**DEFECTO PROCEDIMIENTAL – Definición**

La Corte Constitucional ha señalado “*que se incurre en un defecto procedimental, cuando el funcionario judicial encargado de adoptar la decisión, no actúa ciñéndose a los postulados procesales aplicables al caso y, a contrario sensu, desconoce de manera evidente los supuestos legales, lo cual finalmente deriva en una decisión manifiestamente arbitraria que, [de manera directa], vulnera derechos fundamentales”*[[1]](#footnote-1).

**ACCIÓN DE TUTELA – Defecto procedimental – Modalidades**

Igualmente, la Corte ha reconocido dos modalidades de este defecto: 1) absoluto, que se configura cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y 2) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

**DEFECTO PROCEDIMENTAL –** **Defecto fáctico – No se configura debido a que tanto el acta de liquidación del contrato como el laudo arbitral debieron ser aportados si se consideraban indispensables para la solución de la controversia - Contrato de concesión**

Encuentra la Sala que estando el proceso para dictar sentencia de segunda instancia, se advirtió la existencia de un arbitraje celebrado entre las partes, razón por la que mediante auto del 2 de mayo de 2016 (fl. 410 y siguientes del expediente en préstamo), en virtud de la potestad oficiosa con la que cuenta el juez y con el fin de conocer las condiciones de la solución de una controversia arbitral entre las partes, fueron requeridas con el fin de que allegaran toda la información relacionada con el proceso arbitral llevado a cabo. (…). No es la acción de tutela la instancia procesal para allegar documentos que debieron aportarse al expediente en su oportunidad, a efectos de que fuera el juez natural quien la analizara y determinara si era o no relevante para la solución de la controversia. (…). Finalmente, en lo que tiene que ver con el acta de liquidación del contrato, advierte la Sala que la sociedad accionante aportó junto con el escrito de tutela, la copia del acta de liquidación suscrita entre las partes del contrato de concesión, de fecha 10 de marzo de 2009. (…). De esta manera, en relación con el acta de liquidación debe indicarse lo siguiente: i). Es un documento que, independiente de que fuera un asunto contractual o extracontractual, debió ser aportado por la sociedad accionante, de considerarlo indispensable para la solución de la controversia. Ii) Si la sociedad consideraba no estar de acuerdo con el acta de liquidación bilateral, bien podía demandarla, demostrando algún vicio del consentimiento que afectara su validez. Por las razones expuestas, la Sala negará el amparo solicitado por la sociedad accionante, al no configurarse una vía de hecho en la sentencia cuestionada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**

**Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01513-00(AC)**

**Actor: SOCIEDAD ORLANDO RIASCOS F - DISMACOR S.A**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por la sociedad *Orlando Riascos F – Dismacor S.A.*, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

**ANTECEDENTES**

El 13 de junio de 2017, la sociedad ORLANDO RIASCOS F – DISMACOR S.A., por intermedio de apoderado, instauró acción de tutela contra el CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

**1. Pretensiones**

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

*“Solicito a la SECCIÓN CUARTA del H. CONSEJO DE ESTADO, tutelar los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa (art. 29); vulnerados por la Subsección “B” de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, al proferir la sentencia del diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), notificada por edicto el 18 de mayo de 2017, dentro del proceso – Reparación Directa de Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. – Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT, en liquidación contra DISMACOR S.A. radicación: 25000232600020040016001.*

*La violación del debido proceso y al derecho de defensa se da por haberse emitido sentencia de segunda instancia desconociendo la acción invocada y tramitada (reparación directa); concediendo pretensiones no pedidas, dándole a las pruebas una apreciación contraevidente e irreal; sin haberle concedido a la sociedad demandada el derecho de aportar pruebas para defenderse de las nuevas premisas introducidas en esa sentencia de segunda instancia.*

*Solicito, en consecuencia, que se deje sin efectos el fallo señalado y se ordene a la Subsección “B” de la Sección Tercera, emitir un fallo ajustado a derecho, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda en uso de la acción de reparación directa, los hechos probados que fueron objeto del debate judicial y la defensa esgrimida o, en caso contrario, anulando lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, para que el demandante ajuste sus pretensiones a la acción de controversias contractuales, de manera que el proceso respete, en su trámite de excepciones, pruebas y alegatos, el debido proceso y el derecho de defensa” (*fl. 1).

**2. Hechos**

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. La sociedad Orlando Riascos F – Dismacor S.A. celebró un contrato de concesión con el Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT, en el que el citado fondo le entregó a la empresa la concesión sobre los centros de diagnóstico automotriz “Álamos y Tunal”, para la revisión técnico mecánica del parque automotor de Bogotá.

2.2. La entonces Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y el “FONDATT”, demandaron en ejercicio del medio de control de reparación directa a la sociedad “Dismacor S.A.”, con el fin de que se declarara patrimonialmente responsable por el no pago a dichas entidades, del uso de las instalaciones físicas y equipos entregados para la ejecución del Contrato 001 de 1994, cuyo objeto era la revisión técnico mecánica del parque automotor del Distrito Capital, pues señalan que la sociedad, aprovechado el contrato de concesión, destinó las instalaciones para efectuar la repotenciación de vehículos de servicio público autorizada por otro organismo, concretamente por el Ministerio de Transporte.

2.3. La demanda correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, que en sentencia del 27 de noviembre de 2008, declaró administrativamente responsable a la sociedad *Orlando Riascos y Cía. S en C, ahora Dismacor S.A.,* por los perjuicios causados a la parte actora con ocasión del enriquecimiento sin justa causa derivado del no pago de las participaciones del servicio de repotenciación y transporte de vehículos por él prestado. Como fundamento de su decisión, expuso las siguientes razones:

*2.3.1.* Inició por señalar que no se trataba de una acción de controversias contractuales, porque si bien se estaba en presencia de una relación contractual, no se estaba debatiendo nada relacionado con la existencia de un contrato, su perfeccionamiento o su ejecución, sino de una extralimitación del objeto contractual que generó para una parte “enormes beneficios” y para la otra un correlativo perjuicio.

*2.3.2.* En ese orden de ideas, consideró que la fuente generadora del daño era el empobrecimiento del actor y el correlativo enriquecimiento de la parte demandada, derivado del usufructo por parte de esta de las instalaciones y equipos proporcionados para el desarrollo del respectivo objeto contractual.

*2.3.3.* Advirtió que de acuerdo con el material probatorio era posible establecer que la parte demandada nunca negó que haya realizado las repotenciaciones en las instalaciones y con los equipos proporcionados por el FONDATT a otros automotores, sino que por el contrario obraban copias de las distintas ofertas que el concesionario realizó al FONDATT, respecto al porcentaje de participación y la fecha desde la cual se reconocería el mismo, es más, advirtió que el problema que han encontrado las partes es determinar el porcentaje o valor de esos perjuicios.

2.4. La decisión se apeló ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, que en sentencia del 10 de mayo de 2017, revocó la decisión y en su lugar declaró el incumplimiento de la obligación de pago del porcentaje pactado a favor del FONDATT y a cargo del concesionario, por la ejecución de la actividad de revisión técnico mecánica de vehículos transformados.

*2.4.1.* Previo a entrar en el análisis de fondo, advirtió que pese a que la parte demandante había seleccionado como herramienta procesal la acción de reparación directa, era evidente que la actividad cuyo reconocimiento pecuniario pretendía, estaba cobijada por el objeto del Contrato de Concesión 01 de 1994, a partir de una modificación hecha por las partes en el acta bilateral celebrada el 16 de junio de 1995.

Consideró que con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia, se analizaría el incumplimiento de la obligación de pago de la actividad de revisión técnico mecánica de vehículos transformados y la posible responsabilidad del concesionario por dicho incumplimiento con el consecuente reconocimiento de perjuicios causados (asunto que correspondería a una acción contractual).

*2.4.2.* Concluyó, luego de revisar el contrato respectivo y sus modificaciones, que tanto la actividad inicial de revisión como la que se introdujo con la modificación del 16 de junio de 1995, fueron cobijadas por el porcentaje convenido a reconocer al FONDATT y la forma de pago establecida en la cláusula cuarta.

Manifestó que durante la ejecución del contrato la entidad demandante reclamó al concesionario la participación de las utilidades con ocasión de la actividad de revisión técnico mecánica de vehículos transformados y por su parte, el concesionario en el plazo de ejecución del contrato no acreditó el reconocimiento y pago de las sumas reclamadas por este concepto, por lo que se evidenciaba el incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la parte demandada.

2.5. La decisión se notificó por edicto desfijado el 22 de mayo de 2017 (fl. 510, expediente en préstamo).

2.6. Sostuvo la actora que el 26 de enero de 2016, el Tribunal de arbitramento convocado por las partes, profirió el laudo arbitral sobre el desequilibrio económico del contrato, en el cual se fijaron las participaciones económicas de las partes y la indemnización de perjuicios al concesionario, hecho que no hizo parte del proceso de reparación directa porque no tuvo relación alguna.

2.7. Que igualmente, el 10 de marzo de 2009 las partes habían suscrito el acta de liquidación del Contrato de Concesión No. 01 de 1994, en la que se declararon a paz y salvo por todo concepto, como resultado del efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales y el balance final, hecho que tampoco fue objeto del debate jurisdiccional no solo porque no había tenido lugar cuando se ejerció la acción de reparación directa, sino porque era un evento contractual y no extracontractual, de tal manera que no hubo cómo acreditar que ya había una declaratoria de paz y salvo, lo que hace improcedente cualquier condena en controversias contractuales.

**3. Fundamentos de la acción**

3.1. Advirtió que se configura una flagrante violación al *derecho al debido proceso*, porque en atención a la naturaleza de la acción que fue propuesta por la parte demandante –reparación directa–, fue que se ejerció el derecho de defensa y contradicción (contestación de la demanda, excepciones, pruebas y alegatos de conclusión). Por lo tanto, al cambiarse la naturaleza de la acción, sin tener en cuenta todo el antecedente, invocando el principio *iura novit curia*, por mera liberalidad y arbitrio del juez de segunda instancia, se afectó la congruencia de la sentencia.

Enfatizó en que se puso en situación de indefensión a DISMACOR, al no permitirle defenderse como es debido en una acción contractual, ya que la defensa hubiera sido completamente distinta y se habrían aportado elementos probatorios distintos, ya que la defensa se basó en debatir una acción extracontractual, lo que vulnera el derecho de defensa.

Indicó que la parte demandante propuso concretamente una demanda de reparación directa y solicitó que se declarara patrimonialmente a DISMACOR S.A. por el no pago de las instalaciones físicas y equipos entregados, los cuales aprovechando el contrato concesionado los destinó además para efectuar la repotenciación de vehículos de servicio público, autorizados por el Ministerio de Transporte, lo que permite concluir que se invocó una responsabilidad civil extracontractual, por lo que, insiste, se hizo una estrategia de defensa de acuerdo con la vía procesal escogida por el demandante.

Dijo que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, no resulta indiferente el régimen en que se sitúe una demanda para obtener el pago de perjuicios y que la pretensión no puede alterarse ya que se vuelve incongruente la sentencia. En suma *“el fallador no puede salirse del ámbito que le marca el actor”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia S-001 del 19 de febrero de 1999).

3.2. Se refirió a un *defecto fáctico*, por falta de apreciación de las pruebas, concretamente no tener en cuenta ni la liquidación del contrato, así como también un laudo arbitral que adjunta con el escrito de tutela y del que dice, no se hizo mención en parte alguna de la providencia cuestionada.

Precisó que al cambiar el régimen de imputación jurídica, cambia la fundamentación fáctica, vulnerándose de esta forma el derecho al debido proceso.

**4. Trámite impartido**

4.1. Mediante auto del 27 de junio de 2017, se admitió la presente acción, se ordenó notificar a la autoridad judicial accionada, se dispuso vincular a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, al Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT e igualmente se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 180).

4.2. Posteriormente, por auto del 8 de agosto de 2017, se dispuso vincular al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” (fl.242).

**5. Intervenciones**

5.1. La **Sección Tercera, Subsección “B”, del Consejo de Estado,** por conducto del ponente de la decisión que se cuestiona, manifestó que no se configuraba el defecto procedimental propuesto por el actor, en la medida en que la competencia del juez de segunda instancia estaba dada por el recurso de apelación formulado que exigió un análisis en torno a la procedencia de la acción de reparación directa ante un asunto que podía ser contractual, en los términos referidos en su momento por el recurrente. A su vez, por tratarse de un presupuesto procesal necesario para resolver de fondo la controversia.

Precisó que la Subsección “B” estaba facultada para adecuar la acción al cauce procesal idóneo en virtud del principio *“iura novit curia”* criterio que no es aislado en la Sección Tercera del Consejo de Estado y que, precisamente en virtud de ese principio se le dio una interpretación a la demanda sin sobrepasar la *causa petendi* y los fundamentos fácticos invocados en la misma.

Manifestó que *“llama la atención la conducta del accionante, que en detrimento de la lealtad exigida a las partes en las actuaciones judiciales, omite referir en los argumentos de la acción de tutela, el cargo de apelación relacionado con la procedencia de la acción, cuando fue con ocasión de la alzada que el juez de segunda instancia encontró plena competencia”* (fl. 220 vuelto).

Destacó que pese a haberse acreditado la responsabilidad contractual del concesionario por la omisión de su obligación de pago y los perjuicios materiales en un monto total de $1.075.817.734, discriminada en $285.805.508 por concepto de daño emergente y $790.012.227, la Subsección “B” encontró que la suma acreditada superaba la condena impuesta al concesionario en el fallo de primera instancia debidamente actualizada. En atención a su condición de apelante único, en virtud del principio *“no reformatio in pejus”*, se mantuvo la condena fijada por el juez de primera instancia.

En respuesta al defecto fáctico propuesto, consideró que la decisión se limitó a los argumentos de la apelación que guardaran relación con la controversia una vez determinada su naturaleza y el cauce procesal idóneo para resolverla.

5.2. La **Secretaría de Movilidad,** por conducto de la Directora de Asuntos Legales, comenzó por aclarar que de acuerdo con el Decreto Distrital 445 de 2015, el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT se encuentra liquidado y la representación judicial en los asuntos relacionados con dicho fondo, quedaron asignadas a esa secretaría distrital.

Ya en relación con el fondo del asunto, dijo que lo que hace la parte actora es hacer una nueva apelación en contra de la sentencia de segunda instancia al no estar de acuerdo con ella, sin que sea el mecanismo para hacer en este momento ese tipo de planteamientos.

Sostuvo que la adecuación de la acción de reparación directa a una contractual, no viola el derecho al debido proceso de la accionante, ya que no se introdujeron pruebas nuevas, hechos o actuaciones administrativas novedosas que sorprendieran a la parte.

Concretamente en relación con la prueba a la que se refiere el demandante del laudo arbitral sobre el equilibrio económico del contrato, dijo que no fue una prueba allegada por las partes a pesar del requerimiento hecho por el juez de segunda instancia, de lo cual se dejó respectiva constancia.

Consideró además, que DISMACOR contó con otro mecanismo de defensa, concretamente el recurso extraordinario de revisión, por lo que no se agotaron los medios extraordinarios de defensa.

En relación con el defecto fáctico, indicó que la sociedad accionante no mencionó cuales fueron las supuestas pruebas que se dejaron de apreciar o las manifestaciones que no fueron tenidas en cuenta.

Finalmente señaló que el hecho que genera la condena es una apropiación de dineros a favor de la entidad demandada, que originó un desequilibrio contractual o en términos generales un daño patrimonial a la entidad, que fue lo que se probó en el proceso, esto es, que la sociedad demandada se apropió de dineros públicos sin contar con una justificación para hacerlo, lo que generó un enriquecimiento sin causa.

5.3. El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”** y la **Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado,** no se pronunciaron.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1.** La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

**2. La acción de tutela contra providencias judiciales**

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales **es excepcional**.

Por esto, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos generales[[2]](#footnote-2) y especiales[[3]](#footnote-3) que deben cumplirse de forma estricta. Si no se cumplen todos los requisitos generales y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales la acción no será procedente.

El análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso. En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de la acción.

**3. Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, incurrió en defecto procedimental, al haber estudiado el caso como una controversia contractual y no de reparación directa como inicialmente fue presentada. Igualmente, deberá determinarse si se incurrió en defecto fáctico, al haberse dejado de observar tanto el acta de liquidación del contrato como el laudo arbitral que aportó al proceso de tutela.

**4. Análisis del caso concreto**

En el caso particular se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, motivo por el cual es procedente verificar si la providencia cuestionada adolece de los defectos que formula la parte actora en el escrito de tutela.

**4.1. Del defecto procedimental**

La Corte Constitucional ha señalado “*que se incurre en un defecto procedimental, cuando el funcionario judicial encargado de adoptar la decisión, no actúa ciñéndose a los postulados procesales aplicables al caso y, a contrario sensu, desconoce de manera evidente los supuestos legales, lo cual finalmente deriva en una decisión manifiestamente arbitraria que, [de manera directa], vulnera derechos fundamentales”*[[4]](#footnote-4).

Igualmente, la Corte ha reconocido dos modalidades de este defecto: 1) absoluto, que se configura cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y 2) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

**4.2. El defecto procedimental en el caso particular**

*4.2.1.* Advierte la Sala que la inconformidad de la parte actora, está en que el juez de segunda instancia adecuó la demanda inicialmente presentada como de reparación directa a una de controversias contractuales.

De acuerdo con las consideraciones hechas en la providencia, si bien las pretensiones de la demanda se encaminaban a la declaratoria de responsabilidad de la sociedad concesionaria por el no pago al FONDATT del uso de las instalaciones físicas y equipos entregados para la ejecución del Contrato 001 de 1994, al haber desarrollado una actividad distinta a la pactada en el contrato - repotenciación de vehículos -, lo cierto era que de los supuestos fácticos de la demanda y los hechos probados, lo pretendido era el reconocimiento de la participación por la revisión técnico mecánica de vehículos transformados o repotenciados.

Luego de hacer un extenso análisis de la demanda y de la situación que giró en torno al citado contrato de concesión 001 de 1994, concluyó que en virtud del principio *iura novit curia,* correspondía al juez establecer, a partir del análisis integral de la demanda, el cauce procesal adecuado para resolver la controversia y, advirtió además que era el ordenamiento jurídico el que determinaba la procedencia de la acción y no el actor, ya que para cada causa existía una vía procesal.

Concluyó entonces frente al punto lo siguiente:

*“En este evento, pese a que la entidad accionante seleccionó como herramienta procesal para obtener pronunciamiento de sus pretensiones la reparación directa, lo cual haría entender que circunscribe la causa a un asunto extracontractual, es evidente que la actividad cuyo reconocimiento pecuniario estaba cobijada por el contrato de concesión 01 de 1994, a partir de la modificación introducida por las partes en el acta bilateral celebrada el 16 de junio de 1995.*

*En consecuencia, en garantía del acceso a la administración de justicia del actor se analizará el presunto incumplimiento de la obligación de pago de la actividad de revisión técnico mecánica de vehículos transformados, convenida en el contrato de concesión 01 de 1994 y la posible responsabilidad del concesionario por este incumplimiento con el consecuente reconocimiento de perjuicios causados, asunto que en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, podía demandarse a través de la acción contractual”* (fls. 144 vuelto y 145)*.*

*4.2.2.* De acuerdo con lo anterior, lo que hizo la Sección Tercera de esta Corporación, fue indicar, en virtud del principio *iura novit curia*, que la acción procedente en este tipo de asuntos era la acción de controversias contractuales y no la de reparación directa, como inicialmente se había indicado por la parte demandante.

A esta conclusión llegó, luego de analizar los hechos y los fundamentos que se indicaban en la demanda, donde se hizo alusión a la existencia de un contrato de concesión suscrito entre la entonces Secretaría de Tránsito y Transporte y el liquidado FONDATT y la sociedad DISMACOR S.A., cuyo objeto era entregar en concesión los centros de diagnóstico de Álamos y Tunal para que la sociedad en calidad de Concesionario, efectuara la revisión técnico mecánica de vehículos automotores registrados en la capital, ajustándose a las normas vigentes sobre la materia.

Así mismo, fueron revisados por el juez natural los otrosí modificatorios al contrato inicial, las prórrogas del contrato y en especial, al acta de modificación al contrato de concesión del 16 de junio de 1995, en el que, con ocasión de la expedición de la Resolución No. 1919 del 10 de abril de 1995, el Ministerio de Transporte ordenaba que en las ciudades donde existieran centros de diagnóstico automotor en los que tuvieran participación entidades del orden oficial y cumplieran con los requisitos establecidos, debía hacerse la repotenciación de vehículos de transporte público que hubieran cumplido su vida útil superior a 20 años, con el fin de que siguieran prestando su servicio por un término no mayor a 10 años, por una sola vez.

Esto trajo como consecuencia una modificación en las condiciones del contrato, al tenerse que atender ahora la repotenciación de otros vehículos de transporte público que no estaban estipulados en el contrato inicial, en virtud de lo dispuesto por el Ministerio de Transporte, como se anotó.

Revisadas las pretensiones de la demanda de reparación directa, se advirtió que lo pretendido era el pago a título de perjuicios, de los valores recibidos por la sociedad DISMACOR por la repotenciación de los vehículos de transporte público y que no habían sido reconocidos a la entidad contratante, ya que a juicio de la parte demandante (Secretaría de Tránsito y Transporte y FONDATT), los valores solicitados eran con ocasión de las actividades realizadas por fuera del contrato de concesión 001 de 1994.

Sin embargo, de acuerdo con las modificaciones antes descritas, en desarrollo del contrato, concretamente en relación con la repotenciación de unos vehículos que no hacían parte del contrato inicial, la conclusión fue que era una actividad que había sido integrada en el desarrollo de la actividad de revisión técnico mecánica de la totalidad del parque automotor del Distrito Capital y, en ese orden, la discusión frente al pago de los valores recibidos por ese concepto, era un asunto que tenía relación directa con la relación contractual existente entre las partes, por lo que consideró que era una acción de controversias contractuales.

El asunto giró todo el tiempo en relación con la controversia inicialmente propuesta, esto es, con el pago de esas utilidades por las que las autoridades distritales reclamaban su participación y, dentro del marco de la modificación convenida por las partes en el acta del 16 de junio de 1995 aludida, el juez entró a verificar la forma en que las partes convinieron la participación económica de la entidad contratante por la actividad de revisión técnico mecánica a cargo del concesionario.

*4.2.3.* En este orden de ideas, analizada en contexto la situación, se advierte que no se modificó la causa petendi ni los fundamentos en los que se basó la pretensión, sino que se encausó a la acción que correspondía atendiendo precisamente al contexto en el que se propuso la demanda, de tal suerte que no puede alegar el accionante, que se vulneró su derecho al debido proceso al no poderse defender en debida forma frente a una acción contractual, pues como se advierte, en nada cambió lo que se planteaba desde el inicio del pleito, de tal manera que el fondo del asunto que era lo relacionado con el pago de los valores reclamados por la entonces Secretaría de Tránsito y Transporte y por el FONDATT, no se modificó y en ese mismo escenario debía atenderse la estrategia de defensa de DISMACOR S.A.

*4.2.4.* Frente al principio *iura novit curia*, es del caso indicar que no es una figura ajena a las controversias que se plantean ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente ante la Sección Tercera de esta Corporación, donde se ha indicado que es deber de juez, dentro del marco de su autonomía funcional y como garante del acceso a la administración de justicia, interpretar de manera integral el escrito de la demanda extrayendo el verdadero alcance de la protección que se invoca.

En un pronunciamiento reciente[[5]](#footnote-5), la Sección Tercera indicó en un caso similar al que estudió el juez natural en la sentencia que ahora se cuestiona, que pese a indicar que se trataba de una acción de reparación directa, revisados los presupuesto fácticos se encontraba que en realidad era un tema relacionado con controversias contractuales, que debía ser analizado por esa vía, al ser la acción idónea. Veamos:

*“Es deber del juez, en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción. Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda. Siendo esto así, de la lectura integral del libelo demandatorio, particularmente la causa petendi y los fundamentos jurídicos en el sub judice se verifica que, pese a que la demanda dijo acudir a la acción de reparación directa, lo verdaderamente pretendido por el accionante es que se le cancelen los dineros por la tenencia de los equipos de cómputo que la ESEAN mantuvo luego de darse por terminado unilateralmente el contrato ESAN-SAF-CBS-048-08 y su ADICIÓN No.1 , en razón a lo cual el trámite no puede ser otro que el correspondiente a la acción de contractual, toda vez que es la acción idónea en el derecho administrativo colombiano para ventilar las controversias surgidas de las relaciones contractuales del Estado, tal como se presentó en el caso de autos”.*

*4.2.5.* Por las razones expuestas, encuentra la Sala que no se incurrió por parte de la autoridad judicial accionada en un defecto procedimental como lo propone la sociedad accionante y que, con la adecuación del medio de control a uno de controversias contractuales no se desconoce el derecho de defensa que en su momento tuvo la empresa para demostrar si había o no lugar al pago de esos valores recibidos por concepto de repotenciación de vehículos de servicio público que no hacían parte del contrato inicial pero que posteriormente hicieron parte integral del contrato, como se indicó.

Además, la misma sociedad en los alegatos presentados en segunda instancia, reconoce expresamente que la acción procedente es la de controversias contractuales, pues indica que *“es indudable que todas las controversias que surjan en los términos y condiciones de la ejecución del contrato pueden ser debatidas ante la jurisdicción contencioso administrativa pero a través de la acción contractual, sin tener en cuenta si las controversias se originan en actos, o hechos u omisiones u operaciones, la acción es la contractual, no nulidad, ni nulidad y restablecimiento del derecho, ni reparación directa como en el evento que nos ocupa”* (fl. 235, expediente en préstamo).

**4.3. Defecto fáctico**

El *defecto fáctico* es aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión. En efecto, la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) ha dicho que el defecto fáctico es un error relacionado con asuntos probatorios y, además, reconoce que tiene dos dimensiones: una dimensión negativa y una positiva.

La dimensión negativa se produce por omisiones del juez, como por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso[[7]](#footnote-7);(ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión[[8]](#footnote-8); o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo[[9]](#footnote-9).

La dimensión positiva, por su parte, tiene lugar por actuaciones *positivas* del juez en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión[[10]](#footnote-10); o (v) por decidir con medios de prueba que, pordisposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia[[11]](#footnote-11).

**4.4. El defecto fáctico en el caso particular**

*4.4.1.* DISMACOR S.A. manifiesta que no fueron tenidas en cuenta como pruebas el acta de liquidación del contrato respectivo y el laudo arbitral que fue suscrito por las partes el 26 de enero de 2001 y que aporta con el escrito de tutela.

Revisado el expediente ordinario, encuentra la Sala que estando el proceso para dictar sentencia de segunda instancia, se advirtió la existencia de un arbitraje celebrado entre las partes, razón por la que mediante auto del 2 de mayo de 2016 (fl. 410 y siguientes del expediente en préstamo), en virtud de la potestad oficiosa con la que cuenta el juez y con el fin de conocer las condiciones de la solución de una controversia arbitral entre las partes, fueron requeridas con el fin de que allegaran toda la información relacionada con el proceso arbitral llevado a cabo.

Sin embargo, el apoderado de DISMACOR S.A. manifestó a la Sección Tercera, que no contaba con el proceso arbitral ya que este se había llevado a cabo hace muchos años y precisó que la controversia que fue objeto del proceso arbitral, nada tenía que ver con la controversia extracontractual que estaba pendiente por definir ante esa instancia (fl. 415, expediente en préstamo). Por su parte, la Secretaría de Movilidad manifestó que el proceso arbitral no se encontraba en su archivo documental.

*4.4.2.* Teniendo en cuenta lo anterior, fue emitida la decisión sin contar con la prueba que había sido requerida previo a emitir una decisión y no puede ahora el tutelante traer el documento que en su momento no presentó ante el juez ordinario, acusando el desconocimiento de una prueba que no se allegó en el momento procesal en el que fue requerida.

No es la acción de tutela la instancia procesal para allegar documentos que debieron aportarse al expediente en su oportunidad, a efectos de que fuera el juez natural quien la analizara y determinara si era o no relevante para la solución de la controversia.

En ese orden de ideas, si en un momento la sociedad consideró que no era relevante esa prueba, no podría ahora venir a indicar que era un elemento a tener en cuenta para tomar la respectiva decisión, independientemente de que se hubiera encausado la controversia a una acción contractual, pues era deber de la parte aportar la prueba y ya el juez en la sentencia darle el valor que considerara, bien en el marco de una acción de reparación directa o de controversias contractuales como finalmente se revisó.

*4.4.3.* Finalmente en lo que tiene que ver con el acta de liquidación del contrato, advierte la Sala que la sociedad accionante aportó junto con el escrito de tutela, la copia del acta de liquidación suscrita entre las partes del contrato de concesión, de fecha 10 de marzo de 2009.

En el citado documento se advierte que las partes hicieron un balance en relación con las prestaciones debidas en el contrato y se declararon a paz y salvo por todo concepto, incluso, se hizo la siguiente salvedad: *“Revisado el expediente contractual y analizados todos los aspectos relacionados con la ejecución del contrato No. 01 de 1994, a la fecha de suscripción de esta acta de liquidación no se encuentran saldos a favor o en contra de las partes”.*

De esta manera, en relación con el acta de liquidación debe indicarse lo siguiente:

1. Es un documento que, independiente de que fuera un asunto contractual o extracontractual, debió ser aportado por la sociedad accionante, de considerarlo indispensable para la solución de la controversia.
2. Si la sociedad consideraba no estar de acuerdo con el acta de liquidación bilateral, bien podía demandarla, demostrando algún vicio del consentimiento que afectara su validez.

**5.** Por las razones expuestas, la Sala negará el amparo solicitado por la sociedad accionante, al no configurarse una vía de hecho en la sentencia cuestionada.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**1. NEGAR** el amparo de los derechos invocados por la sociedad ORLANDO RIASCOS F. – DISMACOR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2.** **NOTIFICAR** la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.

**3.** De no ser impugnada la presente providencia, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

1. Sentencia T-388 de 2015. En similar sentido se pueden consultar las sentencias T-096 de 2014; T-160, T-444, T-620 y T-674 de 2013, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; y *v)* que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela. [↑](#footnote-ref-2)
3. Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-388 de 2015. En similar sentido se pueden consultar las sentencias T-096 de 2014; T-160, T-444, T-620 y T-674 de 2013, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 18 de mayo de 2017. Expediente No. 2010-01591-01. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sección Tercera, Subsección “C”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Sentencia SU-159 de 2002. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Sentencia T-442 de 1994. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Sentencia T-417 de 2008. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibídem. Óp. Cit. 10 [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Sentencia SU-226 de 2013. [↑](#footnote-ref-11)