia, en auto que ordenó notificar a los árbitros que profirieron el Laudo Final, al Centro de Arbitraje, al Consorcio y a los terceros interesados en el resultado del proceso.

5. Fundamentos de la oposición

5.1. El Tribunal

El 22 de abril de 2018, los árbitros que profirieron el Laudo Final contestaron la Acción de Tutela mediante correo electrónico. Señalaron que el Tribunal había cesado sus funciones el 31 de enero de 2018 luego de haber dictado su decisión sobre la solicitud de corrección del Laudo Final, tal como lo disponían la ley y el reglamento del Centro, por lo que no les correspondía

comparecer ante el Consejo de Estado para efectos de pronunciarse como parte accionada en el trámite de la Acción de Tutela.

No obstante, a título personal, señalaron que tanto el Laudo Parcial como el Laudo Final comprenden exposiciones detalladas y suficientes de los motivos por los cuales adoptaron las decisiones allí contenidas, advirtiendo que el árbitro José Armando Bonivento Jiménez salvó parcialmente su voto por razones también contenidas en el texto de la decisión.

5.2. El Consorcio

El Consorcio, en calidad de tercero interesado en el resultado del proceso y mediante apoderada judicial, contestó la Acción de Tutela en los siguientes términos.

Anotó que convocó al Tribunal con el propósito de que Gecelca 3 cumpliera con las obligaciones derivadas del Contrato RP3 y pagara el precio de la Central Gecelca 3, pretensión que prosperó en un pronunciamiento en el que se verificó la normativa aplicable. Por tanto, advirtió que la Acción de Tutela era un intento por reabrir el debate sobre el fondo del asunto, además de que no era el escenario para abordar el análisis de argumentos que nunca fueron alegados por las Accionantes durante el trámite arbitral.

Sostuvo que Colombia ha demostrado ser un país que incentiva la inversión extranjera, para lo cual debe garantizar la seguridad jurídica y constituirse como una sede de arbitraje confiable, valores que, en su concepto, se verían comprometidos si a través de una acción de tutela se dejara sin efecto un laudo dictado en un arbitraje internacional y sin antes haber tramitado el correspondiente recurso de anulación al que se refiere el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012. Por tanto, cuando se interpone una acción de tutela en forma paralela a los mecanismos judiciales disponibles sin haberlos agotado, se incumple el requisito de subsidiariedad.

Para sustentar su posición, explicó que las causales de anulación de laudos internacionales son lo suficientemente amplias como para garantizar la protección de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, además de que su procedencia exclusiva articulaba el sistema de arbitraje internacional y el marco constitucional.

A su turno, el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 dispone que en arbitrajes internacionales no puede intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos expresamente dispuestos en la sección tercera de norma citada. Tal prohibición encuentra sentido en la necesidad de proteger, por vía legislativa, el derecho de apartarse de la jurisdicción ordinaria para acudir al arbitraje con el fin de resolver de manera definitiva las controversias. Es así como, contrario a lo afirmado por las Accionantes, cuando el artículo 111 de la Ley 1563 de 2012 establece que los laudos proferidos en un arbitraje

internacional con sede en Colombia se considerarán laudos nacionales, lo hace única y exclusivamente para fines de su reconocimiento y ejecución y no de los recursos judiciales que pueden interponerse para impugnarlos.

Adicionalmente, subrayó que Gecelca 3, al decidir no recurrir en sede de anulación la internacionalización del trámite arbitral, cerró de manera definitiva la posibilidad de alegar dicha situación. Y, si bien la Corte Constitucional ha permitido la interposición de acciones de tutela sin haberse agotado previamente los mecanismos de defensa judicial disponibles, esta posibilidad está supeditada a que dichos mecanismos sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, circunstancia que no ha sido demostrada en el presente caso.

Afirmó que, en todo caso, la Acción de Tutela tampoco cumple con el requisito de inmediatez debido a que el Laudo Parcial, en el cual se decidió de manera definitiva la naturaleza internacional del arbitraje, fue proferido el 8 de mayo de 2015 y la Acción de Tutela fue presentada casi tres años después, además de que tampoco constituye un asunto de relevancia constitucional pues solo atañe a aspectos económicos de interés del derecho comercial, civil y administrativo.

Y frente a las causales específicas de procedibilidad, el Consorcio argumentó que los defectos fácticos y sustantivos alegados no se evidenciaban en el Laudo Final.

Destacó que la interpretación que hizo el Tribunal de la Ley 1563 de 2012 fue razonable y que en ningún momento desconoció precedente constitucional alguno, pues la Sentencia C-170 de 2014 no es aplicable al *sub lite* en tanto difiere del análisis fáctico que ahora invocan las Accionantes con efectos de aplicación muy distintos. En ese orden de ideas, el hecho de que el procedimiento por el cual se condujo el arbitraje haya sido diferente de aquel previsto para arbitrajes nacionales no implica una violación del debido proceso de acuerdo con las Leyes 1563 de 2012 y 315 de 1996 y la Sentencia C-170 de 2014. Por consiguiente, los argumentos que no se presentaron durante el trámite arbitral, no pueden ahora alegarse en sede de tutela, máxime si las normas alegadas como violadas (numeral 3 del artículo 12 de la Ley Estatutaria de Justicia, 270 de 1996) se encuentran derogadas en lo relativo a los arbitrajes internacionales (Ley 315 de 1996).

El Consorcio enfatizó que en el Laudo Final tampoco se habían configurado defectos fácticos, sustantivos, falta de motivación, ni desconocimiento del precedente, en lo que atañe a la supuesta creación de un segundo periodo de ejecución contractual, por lo que insistió en que la intención de las Accionantes era reabrir el debate sobre los efectos jurídicos y sobre la interpretación de las actas de liquidación Nro. 2 a Nro. 8. Agregaron que la acción de tutela no es un recurso de apelación que permita hacer un nuevo análisis, y que, en todo caso, la decisión contenida en el Laudo Final no demostraba ser caprichosa o carente de razonabilidad.

Con respecto a la decisión del Tribunal de declarar improcedente la multa impuesta por Gecelca 3, sostuvo que estuvo basada en el análisis e interpretación del Contrato RP3, en los documentos que reflejaban el avance del proyecto, en los dictámenes periciales aportados por las partes y en las pruebas que se practicaron durante el trámite arbitral.

Es así como, la cláusula 15.1.1. del Contrato RP3 admitía la posibilidad de que Gecelca 3 le impusiera multas al Consorcio cuando se concretara un incumplimiento parcial que afectara la correcta ejecución del mismo, redacción de la que se deduce que no hay una definición unívoca de lo que se entiende, por ejemplo, por incumplimiento parcial o por correcta ejecución del Contrato RP3. En esos términos, el Tribunal debía desempeñar una labor interpretativa para establecer si la multa había sido impuesta conforme a los requisitos contractuales.

Ahora, dadas las particularidades y la magnitud del objeto del Contrato RP3, el procedimiento contractualmente correcto para la imposición de una multa por incumplimiento en el cronograma de obra debía estar precedido de un cierto análisis material que debía estructurarse con base en la ruta crítica de las obras, toda vez que los peritos de las partes coincidieron en afirmar que la correcta ejecución del Contrato estaba directamente relacionada con ella. Esta conclusión, en su opinión, es lógica, razonada y se ajusta a lo estipulado en el Contrato RP3.

Con respecto a la fecha en la cual debían haberse calculado los intereses de mora en las condenas proferidas por el Tribunal, el Consorcio aseguró que no se había configurado el supuesto defecto sustantivo alegado. En efecto, si bien el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 prevé un plazo máximo para el pago de las condenas a las entidades públicas, este no se opone a que el Tribunal establezca el momento a partir del cual se hacen exigibles las condenas impuestas, de manera que lo que hizo el Tribunal fue favorecer a Gecelca 3 al disponer que tales intereses solo empezarían a correr a partir de los 30 días siguientes a la ejecutoria del Laudo Final.

Concluyó que el hecho de que algunas de las pretensiones formuladas por Gecelca 3 en su demanda de reconvención no hayan sido tratadas individualmente en el Laudo Final, de ninguna manera deriva en una falta de motivación debido a que las pretensiones de las dos partes estaban íntimamente relacionadas.

6. Sentencia de Primera Instancia

En Sentencia del 26 de julio de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela por no haberse cumplido con el requisito de relevancia constitucional, pues pretendió abrir el debate jurídico que se surtió en el trámite arbitral, ya que controvertió (i) la competencia del

Tribunal para resolver el arbitraje internacional; y (ii) lo relativo al cumplimiento o incumplimiento contractual. Tales aspectos, sostuvo, ya habían sido abordados y decididos por el Tribunal.

Tampoco encontró cumplido el requisito de inmediatez frente a los argumentos atinentes a discutir la internacionalidad del arbitraje, definida en el Laudo Parcial del 8 de mayo de 2015, por lo cual, a la fecha de presentación de la Acción de Tutela (28 de febrero de 2018), se había superado ampliamente el término de seis meses fijado por dicha Sección para el ejercicio de tutelas contra providencias judiciales.

7. La Impugnación

Las Accionantes impugnaron la decisión de primera instancia.

Frente al requisito de inmediatez, aseguraron que la acción de tutela estaba dirigida contra el Laudo Final, que incorpora el Laudo Parcial, pues de haberla presentado contra la primera decisión, no habría cumplido con el requisito de subsidiariedad.

Por otro lado, aseguraron que la relevancia constitucional no puede ser descartada por el simple hecho de que los defectos alegados se refieran al procedimiento arbitral o al contenido del laudo, pues de lo contrario no procedería la acción de tutela contra ninguna decisión judicial, incluidos los laudos, desconociendo la Constitución, la ley y el precedente constitucional sobre la materia.

Así las cosas, a efectos de determinar la relevancia constitucional de la acción de tutela, es necesario partir de los defectos específicos planteados para analizar la relevancia de cada uno de ellos y posteriormente revisar si la acción, en su conjunto, reviste tal relevancia.

En todo caso, la magnitud de la condena impuesta a Gecelca 3 y la correlativa afectación al patrimonio público que se le derivaba, refuerza la relevancia en materia constitucional.

8. La Sentencia de Segunda Instancia

En Sentencia del 12 de septiembre de 2018, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la Sentencia de primera instancia, pero por razones distintas.

De un lado, estimó que la acción de tutela satisfizo el requisito de relevancia constitucional por cuanto toda tutela contra providencia judicial, en este caso laudo arbitral, lleva implícita una eventual vulneración de un derecho fundamental y, por tanto, el estudio sobre el cumplimiento de este requisito resultaba innecesario.

De otro lado, sostuvo que la acción sí cumplió con el requisito de inmediatez frente a las cuestiones relativas a la internacionalización del trámite arbitral, pues estaba dirigida contra el Laudo Final, contenido del Laudo Parcial, tal como señalaron los árbitros en su contestación, máxime cuando las Accionantes habían alegado su inconformismo con esta decisión a lo largo del trámite arbitral sin que dichas alegaciones prosperaran.

Sin embargo, la Sección Quinta decidió que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad porque el defecto sustantivo que según las Accionantes se deriva de la internacionalización del trámite no puede ser alegado en sede de tutela al estar enmarcado en la causal de anulación contemplada en el literal d), numeral 1º, del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012¹⁹.

Consideró que (i) el desconocimiento del precedente sobre la aplicación en el tiempo de la Ley 1563 de 2012; (ii) la controversia frente a la manera en que el Tribunal interpretó los criterios de internacionalidad; y (iii) el aparente conflicto de normas en el tiempo de cara a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, son argumentos dirigidos a desvirtuar la naturaleza internacional del trámite arbitral, lo cual ha debido ser alegado en sede del recurso de anulación, cuyo conocimiento en este caso le corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En segundo lugar y en lo que concierne a los demás cargos que involucran múltiples manifestaciones sobre defectos fácticos y sustantivos por: (i) la declaración de la existencia de un segundo periodo de ejecución contractual; (ii) la invalidación de la multa impuesta por Gecelca 3; (iii) la determinación de los intereses; y (iv) el rechazo sin explicación de 75 pretensiones de la demanda de reconvención, estimó que cualquier decisión del juez de tutela sobre el asunto sería inocua hasta tanto el juez de anulación no se pronunciara, a pesar de que tales defectos no eran susceptibles de proponerse en el recurso de anulación.

Así las cosas, en caso de que la Sección Tercera del Consejo de Estado anulara el Laudo Final en sede de anulación, la decisión del juez constitucional a ese respecto tendría los mismos efectos aun cuando se fundamentara en otros motivos.

Por consiguiente, y en aras de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, la Sección Quinta manifestó que el juez constitucional debe respetar las instancias judiciales naturales dispuestas en el ordenamiento para desatar todos los recursos disponibles para zanjar definitivamente una controversia de este tipo. Apoyó su consideración en la prohibición que pesa

¹⁹ El texto del artículo es el siguiente: “*Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley*” (negrilla fuera del texto original).

sobre las autoridades judiciales para intervenir en los asuntos regidos por la sección tercera de la Ley 1563 de 2012, contenida en el artículo 67 del mismo estatuto arbitral. Asimismo, puntualizó que, al pronunciarse de fondo sobre el asunto, el juez constitucional vaciaría de competencia al juez de la anulación.

Con todo, concluyó, hasta tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado no se pronuncie sobre el recurso de anulación, la Acción de Tutela no es procedente por falta de subsidiariedad.

8.1. Aclaración del Voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro

El Consejero aclaró su voto por las siguientes razones: adujo que la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales internacionales debido a que (i) la asistencia o intervención de los jueces locales debe ser excepcional en materia de arbitraje internacional; (ii) el legislador excluyó expresamente la procedencia de recursos distintos al de anulación contra los laudos arbitrales internacionales; y, (iii) los tribunales arbitrales internacionales no pueden ser considerados como autoridades públicas colombianas a la luz del artículo 86 superior.

8.2. Aclaración del Voto de la Consejera Rocío Araujo Oñate

La Consejera afirmó que la jurisprudencia constitucional ha precisado que el requisito de relevancia constitucional en sede de tutela contra providencias judiciales debe ser analizado en cada caso concreto, sin que sea posible concluir, de manera general, que toda acción de tutela de este tipo traiga implícito el cumplimiento de tal requisito. En el caso concreto, encontró que el requisito de la relevancia constitucional se encontraba satisfecho por cuanto se alegó un desconocimiento del precedente constitucional, una omisión en la valoración probatoria y otra omisión en la aplicación de normas de derecho público en materia contractual.

9. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 24, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y en los artículos 50, 51 y 53 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección Diez (10) de la Corte Constitucional, mediante auto del 29 de octubre de 2018, notificado el 14 de noviembre del mismo año, resolvió seleccionar el expediente de tutela de la referencia y repartirlo a la Sala Quinta de Revisión.

El 6 de diciembre de 2018, las Accionantes solicitaron medida cautelar en el sentido de “(...) *disponer que el dinero pagado por Gecelca 3 en virtud de la condena impuesta por el Laudo final sea depositado por el Consorcio CUC-DTC en una fiducia en Colombia, mientras se decide la tutela por parte de la Corte Constitucional, con el fin de que la suma sea devuelta a Gecelca 3 en el*

evento de que la Corte deje sin efectos el Laudo final o al Consorcio CUC-DTC en caso de que la Corte lo convalide (...)”.

La anterior solicitud fue formulada en consideración a que Gecelca, en nombre de Gecelca 3, había pagado la condena impuesta en el Laudo Final en dos cuotas, el 20 de marzo de 2018 y el 30 de abril del mismo año, y al efecto, contrajo una deuda por COP \$120.000.000.000 con una entidad financiera. Sin embargo, para que el pago de un eventual fallo de tutela a ellas favorable no fuera ilusorio, era necesario adoptar medidas provisionales urgentes debido a que las sociedades que conforman el Consorcio no están domiciliadas en Colombia y no tienen activos en el país, por lo que los recursos públicos pagados en virtud del Laudo Final están en riesgo. Reforzaron su solicitud alegando que el Consorcio, al terminar la ejecución de otro contrato en Colombia en mayo de 2019, se marchará del país, por lo cual resulta indispensable acceder a la medida cautelar.

La Sala Quinta de Revisión, en auto del 28 de enero de 2019, negó la solicitud debido a que no tenía apariencia de buen derecho, además de que no existía un riesgo probable de afectación durante el trámite de revisión. En la misma providencia se solicitaron pruebas e intervenciones para mejor proveer.

En lo relativo a las pruebas, se solicitó a las Accionantes que: (i) allegaran las pruebas presentadas por el Consorcio ante el Tribunal y que fueron presuntamente adulteradas; (ii) informaran sobre la presentación de la respectiva denuncia penal; y (iii) dieran razón sobre las reglas de procedimiento acordadas para el trámite arbitral. Asimismo, se requirió al Consorcio para que detallara: (i) su naturaleza jurídica y su composición societaria; (ii) sus compromisos contractuales vigentes en Colombia; (iii) la relación y explicación detallada de las pruebas presentadas por el Consorcio ante el Tribunal; (iv) las reglas de procedimiento acordadas para el trámite arbitral; (v) los pagos realizados y recibidos por el Consorcio en cumplimiento de la condena impuesta en el Laudo Final; y (vi) las garantías existentes para la devolución de dichas sumas en caso de un eventual fallo desfavorable a sus intereses. Finalmente, se solicitó a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado que informara sobre el estado del trámite del recurso de anulación.

Además, se invitó al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Comité Colombiano de Arbitraje, a la Asociación Latinoamericana de Arbitraje- ALARB, a la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional- CIAC, a los expertos Juan Antonio Gaviria Gil y Fabricio Mantilla Espinosa, así como a los decanos de las facultades de derecho de las Universidades del Rosario, Javeriana, Externado de Colombia y Sergio Arboleda, para que rindieran concepto sobre cuestiones atinentes a la vigencia y aplicación de la Ley 1563 de 2012, al procedimiento

y los requisitos para determinar la naturaleza internacional o nacional del arbitraje, a las diferencias en el procedimiento aplicable a un arbitraje nacional e internacional, a las tasas de interés aplicables a condenas en moneda extranjera y a la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales.

Al respecto, se allegaron las siguientes intervenciones:

9.1. Universidad Sergio Arboleda

En su intervención, la Universidad Sergio Arboleda precisó, entre otros, que de acuerdo con la Resolución Externa Nro. 53 de 1992, el Banco de la República había establecido que las limitaciones a los intereses moratorios eran únicamente aplicables a las obligaciones pactadas en pesos colombianos. La misma resolución, citada en el Concepto 2015081891-001 de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia, fijó en 20% y en 25% efectivo anual las máximas tasas de interés corriente y de mora que pueden convenirse en operaciones en dólares estadounidenses. Además, apuntó que en Colombia no existe un interés legal moratorio para las obligaciones en moneda extranjera. Y frente a la procedencia de tutelas contra laudos arbitrales internacionales, recordó lo decidido por esta Corporación en las Sentencias SU-500 de 2015 y SU-033 de 2018.

9.2. Asociación Latinoamericana de Arbitraje -ALARB.

Concluyó que la acción de tutela no procede en contra de laudos arbitrales internacionales debido a que:

- a) El artículo 67 de la Ley 1563 de 2012, el cual se contrae a lo dispuesto en la Ley Modelo del CNUDMI, limita la intervención de la autoridad judicial en sede de arbitrajes comerciales internacionales a los casos y para los propósitos expresamente señalados en la sección tercera de la Ley 1563 de 2012.
- b) Los tratados internacionales en materia de arbitraje, particularmente la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, señalan que la anulación es el único recurso que puede impedir que se reconozca y ejecute un laudo internacional, y en la misma línea, el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012 señala que en contra de los laudos internacionales solo procede el recurso de anulación por las causales establecidas taxativamente en la misma ley.
- c) Los árbitros internacionales no ejercen funciones judiciales ni públicas en la sede; si se estimara lo contrario, se llegaría al absurdo de que un tribunal integrado por árbitros de nacionalidades distintas a las del país de la sede ejerzan jurisdicción sin tener la competencia para hacerlo, o que extranjeros funjan como jueces en Colombia pudiendo, incluso, comprometer la responsabilidad internacional del Estado con sus actuaciones.

- d) En la medida en que el recurso de tutela es subsidiario y solo procede si, agotado el recurso de anulación, subsiste la violación al derecho fundamental, no habría razón para admitir una acción de tutela cuando la misma Ley 1563 de 2012 reconoce como causal de anulación la violación del orden público colombiano.
- e) El orden público al cual se refiere la Ley Modelo CNUDMI, es el de carácter internacional y ha sido definido por la jurisprudencia comparada como aquella noción que representa los principios básicos en los que se fundamenta el Estado, entre ellos, el debido proceso.
- f) El recurso de anulación permite, entonces, preservar el derecho fundamental al debido proceso sin tener que acudir a acciones subsidiarias o diferentes a las establecidas en la ley.

9.3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Frente a la vigencia y aplicación de la Ley 1563 de 2012, la Academia Colombiana de Jurisprudencia explicó que en la Sentencia SC-001 del 15 de enero de 2019, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de anulación contra un laudo internacional donde se sostenía que en el pacto arbitral no aparecía la indicación expresa de su naturaleza internacional, había resuelto que tal omisión no tenía ninguna consecuencia jurídica en tanto la Ley 1563 de 2012 había eliminado la necesidad del convenio de internacionalidad y por tanto, para que el arbitraje fuera internacional, bastaba con que se concretara cualquiera de los criterios fijados en la misma ley. Sin embargo, tal jurisprudencia no responde la pregunta sobre si los pactos arbitrales concluidos en vigencia de la Ley 315 de 1996 debían o no hacer referencia expresa a su internacionalidad como requisito para que se pudiera entender que la voluntad de las partes era acogerse a un arbitraje de este tipo.

Ahora, frente a los intereses moratorios sobre las obligaciones en moneda extranjera, puso de presente que existe jurisprudencia arbitral que reconoce que en Colombia existe un vacío normativo en la materia. Y en lo atinente a la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, presentó consideraciones y conclusiones en la misma línea de las aportadas por la ALARB.

9.4. Comité Colombiano de Arbitraje

Destacó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, si bien en un proceso de arbitraje internacional existe una cierta flexibilidad procedimental, se debe respetar el debido proceso constitucional en la forma como lo ha definido la Corte Constitucional.

Y respecto a la procedencia de la tutela contra laudos internacionales, expuso sus consideraciones y conclusiones en la misma línea que las rendidas por la ALARB y por la Academia Colombia de Jurisprudencia. Afirmó, en concreto,

que la tutela no debería proceder directamente contra el laudo internacional, a menos de que se empleara como mecanismo transitorio.

Puso de presente que, para examinar la procedencia de la tutela contra laudos internacionales, debía tenerse en cuenta, entre otras, la razón de ser del arbitraje internacional, punto sobre el cual precisó que:

“(...) debe observarse que el desarrollo del comercio internacional da lugar a relaciones jurídicas a las cuales pueden ser aplicadas los ordenamientos de diversos estados, los cuales individualmente considerados no pueden reclamar la competencia exclusiva para resolver los conflictos derivados de dichas relaciones que tienen carácter internacional. Es por ello que se ha desarrollado el arbitraje internacional, para que unas personas escogidas por las partes o por un tercero en quien ellas deleguen, resuelvan la controversia, teniendo en cuenta las características de la misma, aplicando una norma, escogida por las partes o determinada por los árbitros, que no necesariamente es la del estado en que una de las partes tiene su domicilio”²⁰.

9.5. Doctor Juan Antonio Gaviria (experto)

Manifestó que la acción de tutela no cabe contra laudos internacionales debido a que: (i) existe una alta probabilidad de que mediante una acción de tutela el juez constitucional revise el mérito de la decisión arbitral; (ii) al arbitraje internacional no le debe aplicar el paternalismo constitucional; (iii) la acción de tutela dilata excesivamente el tránsito a cosa juzgada; y (iv) la decisión en sede de tutela podría contravenir la Convención de Nueva York, incorporada al derecho colombiano por la Ley 49 de 1990.

9.6. Las Accionantes

9.6.1. El 7 de febrero de 2019, las Accionantes presentaron un memorial en el cual plasmaron sus observaciones preliminares en lo referente a: (i) al pago de la condena; (ii) la prueba supuestamente recortada y presentada por el Consorcio ante el Tribunal; (iii) la no interposición de denuncia penal en lo referente a dicha prueba; y (iv) las reglas de procedimiento del trámite arbitral.

9.6.2. El 13 de febrero de 2019, las Accionantes presentaron un memorial en el cual se pronunciaron sobre las pruebas allegadas al trámite ante esta Corporación y solamente sobre los aspectos probatorios de las mismas. Hicieron observaciones en relación con: (i) el supuesto recorte de las pruebas por parte del Consorcio; y (ii) las reglas de procedimiento del trámite arbitral.

9.6.3. El 3 de abril de 2019, las Accionantes presentaron un memorial en el cual presentaron algunas consideraciones sobre: (i) la aplicación retroactiva de la Ley 1563 de 2012; (ii) el ejercicio de una función pública en cabeza de los

²⁰ Folio 542 del Cuaderno 2 de la Corte Constitucional.

árbitros internacionales en Colombia; (iii) el concepto de orden público internacional para efectos del recurso de anulación; y (vi) el remedio constitucional adecuado.

9.7. El Consorcio

9.7.1. El 6 de febrero de 2019, el Consorcio allegó un memorial en el cual plasmó sus observaciones preliminares en lo referente a: (i) la naturaleza jurídica y composición societaria del Consorcio; (ii) los compromisos contractuales del Consorcio en Colombia; (iii) las pruebas presentadas por el Consorcio ante el Tribunal; (iv) las reglas de procedimiento pactadas para el trámite arbitral; (v) los pagos realizados por Gecelca y recibidos por el Consorcio en cumplimiento del Laudo Final; y (vi) las garantías para una eventual devolución de las sumas pagadas al Consorcio.

9.7.2. El 7 de febrero de 2019, el Consorcio allegó un memorial aclaratorio del memorial antes citado, corrigiendo algunos aspectos formales y tipográficos de este último.

9.7.3. El 14 de febrero de 2019, el Consorcio presentó un memorial en el cual se pronunció sobre las pruebas allegadas al trámite ante esta Corporación. Hizo apuntes sobre: (i) el respaldo probatorio que acredita la naturaleza internacional del arbitraje y la consecuente ausencia de afectación del derecho al debido proceso; (ii) las pruebas que sustentan que la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales internacionales; y (iii) los comentarios de las Accionantes en relación con el análisis del Tribunal sobre la imposición de la multa.

9.7.4. El 20 de febrero de 2019, el Consorcio presentó un memorial en el que se pronunció sobre la medida provisional solicitada por las Accionantes.

9.7.5. El 20 de mayo de 2019, el Consorcio presentó un memorial en el cual recogió y desarrolló argumentos acerca de la improcedencia de la Acción de Tutela.

9.8. DONFANG TURBINE CO. LTD.

El 20 de mayo de 2019, DONFANG TURBINE CO. LTD., en calidad de miembro del Consorcio, presentó un memorial en el cual recogió y desarrolló argumentos acerca de la improcedencia de la Acción de Tutela.

9.9. Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa

El 12 de marzo de 2018, la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa allegó oficio Nro. 378 mediante el cual remitió la comunicación que le envió al Centro de Arbitraje y en el que le manifestó que, al no haberle informado a la citada procuraduría acerca del trámite arbitral, le

impidió intervenir en el mismo e hizo nugatoria la posibilidad prevista en el numeral 4 del artículo 109 de la Ley 1563 de 2012 que le permite al Ministerio Público interponer recurso de anulación contra laudos internacionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Delimitación del problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si el Laudo Final objeto de la tutela vulneró los derechos de las Accionantes al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, análisis que sólo será desarrollado en caso de que se encuentre que la acción de tutela interpuesta por estas contra el mencionado Laudo Final es procedente.

Para el efecto, la Sala comenzará por reiterar lo dicho por la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales, enseguida estudiará la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra laudos internacionales y, finalmente, pasará a examinar en concreto el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la Acción de Tutela.

2. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales

Para efectos de avalar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha equiparado materialmente a estos últimos con las providencias judiciales, por cuanto ambos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada²¹. A este propósito, en la Sentencia SU-033 de 2018 señaló:

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

²¹Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018. En la citada sentencia, la Corporación sostuvo lo siguiente frente al fundamento de la equivalencia, al menos material, entre laudos arbitrales y providencias judiciales: “El inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política dispone que los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Esta habilitación constituye el fundamento constitucional para que los particulares administren justicia a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitramento, cuya naturaleza jurídica comporta un acto jurisdiccional cuyas actuaciones tienen el alcance de surtir efectos de cosa juzgada. Precisamente el carácter jurisdiccional y sus efectos implican que los laudos arbitrales se asimilan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela contra providencias.”

Por tanto, la procedencia de este tipo de acciones está sometida, *prima facie*, a los mismos requisitos de procedibilidad, tanto generales como específicos²², que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto de las providencias judiciales²³.

2.1. El examen estricto de procedibilidad

Esta Corporación ha precisado, sin embargo, que el examen de los requisitos de procedibilidad debe ser más estricto y riguroso frente a laudos arbitrales que frente a providencias judiciales. En la Sentencia SU-500 de 2015 se ahondó sobre la razón que fundamenta este análisis restrictivo:

“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.”

En esa medida, la jurisprudencia ha reconocido que la *alternatividad* del arbitraje –en tanto elemento esencial de este método de solución de controversias– *“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.”*²⁴

²²Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018. En la citada sentencia, la Corporación sostuvo lo siguiente sobre el particular: *“En ese sentido, su procedencia y procedibilidad está sometida, en principio, a las mismas reglas que la jurisprudencia constitucional ha sistematizado en la sentencia C-590 de 2005 respecto a las providencias judiciales (...)”*

²³Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. En dicha providencia, la Corporación diferenció dos tipos de presupuestos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: los requisitos generales y específicos de procedibilidad.

Los siguientes son los requisitos generales: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que estos carezcan de idoneidad o que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, por lo que la acción debe interponerse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Y los requisitos especiales son: (i) *el defecto orgánico*: ocurre cuando el administrador de justicia que profirió la providencia impugnada carece en forma absoluta de competencia; (ii) *el defecto procedimental absoluto*: se origina cuando el administrador de justicia actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) *el defecto fáctico*: se presenta cuando el administrador de justicia carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada; (iv) *el defecto material o sustantivo*: se configura cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) *el error inducido*: sucede cuando el administrador de justicia fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) *la decisión sin motivación*: implica el incumplimiento del administrador de justicia del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones; (vii) *el desconocimiento del precedente*: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el administrador de justicia desconoce la regla jurisprudencial establecida; y (viii) *la violación directa de la Constitución*: se estructura cuando el administrador de justicia adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

Es por ello que las vías previstas en el ordenamiento jurídico para atacar los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas: su objeto se circunscribe a controvertir, en principio, aspectos del procedimiento y se adscriben a unas causales taxativas²⁵. 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”²⁶ y, por tanto, 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.”²⁷.

En consecuencia, esta Corporación ha advertido que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos encuentra sentido, por una parte, en la protección de los derechos fundamentales, dada su trascendencia en nuestro ordenamiento constitucional, el cual prevé la tutela como la última alternativa de defensa de estos bienes jurídicos y, por otra, en que los árbitros, no obstante, su autonomía e independencia se encuentran igualmente obligados a garantizar dichos derechos²⁸. En esa misma línea, este Tribunal ha señalado que tal excepcionalidad exige respetar:

“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”²⁹.

2.2. Reglas adicionales de procedencia

En atención a lo anterior, en la Sentencia SU-174 de 2007 este Tribunal confeccionó unas reglas adicionales a las cuales debe sujetarse al juez constitucional a la hora de examinar la procedencia de este tipo de acciones de tutela:

“(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;

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-174 de 2007, SU-500 de 2015 y SU-033 de 2018.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencias SU-174 de 2007 y SU-033 de 2018.

(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 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.”*

Y en la citada Sentencia SU-033 de 2018, la Corte identificó la influencia particular de estas reglas sobre tres presupuestos de la acción de tutela, a saber: las contenidas en los numerales 1 y 2 implican que el juez de tutela debe realizar una especial valoración del requisito de *relevancia constitucional*; la incluida en el numeral 4 deriva en un estudio más atento del requisito de *subsidiariedad*; y la fijada en el numeral 3 condiciona la aplicación de los *requisitos específicos de procedibilidad*.

2.2.1. Relevancia constitucional

El impacto de las reglas adicionales de procedencia incluidas en los numerales 1 y 2 de la Sentencia SU-174 de 2007 frente a la relevancia constitucional, deriva en que al juez de tutela le “*corresponde verificar si la pretensión en sede de tutela hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, o por el contrario está orientada a revivir una instancia o a plantear asuntos que merecen un estudio de fondo*”³⁰. Es decir, debe demostrarse de manera inequívoca y mediante una carga argumentativa sólida la vulneración *ius fundamental* que haga inminente la intervención del juez constitucional³¹.

En lo que atañe al debido proceso, la jurisprudencia exige a este respecto un quebrantamiento en su dimensión *in procedendo* y no sobre razonamientos que recaigan en aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral *in iudicando*, los cuales tienen por objeto reabrir el fondo del asunto que ya ha sido decidido por los árbitros³².

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018. En la mentada providencia, la Corporación señaló lo siguiente sobre el particular: “[e]n materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional requiere una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que debe demostrarse de manera inequívoca la vulneración *ius fundamental*, que haga inminente la intervención del juez constitucional contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional.”

³² Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

Para identificar los quebrantamientos *in procedendo*, por ejemplo, la jurisprudencia se ha valido de la distinción entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales:

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

Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia consolidada por la Corte (Sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), referenciada en las consideraciones generales de esta providencia también de unificación, permiten a esta Corporación reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien, después de someterse a un proceso ante la justicia arbitral, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales.”³³ (negrilla fuera del texto original).

2.2.2. Subsidiariedad

En desarrollo de la regla en el numeral 4 de la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte ha reconocido que *“el recurso extraordinario de anulación es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo”³⁴* y, en esa medida, la regla general para estimar cumplido el requisito de subsidiariedad implica agotar el recurso de anulación.

Tal regla, no obstante, admite una excepción debido a que el Legislador restringió el recurso de anulación a unas causales taxativas y *“por ello, es posible que en el trámite arbitral se presenten afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y, en consecuencia, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación”³⁵*. En tales eventos, *“obligar al agotamiento del recurso de anulación (...) 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”³⁶*.

³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

En el Auto 051 de 2012, esta Corporación precisó que la idoneidad de este último recurso debe analizarse en cada caso concreto y que, de no encontrarse probada, debe admitirse la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral sin que se haya agotado el recurso de anulación³⁷.

En estos eventos, la tutela implica “*un primer acercamiento al laudo arbitral, por lo que la valoración sobre la eventual vulneración de derechos fundamentales habrá de ser más estricta*”³⁸ y, por tanto, el juez deberá ser más exigente frente al cumplimiento del requisito de relevancia constitucional, sobre el cual se dieron luces en el numeral 2.2.1. anterior.

2.2.3. Requisitos específicos de procedibilidad

La regla adicional de procedencia señalada en el numeral 3 de la Sentencia SU-174 de 2007, “*conlleva a que al examinar los requisitos o causales de procedibilidad, se deban tener en cuenta las características propias del trámite arbitral*”³⁹. Lo anterior fue desarrollado por la Sentencia T-466 de 2011 frente a los requisitos específicos de procedibilidad, tal como se plasma a continuación:

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

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

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”.

2.3. Conclusión sobre la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales

El desarrollo jurisprudencial a que se ha hecho referencia, en suma, avala la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales y establece el análisis estricto y las reglas adicionales de procedencia a los que debe sujetarse el juez constitucional a la hora de estudiar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en estos casos.

3. Procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra laudos internacionales

La Ley 1563 de 2012 adoptó un régimen dualista frente al arbitraje comercial, lo que significa que el arbitraje nacional y el arbitraje internacional están regidos por normativas separadas. El último encuentra su regulación en la sección tercera de la citada ley, cuyo artículo 64 indica que, para su interpretación, *“habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe (...)”*.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación no ha abordado específicamente esta particularidad a la hora de estudiar la procedencia de la acción de tutela contra decisiones arbitrales internacionales.

Es así como, por ejemplo, la citada Sentencia SU-500 de 2015 analizó la procedencia de una tutela contra un laudo internacional limitando su estudio a los criterios sentados frente a laudos nacionales y remitiéndose, inclusive, a las causales nacionales de anulación⁴⁰.

⁴⁰ En la Sentencia SU-500 de 2015, la Corte Constitucional mencionó lo siguiente en sus consideraciones: *“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.”* (negrilla fuera del texto original)

La Sala, por tanto, estudiará los elementos que sobresalen de la normativa que rige el arbitraje internacional, en particular: (i) la prohibición expresa de intervención judicial; (ii) la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables; y (iii) las causales de anulación internacionales; los cuales inciden en la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra laudos nacionales.

3.1. La prohibición expresa de intervención judicial

El artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 establece que, en los asuntos regidos por su sección tercera, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos allí dispuestos⁴¹. Por su parte, el artículo 107 de la misma normativa contempla que contra el laudo internacional solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en la sección tercera de la misma ley⁴².

Ante la prohibición de intervención de las autoridades judiciales, excepto para el conocimiento y decisión del recurso de anulación, cabría señalar que el Legislador -a primera vista- habría: (i) limitado la competencia de los jueces constitucionales en lo que respecta al conocimiento de acciones de tutela que impliquen el estudio de un trámite arbitral internacional; y (ii) excluido a los laudos internacionales del ámbito objetivo de aplicación de la acción de tutela. Esta interpretación conllevaría a concluir que, por vía de una ley ordinaria, el Legislador limitó el derecho a la tutela contemplado en el artículo 86 superior y, por tanto, descartó, de plano, la procedencia de esta acción contra laudos internacionales.

La Sala se aparta de esta lectura debido a que las decisiones arbitrales internacionales pueden vulnerar o poner en riesgo derechos fundamentales de las partes y, en ese sentido, tal postura desconocería flagrantemente el principio de supremacía constitucional y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano⁴³. El derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión constitucional es jerárquicamente superior a la ley, razón por la que el legislador no puede limitar la posibilidad reconocida a todas las personas de acudir ante los jueces para asegurar la protección o el restablecimiento de sus derechos⁴⁴ ni la competencia de los jueces para conocer de las acciones previstas en la Constitución para tal efecto, como es la tutela.

⁴¹ El artículo en comento dispone: “ARTÍCULO 67. ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga.”

⁴² El artículo en comento dispone: “ARTÍCULO 107. LA ANULACIÓN COMO ÚNICO RECURSO JUDICIAL CONTRA UN LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.”

⁴³ Artículos 4 y 230 de la Constitución Política.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1083 de 2005.

Tanto es así que las limitaciones introducidas a la tutela se han considerado contrarias a la Constitución, incluso en escenarios en que se han adoptado por la vía de reformas constitucionales. En la Sentencia C-674 de 2017 y a propósito del examen de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, esta Corporación concluyó:

“(...) como la acción de tutela constituye el dispositivo procesal por excelencia para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, su inactivación en el escenario de la Jurisdicción Especial para la Paz termina también por anular el deber del Estado de garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, deber que, según se indicó en los acápite anteriores, constituye también un elemento irremovible de la Carta Política” (negrilla fuera del texto original).

Por tanto, los artículos 67 y 107 de la Ley 1563 de 2012 deben interpretarse sistemáticamente con los postulados constitucionales, lo cual se traduce en que no se ha vedado la intervención de los jueces constitucionales ni tampoco se han excluido los laudos internacionales del ámbito objetivo de la acción de tutela⁴⁵.

No obstante, la procedencia de la tutela contra laudos internacionales es *excepcionalísima* pues, además de compartir a ese efecto las consideraciones jurisprudenciales en relación con los laudos nacionales, a estas se les deben sumar las incidencias propias de la naturaleza internacional del arbitraje, las cuales -como se verá- acentúan el análisis estricto de los requisitos de procedibilidad y dan un alcance concreto a las reglas adicionales de procedencia.

La primera de estas incidencias radica en la citada prohibición expresa de intervención judicial, particularidad que es propia del arbitraje internacional. Este elemento implica que la voluntad de sustraerse de la justicia estatal encuentra una protección especial en la sección tercera de la Ley 1563 de 2012. Así lo reconoció recientemente la Corte Suprema de Justicia al indicar que:

“(...) la intervención judicial en el arbitraje internacional está acotada a las precisas materias definidas por el legislador, quien consagró excepcionales instrumentos de intervención y de apoyo, tendientes a remediar defectos garrafales o facilitar el ejercicio de las atribuciones

⁴⁵ Otro elemento que apunta al mismo propósito es la existencia de puntos de contacto entre el arbitraje internacional y la justicia estatal. La sección tercera de la Ley 1563 de 2012, regula la intervención judicial en los trámites arbitrales internacionales, sobre todo en lo concerniente a la colaboración de los jueces locales en la práctica de pruebas (artículo 100); en la práctica de medidas cautelares (artículo 71); en la designación de árbitros (artículo 73); en la recusación de los árbitros (artículo 76); en eventos de falla o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte del árbitro (artículo 77); en el reconocimiento y ejecución del laudo (artículos 111 a 116); y en la impugnación del laudo (artículos 107 a 110). La intervención de los jueces locales en instancias de apoyo y de anulación, si bien es restringida y puntual, devela la existencia de puntos de contacto entre el arbitraje internacional y la justicia estatal, y en la medida en que las decisiones de esta última pueden ser excepcionalmente objeto de acciones de tutela, no puede entonces inferirse que este tipo de trámites arbitrales sean completamente exógenos a la jurisdicción constitucional.

de los juzgadores temporales, como claramente lo prescribe el artículo 67 de la ley 1563 (...).

Y es que, una vez las partes deciden acudir al arbitraje, declinan de la jurisdicción estatal, razón por la que, en línea de principio, no será posible volver a ella, sino para solicitar medidas que son propias de la indelegable facultad de imperium que está radicada en el estado, las cuales deben estar en armonía con el derecho nacional”⁴⁶.

Cabe señalar, en consecuencia, que el examen de los requisitos de procedibilidad se hace más estricto y riguroso cuando la tutela se dirige contra un laudo internacional.

3.2. La libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables

El artículo 101 de la Ley 1563 de 2012 faculta a las partes para que elijan las normas de derecho aplicables a su controversia y, si no las indican, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes⁴⁷.

En estos términos, nada impide que en laudos internacionales proferidos con sede en Colombia se aplique ley extranjera o, inclusive, integrando en sus consideraciones y resoluciones una superposición del ordenamiento nacional con normas foráneas.

De lo anterior sobresale una incidencia respecto a la regla adicional de procedencia analizada en el numeral 2.2.3. anterior, en el sentido de que, frente a las acciones de tutela que se presenten contra laudos proferidos en Colombia con derecho sustancial extranjero, no es posible aplicar los requisitos de procedibilidad especiales propios de la acción de tutela debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional puede sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia y, al estar la violación de este último contemplada como una causal de anulación, se hace indispensable agotar previamente dicho recurso.

En este contexto, el juez únicamente puede aplicar los requisitos específicos de procedibilidad en acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados, al menos parcialmente, por la ley colombiana y, aún en esos casos, la aplicación de estos requisitos habrá de respetar al máximo los elementos característicos de tal arbitraje.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de enero de 2019, Rad. 2016-03020-00.

⁴⁷ El artículo en comento dispone: “**ARTÍCULO 101. NORMAS APLICABLES AL FONDO DEL LITIGIO.** El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.”

El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

Queda claro, entonces, que la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables le da un alcance específico a una de las reglas adicionales de procedencia de la tutela.

3.3. Las causales de anulación de laudos internacionales

El artículo 107 de la Ley 1563 de 2012⁴⁸ prohíbe expresamente que el juez de anulación se pronuncie sobre el fondo de la controversia o califique los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. Y el artículo 108 del mismo estatuto establece las causales de anulación a las cuales están sujetas los laudos internacionales, a saber:

“ARTÍCULO 108. CAUSALES DE ANULACIÓN. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

A) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o

B) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

C) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

D) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

⁴⁸ El texto del artículo en comentario es el siguiente: “ARTÍCULO 107. LA ANULACIÓN COMO ÚNICO RECURSO JUDICIAL CONTRA UN LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo arbitral **solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección**. En consecuencia, la autoridad judicial **no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral**.”

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección”. (negrilla fuera del texto original).

2. De oficio, cuando:

A) *Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,*

B) *El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia*”
(negrilla fuera del texto original).

En la línea de lo señalado por la jurisprudencia constitucional frente a los laudos nacionales y que se expuso *ad supra*, la Sala se adhiere a la apreciación según la cual, también en materia de laudos internacionales, la mayoría de las causales de anulación se relacionan con el derecho al debido proceso por posibles errores *in procedendo*. Esto, asimismo, se ve reforzado por la prohibición que el citado artículo 107 de la Ley 1563 de 2012 le impone al juez de la anulación al adelantar su análisis.

No obstante, la Sala advierte que la causal oficiosa incluida en el literal b) del numeral 2º del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, que contempla que el laudo puede ser anulado cuando sea contrario al orden público internacional de Colombia, es una causal de anulación que no se encuentra concebida en la normativa del arbitraje nacional y que, como se verá, incide en el alcance de la regla adicional de procedencia sobre la cual se hicieron precisiones en el numeral 2.2.2., que atiende al criterio de subsidiariedad.

En desarrollo de lo anterior, la Sala estima preciso recordar el alcance que la jurisprudencia le ha conferido al concepto de orden público internacional de Colombia. Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo en providencia de 2011:

*“Se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual serviría de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del ‘foro’ del juez del exequatur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantía de linaje superior, como las antes anunciadas”*⁴⁹. (negrilla fuera del texto original)

Y agregó en una sentencia del 2019:

“Integran el orden público internacional los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, el principio de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad (Cfr. SC12467,7 sep. 2016, rad. n°2014-02737-00)

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, Rad. 2007-01956-01.

(...)

Así mismo, la Sala precisó que ‘comprende (...) garantías procesales pertinentes a este asunto, tales como la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso (SC5207, 18 ab. 2017, rad. n^a 2016-01312-00).

(...)

En suma, el orden público internacional se refiere a las nociones más básicas de moralidad y justicia, que sirven de sustrato a las instituciones jurídicas patrias, tanto sustanciales como procesales, vistas de forma restrictiva (SC9909, 12 jul. 2017, rad. n^a 2014-01927-00)’⁵⁰ (negrilla fuera del texto original).

La Asociación de Derecho Internacional⁵¹ en la Resolución Nro. 2 de 2002, formuló algunas recomendaciones en torno a la interpretación del concepto de orden público internacional⁵², las cuales fueron recogidas por la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 2018. En las mismas, se reconoce que el orden público internacional tiene una dimensión sustantiva y otra procesal:

“Dentro de la categoría de «orden público internacional sustantivo» se encontrarían los principios de «no abuso de los derechos», «buena fe», «fuerza obligatoria del contrato», «prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización» y «prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia».

Y en la de «orden público internacional procesal» se incluyen las garantías fundamentales que permitan asegurar la defensa y un juicio ecuánime, como el derecho a recibir una adecuada notificación, una oportunidad razonable de defensa, igualdad entre las partes y un procedimiento justo ante un juzgador imparcial’⁵³ (negrilla fuera del texto original).

La violación al derecho internacional público de Colombia es, por tanto, una causal de anulación que sobrepasa errores *in procedendo* y puede implicar, inclusive, el planteamiento de nuevos hechos y pruebas.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de enero de 2019, Rad. 2016-03020-00.

⁵¹ La International Law Association (ILA), en español Asociación de Derecho Internacional, fue fundada en 1873. Sus objetivos, son el estudio, la aclaración y el desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y la promoción de la comprensión internacional y el respeto por el derecho internacional.

⁵² Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional Público acerca del orden público como una prohibición a la ejecución de laudos arbitrales internacionales.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2018, Rad.2017-00080-00.

En este entendido, esta causal limita las posibilidades de acudir directamente a la acción de tutela contra laudos internacionales por no satisfacer el requisito de subsidiariedad. Cuando se interpone una tutela contra un laudo internacional que aplicó al menos parcialmente ley colombiana y el accionante formula pretensiones que pueden encasillarse dentro de un alegato de violación del orden público internacional, se torna indispensable agotar el medio judicial, puesto que, aunque la causal sea oficiosa, nada obsta para que una parte la formule en sede de anulación.

En suma, la causal contenida en el literal b) del numeral 2° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 permite que en sede de anulación se analicen defectos que desbordan quebrantamientos *in procedendo*, siempre y cuando estos se enmarquen dentro de eventuales violaciones al orden público internacional de Colombia. Lo anterior implica que, en materia de laudos internacionales, la exigencia de agotar el recurso de anulación se vea reforzada.

En esa medida, la citada causal de anulación de laudos internacionales le otorga un alcance más estricto al requisito de subsidiariedad.

3.4. Conclusión sobre la procedencia excepcionalísima de la tutela contra laudos internacionales

La Sala encuentra que la prohibición expresa de intervención judicial, la libertad de escoger las normas de derecho aplicables y las causales de anulación del laudo internacional -en tanto elementos propios de la normativa que rige el arbitraje internacional-, derivan en que la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales tenga un carácter excepcional mucho más restrictivo que cuando se trata de tutela contra laudos nacionales y, en esa medida, la primera es *excepcionalísima*.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala procederá, en primer término, a determinar si la Acción de Tutela que ahora se estudia satisface integralmente los requisitos generales de procedibilidad y, si a ello hubiere lugar, continuará con el estudio de los requisitos específicos de procedibilidad con base en los defectos alegados por las Accionantes.

4. Examen de los requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto

La Sala observa que en el presente caso no se reúnen todos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales, tal como se expondrá a continuación:

4.1. Legitimación en la causa

De forma preliminar, la Sala observa que en el Laudo Final el Tribunal se declaró incompetente para decidir sobre las pretensiones del Consorcio contra

Gecelca, por cuanto esta actuó como mandataria de Gecelca 3 en lo relativo a la celebración, ejecución, terminación y liquidación del Contrato RP3 y, en ese sentido, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula compromisoria.

Las Accionantes, siendo Gecelca y Gecelca 3, alegan que la fuente de las violaciones a sus derechos fundamentales es el Laudo Final, por ende, al no contener éste ninguna condena en contra de Gecelca, la Sala concluye que esta última carece de legitimación en la causa por activa en lo que atañe a la Acción de Tutela, siendo Gecelca 3 la única legitimada para el efecto.

En lo que respecta a la legitimación en la causa por pasiva, referida “a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso”⁵⁴, la Sala constata que el Tribunal accionado, en ejercicio de la función transitoria de administrar justicia de la que fue investido, es la autoridad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de las Accionantes, además de que, en efecto, fue el emisor de la providencia cuestionada en la Acción de Tutela.

4.2. En el presente caso, la Sala advierte que la Acción de Tutela es improcedente, por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad

La Corte Constitucional ha establecido que los requisitos de procedibilidad de carácter general deben ser satisfechos *integralmente* para habilitar la viabilidad procesal de la tutela⁵⁵. En el caso *sub examine*, la Sala encuentra que la Acción de Tutela no satisface el requisito de subsidiariedad y, por tanto, no se cumplen los presupuestos procesales para su procedencia.

Sobre el incumplimiento de este requisito, la Sala, en primer lugar, se pronunciará sobre las cuestiones atinentes a la calificación del procedimiento arbitral como internacional y, en un segundo momento, estudiará el supuesto error fáctico en el cual habría incurrido el Tribunal al valorar un dictamen pericial que habría incluido una prueba alterada.

4.2.1. Internacionalización del arbitraje

La Sala encuentra que Gecelca 3 expuso dos grupos de reproches en relación la internacionalización del trámite arbitral.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-109 de 2019.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015. En la mencionada sentencia, la Corte sostuvo sobre el particular: “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.”

El primero, circunscrito a la supuesta violación de sus derechos al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. En su concepto, la indebida internacionalización del arbitraje la obligó a ejercer el recurso de anulación de forma limitada, en tanto se vio encasillada a las causales de nulidad aplicables a los laudos de esta naturaleza, las cuales estima mucho más restrictivas que las aplicables a los laudos nacionales.

El segundo se refiere a presuntas violaciones al debido proceso, las cuales argumentó que se materializan en la medida en que el Tribunal aplicó indebida y retroactivamente la Ley 1563 de 2012; desconoció el precedente constitucional establecido en la Sentencia C-170 de 2014; vulneró el artículo 116 de la Constitución; inaplicó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996; y desconoció el reglamento de arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La Sala estima que ambos grupos de reproches satisfacen el requisito general de relevancia constitucional por cuanto se adscriben a eventuales violaciones directas de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

No obstante, si bien Gecelca 3 desplegó una sólida carga argumentativa para acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes, no logró probar que las mismas fueran ajenas a las causales de anulación y tampoco demostró que derivaran en un perjuicio irremediable.

Frente al primer grupo de reproches, la Sala advierte que no es posible que el juez constitucional entre a determinar si se configuró una violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva si el mismo hecho que habría materializado la violación puede ser controvertido, como se explicará enseguida, mediante otro mecanismo de defensa judicial. Así las cosas, la Sala descarta el estudio del primer grupo de reproches elevados por Gecelca 3.

Ahora, en lo relativo al segundo grupo de reproches, la Sala estima que los argumentos que sustentan la supuesta violación al debido proceso y que atañen a la internacionalización del trámite arbitral están todos ligados al pacto arbitral y al procedimiento que se le deriva en razón a la aplicación de los criterios de internacionalidad consignados en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012⁵⁶. En consecuencia, se insertan perfectamente dentro de la causal de

⁵⁶ El texto del artículo en comento establece lo siguiente: “ARTÍCULO 62. ÁMBITO DE APLICACIÓN. (...)

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.*

Para los efectos de este artículo:

- 1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.*
- 2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.*

anulación internacional contemplada en el literal d) del numeral 1° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, la cual prevé que las partes podrán solicitar la anulación del laudo cuando prueben que el procedimiento arbitral no se ajustó a su acuerdo.

Es así como la Sala encuentra que esta supuesta vulneración del debido proceso es un asunto de resorte del recurso de anulación y esto, sumado a que Gecelca 3 no probó ni sumariamente la existencia de un perjuicio irremediable derivado de la internacionalización del trámite arbitral, resulta en que la Acción de Tutela no satisface el requisito de subsidiaridad necesario para avalar su procedencia.

4.2.2. La supuesta omisión en la valoración de una alteración de pruebas documentales incluidas en el dictamen de FTI Consulting

Gecelca 3 señaló que el Tribunal, para efectos de invalidar y ordenar devolver el importe de la multa impuesta al Consorcio, acogió sin salvedades las conclusiones del dictamen pericial rendido por FTI Consulting, el cual integró supuestamente una prueba alterada. Con esto, se habría materializado un defecto fáctico.

La posibilidad de haber realizado una valoración fáctica defectuosa con base en una prueba alterada tiene la vocación de quebrantar el debido proceso constitucional y faculta la intervención del juez de tutela para repeler una posible vulneración *ius* fundamental al debido proceso.

El artículo 29 de la Constitución Política establece que “*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Así las cosas, la Corte Constitucional ha expuesto que la norma citada faculta la exclusión del material probatorio que haya sido recaudado vulnerando los derechos fundamentales del procesado. Al efecto, la Sentencia T-364 de 2018 explicó:

“De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal.” (Sentencia C-372 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía)
(Subrayado adicionado al texto original).

Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.”

50. En sentido similar la sentencia SU-159 de 2002 expuso:

“el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo, conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.”

51. Teniendo en cuenta lo expuesto, el proceso si puede declararse nulo si el fundamento de la decisión que concluye el mismo fue la valoración de una prueba obtenida de manera irregular. Al respecto la Corte en sentencia T-233 de 2007 señaló que *“si la prueba ilegal o inconstitucional es crucial para la adopción de la providencia judicial, esto es, si su incidencia en la decisión judicial es de tal magnitud que, de no haberse tenido en cuenta, el fallo racionalmente habría podido ser otro, el juez de tutela está obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso del afectado”*.

52. En síntesis, la Corte ha señalado que *el análisis de la violación del debido proceso por admisión de una prueba obtenida de manera irregular y la anulación del proceso en que se inscribe, corresponde al estudio particular del caso, pues es necesario verificar, en el texto del fallo concreto, si la decisión judicial tiene como base el contenido probatorio ilegítimo.*” (negrilla fuera del texto original)

Para la Sala es claro que la dimensión constitucional del debido proceso en materia probatoria, aunada a la habilitación del juez de tutela para efectos de anular providencias cuya decisión haya sido determinada por pruebas ilegales o inconstitucionales -la cual ha sido ratificada por vía jurisprudencial-, son elementos sobre los cuales nuestro ordenamiento no puede ceder, ni siquiera en escenarios internacionales. En concreto, la garantía de no ser condenado con una prueba de esta índole es una garantía fundamental que permite asegurar un juicio ecuánime y un procedimiento justo.

Es así como la Sala encuentra que esta garantía hace parte del orden público internacional de Colombia en su acepción procesal y, en esa medida, una decisión arbitral que eventualmente se haya proferido con base en una prueba alterada, tiene la vocación de vulnerarlo.

En ese orden de ideas, este es un asunto que cabe dentro del recurso de anulación por vía de la causal internacional contemplada en el literal b) del numeral 2º del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, que prevé que *“[l]a autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral (...) de oficio, cuando: (...) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia”* y, por

tanto, la Sala reconoce otro argumento para validar la idoneidad de este medio de defensa judicial en el caso que nos ocupa.

4.2.3. Conclusión sobre el requisito de subsidiariedad

En conclusión, la Acción de Tutela no satisface el requisito de subsidiariedad necesario para avalar su procedencia, pues, por un lado, no existen motivos para considerar ineficaz el recurso de anulación, y por el otro, no se probó la existencia de un perjuicio irremediable que afecte a Gecelca 3.

Se insiste, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales previstos para la protección de un derecho, ni desplazar al juez competente, ni mucho menos servir de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, dado su carácter subsidiario, es brindar al interesado protección efectiva, actual y supletoria, para garantizar los derechos fundamentales.

En el *sub judice*, siendo evidente la idoneidad del recurso de anulación para amparar los derechos fundamentales que se consideran vulnerados -en tanto se evidencian cargos que son susceptibles de ser alegados dentro de las causales de anulación internacionales e inclusive tramitados oficiosamente-, la Acción de Tutela se torna improcedente hasta tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado, como autoridad competente para resolver, profiera el fallo respectivo.

5. Conclusión

La presente Acción de Tutela es improcedente porque no acreditó el cumplimiento del requisito general de subsidiariedad, cuyo examen es más riguroso ante decisiones arbitrales, máxime si estas ostentan un carácter internacional.

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 12 de septiembre de 2018, la cual, a su turno, confirmó la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de julio de 2018, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Se recuerda que, proferida una providencia en sede de anulación, contra ella podrán interponerse las acciones que resulten procedentes.

III. DECISIÓN

Si una acción de tutela interpuesta contra una decisión arbitral internacional no satisface el presupuesto de subsidiariedad, el juez constitucional debe abstenerse de adelantar el estudio de fondo y declarar la improcedencia del amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de GECELCA S.A. E.S.P.

SEGUNDO: CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de tutela dictada en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 12 de septiembre de 2018, la cual, a su vez, confirmó la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 26 de julio de 2018 que declaró improcedente la acción de tutela formulada por las accionantes.

TERCERO: LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del juez de tutela de primera instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
SENTENCIA T-354/19**

Accionantes: GECELCA S.A. E.S.P. y
GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Accionado: Tribunal Arbitral de la Cámara
de Comercio de Bogotá

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

En el presente caso, del cual soy ponente, me permito aclarar mi voto con el fin de precisar que, a mi juicio, los árbitros internacionales no ejercen funciones jurisdiccionales necesariamente. Reconocer lo contrario implica dar cabida a que extranjeros, aplicando ley foránea, puedan ejercer transitoria y temporalmente una función pública y, por esa vía, profieran un laudo que eventualmente comprometa la responsabilidad internacional del Estado colombiano⁵⁷.

La competencia de los árbitros internacionales se deriva exclusivamente del pacto arbitral, tal circunstancia ha sido reconocida por el Legislador al sustraerles el poder de *imperium*, muestra de ello es que las medidas cautelares dictadas por árbitros internacionales requieran de la intervención de un juez de apoyo para su perfeccionamiento⁵⁸ y que para la práctica de pruebas fuera de audiencia sea necesaria la colaboración de la autoridad judicial⁵⁹.

En sede internacional, por tanto, se debilita la tesis jurisprudencial que ha equiparado, al menos materialmente, a los laudos arbitrales con providencias judiciales para efectos de avalar la procedencia de la acción de tutela contra los primeros.

A mi juicio, tal procedencia -que en atención a la sentencia es *excepcionalísima*- no se deriva de una analogía que cobra sentido en sede nacional, en donde el trámite arbitral se ha convertido en un *proceso*. Esta se sustrae, sobre todo, de: (i) la eventual incidencia que tienen las decisiones arbitrales internacionales frente a la vulneración de derechos fundamentales y la preminencia de estos en nuestro ordenamiento jurídico; (ii) el ámbito

⁵⁷ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. La colaboración de los jueces en el arbitraje internacional. En: ALJURE SALAME, Antonio *et al.* Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Legis Editores, 2013. p. 499.

⁵⁸ Artículos 88 y 89 de la Ley 1563 de 2012.

⁵⁹ Artículo 100 de la Ley 1563 de 2012.

objetivo de la acción de tutela, el cual comprende acciones u omisiones de particulares⁶⁰; y (iii) los puntos específicos de contacto entre la justicia estatal y el arbitraje internacional⁶¹.

En Colombia, el arbitraje nacional y el arbitraje internacional son instituciones jurídicas diferentes. Y esto, en los términos de la sentencia, incide en el examen de los requisitos de procedibilidad y en el alcance de las reglas adicionales que la jurisprudencia ha sentado a este tenor. No obstante, tal diferencia, concluyo, también debe ser reconocida a efectos de avalar la procedencia excepcionalísima de la tutela contra laudos internacionales.

Fecha ut supra

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

⁶⁰ Artículos 86 superior y 1° del Decreto 2591 de 1991.

⁶¹ La sección tercera de la Ley 1563 de 2012, regula la intervención judicial en los trámites arbitrales internacionales, sobre todo en lo concerniente a la colaboración de los jueces locales en la práctica de pruebas (artículo 100); en la práctica de medidas cautelares (artículo 71); en la designación de árbitros (artículo 73); en la recusación de los árbitros (artículo 76); en eventos de falla o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte del árbitro (artículo 77); en el reconocimiento y ejecución del laudo (artículos 111 a 116); y en la impugnación del laudo (artículos 107 a 110). La intervención de los jueces locales en instancias de apoyo y de anulación, si bien es restringida y puntual, devela la existencia de puntos de contacto entre el arbitraje internacional y la justicia estatal, y en la medida en que las decisiones de esta última pueden ser excepcionalmente objeto de acciones de tutela, no puede entonces inferirse que este tipo de trámites arbitrales sean completamente exógenos a la jurisdicción constitucional