**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL –** **Evolución jurisprudencial**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012 unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema. Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. (…) A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente como expresamente lo indica la decisión de unificación. (…) en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 , la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C–590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Requisitos generales de procedencia**

i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar improcedente el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – No es una instancia adicional**

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “tercera instancia” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Defecto procedimental absoluto**

El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 26 de julio de 2017 consideró que el defecto procedimental no se configuró porque la aplicación del CGP a efectos de la práctica y contradicción del dictamen pericial: (i) no afectó el derecho de contradicción de la parte actora y; (ii) el interrogatorio que se echa de menos no versó sobre los predios adquiridos “con avalúo vencido”. En otras palabras, “porque ese perito no se pronunció frente a las inconsistencias que el Concesionario accionante ahora invoca para sustentar el cargo por defecto fáctico”. (…) es cierto que el mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” al conocer del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral consideró que, de acuerdo con el artículo 625 del CGP y el criterio que sobre la aplicación de la nueva normativa procesal civil expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el auto de 25 de junio de 2014, existen excepciones a la regla de aplicación inmediata de la ley procesal y que ello ocurre, entre otras, en la práctica de pruebas de decretadas-No obstante lo anterior, en la misma providencia la autoridad judicial acusada explicó de manera detallada como a pesar de aplicar una norma procesal que no era la pertinente, se garantizó en todo momento el derecho al debido proceso y de contradicción de las partes.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Defecto fáctico**

De acuerdo con el criterio expuesto anteriormente, el recurso de amparo constitucional es improcedente para estudiar el cargo de defecto fáctico, toda vez que, para el efecto, la CABG debió agotar en debida forma los mecanismos de defensa judicial previstos en el trámite arbitral en el marco del cual debió exponer las inconformidades que en sede de amparo se acusan como vulneradoras de su derecho fundamental al debido proceso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03561-01(AC)**

**Actor: CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. - EN REORGANIZACIÓN**

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

La Sala decide la impugnación interpuesta por el apoderado de la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. – en reorganización (CABG), contra la sentencia de 26 de julio de 2017, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado, negó el amparo solicitado.

1. **ANTECEDENTES**
	1. **Solicitud**

El representante legal de la Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. – en reorganización (CABG), por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra de: (i) el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, autoridad judicial que conoció del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado número 11001-03-26-000-2016-00038 y, (ii) el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo y Germán Gómez Burgos, que conoció del proceso arbitral convocado por la hoy peticionaria, contra el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (Agencia Nacional de Infraestructura - ANI), relacionado con el Contrato de Concesión No. GG-040-2004.

Lo anterior, con el fin de que le sea amparado su derecho fundamental al debido proceso que considera vulnerado como consecuencia de las decisiones contenidas en: (i) el laudo arbitral de 13 de enero de 2016, mediante el cual se condenó a la CABG al pago de $22.750.576.634 por concepto del incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario; (ii) la sentencia de 1° de agosto de 2016 que declaró infundado el recurso de anulación contra la mencionada decisión.

* 1. **Hechos**

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

* La sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A*.* y el entonces Instituto Nacional de Concesiones –INCO, (hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI), suscribieron el contrato de Concesión No. GG-040-2004, con el objeto de ejecutar el proyecto vial *Bosa-Granada-Girardot* en el departamento de Cundinamarca en los siguientes términos:

*“El otorgamiento al concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, la construcción de la obra y rehabilitación, la operación y mantenimiento de dichas obras, la financiación y la prestación de servicios y el uso de los bienes del propiedad del INCO dados en concesión, para la cabal ejecución del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot, bajo el control y vigilancia del INCO y adelante los diseños para una ciclo ruta en el trayecto 2, en el trayecto 3, en el trayecto 6, en el trayecto 7 y el trayecto 10”.*

Las partes acordaron que las divergencias con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación del contrato serían resueltas ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (cláusula 60 del contrato).

* El 22 de octubre de 2010, la CABG interpuso demanda arbitral, con el fin de resolver las controversias suscitadas entre las partes.

Como pretensiones se presentaron, entre otras:

*“1. DECLARATIVAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO*

1. *DECLARAR en interpretación de la cláusula 37.6 modificada por el otro sí N. 6 del Contrato de Concesión GG-040-2004, sobre quien recae el riesgo predial y de redes del servicio público del contrato.*
2. *PREDIOS*
3. *Con fundamento en la declaración 1 anterior, DETERMINAR económicamente el alcance del riesgo predial a cargo del INCO establecido en la matriz de riesgo de la licitación pública que dio origen al contrato de concesión N. GG-040-2004.*
4. *Determinar que el riesgo predial a cargo del concesionario se desbordó y se convirtió en un riesgo ilimitado.*
5. *Con fundamento en la primera declaración, DETERMINAR los alcances de las obligaciones económicas a cargo del Concesionario contempladas en la cláusula 61 del Contrato de Concesión N. GG-040-2004.*
	1. *Determinar el incumplimiento grave del INCO en el pago de la suma de ocho mil doscientos millones de pesos ($8.200.000.000), adicionales a los nueve mil millones de pesos ($9.000.000.000) a los que está obligado asumir el concesionario en virtud de la cláusula 37.6 del contrato de concesión N. GG-040-2004.*

*(…)*

1. *GENERAL*
	1. *Con fundamento en las declaraciones anteriores, DETERMINAR que el INCO ha incumplido sus obligaciones contenidas en el Contrato N. GG-040- 2004, en materia predial y de redes de servicio público y que, como consecuencia de ello, no se han podido obtener los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto vial objeto del contrato de concesión N. GG-040-2004 se ha afectado la ejecución de la programación*
	2. *Declarar que como consecuencia de las declaraciones anteriores el INCO responsable de las afectaciones a la programación de obra del contrato de concesión N. GG-040-2004.*
	3. *Declarar como consecuencia de las declaraciones anteriores la excepción de contrato no cumplido”[[1]](#footnote-1).*
* El Tribunal de Arbitramento se instaló el 23 de marzo de 2011.
* El 13 de mayo de 2011 la parte convocada contestó la demanda y presentó demanda de reconvención, alegando el incumplimiento parcial del contrato por parte del concesionario.

Como pretensión planteó entre otras:

*“Quinta principal. Que se declare que la Concesión Autopista Bogotá- Girardot S.A. incumplió con la obligación de la gestión predial para el proyecto vial Bogotá- Girardot de acuerdo con lo señalado en la cláusula 37 del contrato de concesión GG-040-2004, modificada a través de los otrosíes N 4, 6 y 17, generando un mayor valor en la adquisición de los predios afectos al mismo.*

*Sexta principal. Con base en la declaración anterior solicito que el H. Tribunal condene a pagar a la Concesión Autopista Bogotá- Girardot S.A. a título de daño emergente a favor de mi mandante las siguientes sumas:*

*(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avaluó haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación.*

*(ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra.*

*(iii) El incremento en el valor de los predios derivado de su gestión tardía en la adquisición de los mismos.*

* El Tribunal de Arbitral celebró **primera audiencia de trámite el 10 de septiembre del 2012**, la cual continúo el día 12 del mismo mes.

En el marco de esta diligencia se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, entre otras, la prueba pericial pedida en la demanda de reconvención, designando como perito a la firma *Cáceres & Ferro*, a quien se le encargó pronunciarse sobre las diferencias surgidas con la financiación y adquisición de los predios necesarios para la construcción de las obras del proyecto vial contratado.

* El dictamen fue presentado en julio de 2014[[2]](#footnote-2) y en él se presentaron los siguientes:

*“5.1.6. RESULTADOS*

*Sírvase establecer si ha habido algún incremento de valor sobre aquéllos predios cuyo avalúo comercial la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., haya realizado y dejado vencer antes de lograr su adquisición.*

*En efecto si ha habido incremento en las unidades prediales cuyo avalúo comercial la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. realizó para la adquisición predial.*

*Lo anterior se deduce a partir de la comparación entre el valor del avalúo practicado inicialmente por parte de la Concesión, respecto del avalúo actual efectuado por el perito inmobiliario experto en cuestiones prediales designado por el Tribunal de Arbitramento, como se muestra en las siguientes tablas en atención a las categorías previamente determinadas:*







*Si su respuesta es afirmativa, sírvase señalar en qué monto se ha presentado dicho incremento sobre el valor de estos predios hasta la fecha de su dictamen pericial.*

*El monto del incremento presentado sobre los predios cuyo avalúo comercial la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. haya realizado y dejado vencer antes de lograr su adquisición es el siguiente*:



*El monto del incremento de valor de aquellas unidades prediales no adquiridas aún para el desarrollo del proyecto vial es de CUARENTA MIL DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS COLOMBIANOS.*

**

*El incremento de valor de los inmuebles adquiridos para el proyecto vial con base en un avalúo vencido y al mismo valor de avalúo es de SESENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS COLOMBIANOS.*



En el informe pericial se presentó la Tabla 3 denominada *“Predios adquiridos con avalúo vencido por diferente valor”*, en el que se incluyeron los siguientes datos:



* El 5 de marzo de 2015[[3]](#footnote-3) la apoderada CABG presentó objeción en contra del experticio rendido por Cáceres & Ferro por considerar que incurrió en error grave planteando los siguientes argumentos: (1) inconsistencias en el dictamen respecto del valor de la interventoría y respecto de la información solicitada por perito a la Concesión, con relación a los predios adquiridos por error; (2) utilización acomodaticia de términos que llevan a una conclusión equivocada respecto del término *“adquirido”,* la afirmación *“como resultado de la ejecución de las obras de infraestructura vial”;* (3) yerros debido al sistema utilizado para avalúos. (4) Presentación de análisis y conclusiones de otras disciplinas ajenas a la prueba y sus conocimientos; (5) afirmaciones poco técnicas respecto de la definición de *“sabana predial”* y los diseños elaborados por el Ingetec – Bateman – PIV; (6) *“por fundamentar un supuesto ejercicio (SIG) en la ejecución de unos análisis y técnicas inexistentes”;* (7) Se indujo al fallador estableciendo relaciones inexistentes respecto de la relación establecida por el perito entre los cambios del diseño y la supuesta obligación definida en la cláusula 37 de reembolsar los recursos con ocasión a los predios adquiridos por estos cambios; (8) respondió con afirmaciones jurídicas que son ajenas a su propia disciplina; (9) presentó errores metodológicos en los supuestos en la comparación de los valores y de realidad de la ficha predial *“en la pregunta No. 1”*

Finalmente, aportó otro dictamen pericial, rendido por el ingeniero Jaime Durán Meléndez, para exponer errores técnicos de la prueba.

* Con el fin de recibir la declaración del mencionado experto, el Tribunal citó a diligencia el 24 de marzo de 2015[[4]](#footnote-4), en la misma el apoderado de la parte convocada solicitó que la convocante realizara primero el interrogatorio del experto, a lo que se opuso la apoderada de la CABG.

Mediante auto dictado en la audiencia se resolvió practicar el interrogatorio del experto conforme a las reglas del CGP teniendo en cuenta que la providencia por medio de la cual se dispuso citar al perito fue proferida en vigencia del nuevo ordenamiento procesal civil.

En consecuencia, se dispuso que sería primero el juez quien interrogaría al experto, luego las partes iniciando por la convocada y que tanto convocante como convocada podrían ejercer el derecho que le otorga el numeral 4° del artículo 221 del CGP.

La diligencia fue realizada y luego suspendida por acuerdo entre las partes, fijándose como fecha para continuar la declaración el 4 de mayo de 2015.

Sin embargo, el ingeniero Durán Meléndez se excusó de asistir a la continuación de la diligencia mediante correo enviado el 3 de mayo de 2015.

* Con auto de 22 de junio de 2015 se fijó nuevamente fecha para escuchar la declaración del señor Jaime Durán Meléndez el 23 de junio de 2015, citación a la cual no asistió el perito.
* Según consta en Acta No. 92 mediante auto de 23 de junio de 2015 “*…al encontrarse esclarecidos los hechos materia de [la] prueba testimonial, se limit[ó] la recepción de testimonios…”.* En consecuencia, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se fijó hora y fecha para celebrar audiencia de alegatos de conclusión.

Como sustento de su decisión citó los artículos 212 del CGP y 219 del CPC. Y, en *“… lo que se refiere a la declaración del ingeniero Jaime Durán Meléndez se deducirá de su no presentación las consecuencias que correspondan de acuerdo con la Ley”.*

* Mediante comunicación de 26 de junio de 2015 el perito Durán Meléndez manifestó a la abogada de la CABG, que se encontraba fuera de la ciudad y tuvo conocimiento del correo electrónico de 22 de junio de 2015 hasta el día 25 del mismo mes y año, por lo anterior se excuso por su inasistencia a la diligencia.
* El 26 de junio de 2015 la apoderada de la convocante puso de presente lo ocurrido ante el Tribunal Arbitral, a fin de que se determinara si resultaba necesario convocar a una nueva audiencia o si era suficiente lo dicho en audiencia previa.
* Con auto de 18 de septiembre de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia para proferir laudo arbitral.
* El 13 de enero del 2016, se profirió laudo arbitral en que entre otras se resolvió:

*“CUARTO: Declarar no fundadas las objeciones por error grave presentadas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. contra el dictamen pericial sobre avalúos prediales.*

*(…)*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva en relación con la pretensión (…) de la demanda de reconvención, se condene a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) (…) la suma de $22.750.576.634 por concepto de incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario”.*

En relación con la objeción al dictamen consideró que en el experticio que se acompañó al escrito de objeciones no se incluyó ningún avalúo particular de los bienes que el perito predial realizó que permitiera concluir que los mismos son claramente errados *“… lo que hace el experto es realizar un análisis matemático del conjunto de resultados del perito predial para concluir que los mismo muestran gran dispersión y que no guarda relación con el comportamiento del IPC o de los valores comerciales de los predios (los que tampoco acredita). Así las cosas, de la prueba aportada no puede concluir el Tribunal que esté acreditado el error grave”.*

De otro lado, consideró que como consecuencia de la mora de la CABG en la adquisición de los predios, cuyo avalúo tenían una vigencia de 1 año, los inmuebles tuvieron que ser pagados a valores más altos por parte de la entidad concedente, cuestión que generaba un perjuicio. Consideró que la diferencia entre el valor que se hubiese pagado en vigencia de los avalúos iniciales y, el que efectivamente fue sufragado, fue $19.846.491.384, suma que actualizada ascendió a $22.750.576.634.

Así se concluyó en el laudo:

*“(i) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario y sobre los cuales se haya tenido que realizar nuevamente nuevos avalúos y la gestión para su negociación y (ii) El incremento en el valor de los predios cuyo avalúo haya dejado vencer el concesionario frente al precio final de compra.*

*Estas dos hipótesis parten de la base de que el avalúo se venció y por ello se incrementó el valor de la adquisición. Si se revisa el dictamen pericial predial se encuentra que en la página 101 del dictamen el perito relaciona 82 predios adquiridos con avalúo vencido que presentan diferente valor de adquisición. Como se puede apreciar, en este caso la demora en realizar la adquisición de los predios dio lugar a un mayor costo, lo que implicó un perjuicio para la entidad estatal concedente.*

*Si se suma el valor de los avalúos de los predios que se vencieron ($12.261.657.262) y se compara con el precio pagado ($32.108.148.646) se aprecia que la diferencia entre dichos valores es de $19.846.491.384. Ahora bien, no encuentra el tribunal que la parte demandada en reconvención haya demostrado que la información del perito no es correcta, así como tampoco que haya demostrado una causa no imputable al concesionario que permita establecer que el incremente en el valor de compra no obedece a la demora del concesionario en la adquisición del bien, sobre todo teniendo en cuenta las consideraciones que hizo el Tribunal al analizar el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario en materia de gestión predial.*

*En esa medida es claro que la pretensión que se analiza debe prosperar sobre este punto”.*

Como sustento para establecer la suma mencionada se elaboró una tabla que contiene, entre otros[[5]](#footnote-5), los siguientes valores:



* El 26 de enero de 2016 la CABG interpuso recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral en el que invocó las siguientes causales del Decreto 1818 de 1998, artículo 163 numerales:

(i) 4° *“Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos*”; (ii) 7° *“Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”*;(iii)8° *“Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”;* y(iv)9° *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

* El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, con decisión de **1º de agosto del 2016**, denegó las pretensiones del recurso extraordinario.

Ello, con fundamento en lo siguiente: **(i)** si bien el Tribunal aplicó el CGP cuando debió aplicar el CPC, lo cierto es que dicho “error” no se tradujo en violación del debido proceso de las partes; **(ii)** no existieron errores aritméticos sino diferencias de apreciación en cuanto a la tasación de las costas y agencias en derechos; **(iii)** no se falló más allá de lo pedido en la demanda de reconvención; y **(iv)** se agruparon los argumentos y se resolvieron todas las pretensiones de la demanda arbitral.

* 1. **Fundamentos de la acción**

A juicio de la parte actora su derecho fundamental al debido proceso fue vulnerado por parte del Tribunal de Arbitramento que conoció del proceso arbitral relacionado con el Contrato de Concesión No. GG-040-2004 suscrito entre la CABG y el INCO y, por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” al resolver el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

Para comenzar, aseguró que en el caso se cumplen todas las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial

Asimismo, expuso que las decisiones censuradas incurrieron en las siguientes causales específicas de procedencia:

* + 1. **Defecto Fáctico** *“… porque el Tribunal de Arbitramento fundó la condena pecuniaria por valor de VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS CINCUENTA MLLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($22.750.576.634) en contra de la CABG en una prueba manifiestamente errónea, la cual fue ratificaba por el Consejo de Estado al fallar el recurso de anulación”.*

Aseguró que el defecto fáctico consistente en fundar la condena en una prueba manifiestamente errónea, se concretó al momento de la expedición del laudo arbitral, razón por la cual sólo pudo ser alegado en el recurso de anulación.

Frente al punto, señaló que de acuerdo con la resolutiva vigesimosegunda del laudo se condenó a la concesionaria a pagar el incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer la CABG y, que generó que la entidad condecente tuviese que sufragar un precio más alto respecto de los avalúos iniciales. Especificó que para determinar la cuantía de ese aumento, se tuvo en cuenta el dictamen pericial inmobiliario elaborado por la sociedad “Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.” que es, a su juicio, manifiestamente erróneo.

Agregó que el dictamen contiene **valores supuestamente pagados por los predios que no corresponden a los efectivamente desembolsados.** Concretamente expuso diferencias respecto de los siguientes predios:

**1.3.1.1.** Ficha predial No. 307-29247 (CABG-3-R141), expuso que según el dictamen el valor del avalúo inicial del inmueble era de $1.214.510.318 y el pagado fue de $15.500.000.000. Aseguró que esta cifra no fue la realmente pagada por el bien sino que corresponde al valor del Convenio Interadministrativo celebrado entre el INCO, el Ministerio de Defensa y la CABG el 12 de febrero de 2009 que comprendía otras erogaciones como *“… el valor de las obras necesarias de la nueva readecuación de las instalaciones militares, que mitiguen el impacto a la seguridad de las guarniciones acantonadas en el terreno objeto de afectación por el trazado de malla vial”.*

Destacó que la cuantía pagada por el convenio no correspondió a la demora del concesionario en la adquisición de algún predio sino a que el Ministerio de Defensa *“estimó necesario que se pagaran las obras adicionales requeridas para mitigar el impacto en la seguridad en las guarniciones militares”.*

Concluyó que según el peritaje la diferencia entre el valor inicial del predio ($1.214.510.318) y el supuestamente pagado ($15.500.000.000) es de $14.285.489.682 suma que además fue actualizada por el tribunal arbitral en el laudo a $16.756.062.514.

**1.3.1.2.** Ficha predial No. 50S-40107109 (CABG-IT-S-U-052), 50S-40106993 (CABG-IT-S-U-055), 50S-40106994 (CABG-IT-S-U-056), 50S-40106992 (CABG-IT-S-U-061), 50S-40106976 (CABG-IT-S-U-057),adujo que de acuerdo con la prueba pericial el valor pagado por cada uno de los predios mencionados fue de $586.530.096, suma que objetivamente corresponde a lo sufragado por los 5 inmuebles de propiedad de la inmobiliaria Los Sauces y la Compañía de Propiedad Horizontal Ltda. “CODEPRO Ltda.”.

Aseveró que por el error mencionado se condenó a la CABG a pagar $2.346.120.384.

**1.3.1.3.** Ficha predial No. 50S-40106975 (CABG-IT-S-U-058), 50S-40106974 (CABG-IT-S-U-059), 50S-40106973 (CABG-IT-S-U-060),argumentó que en relación con estos predios también se cometió un error en el dictamen pericial pues se indicó que por cada uno de ellos se pagó $914.556.717 suma que objetivamente corresponde a lo sufragado por los 3 inmuebles.

Manifestó que por esta falla se condenó a la CABG a pagar $1.829.113.436.

* + 1. **Defecto procedimental,** toda vez que las pruebas fueron decretadas el 10 de septiembre de 2012, fecha para la cual se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil, sin embargo, la práctica y objeción al dictamen pericial rendido por *“Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.”* se realizó con sustento en la reglas del Código General del Proceso, esto último a petición del apoderado de la ANI.

Citó lo argüido por el Tribunal para el efecto:

*“Para la práctica de la declaración del experto citada el día de hoy se procederá de la siguiente forma: el juez procederá a interrogar inicialmente al experto, posteriormente podrán interrogarlo las partes, comenzando por la parte demandante y finalmente podrán ejercer el derecho que le otorga el numeral del artículo 221 del CGP.*

Expuso que esta circunstancia desconoce lo dispuesto por (i) el Código General del Proceso, artículo 625 según el cual *“Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: (…) 5. No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

Y, el (ii) artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que señala que la práctica de las pruebas decretadas se regirá por las leyes vigentes al momento en el cual fueron decretadas.

Resaltó que esta anomalía resulta relevante porque en vigencia del CPC la ausencia del perito, que rindió la experticia presentada para controvertir el dictamen pericial, en la diligencia de interrogatorio no tienen los mismos efectos que en el CGP, régimen en el cual dicha ausencia le resta todo el valor probatorio a la prueba pericial aportada al expediente.

Agregó que no obstante lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Tercera, *“al estudiar semejante error en el cual incurrió el Tribunal de arbitramento se limitó a señalar que, si bien le asistía razón a la Concesión al manifestar que se presentó un error en la aplicación de la norma procedimental para la valoración y contradicción de la prueba pericial allegada, la misma no resulta trascendente para la resultas del trámite arbitral y no vulneraba el ejercicio del derecho al debido proceso en cabeza de la Concesión”.*

Finalmente, argumentó que un error de semejante dimensión no podía dejar de tener consecuencias procesales.

* 1. **Pretensiones**

A título de amparo solicitó:

*“Por lo expuesto, solicito muy respetuosamente, se proteja el derecho fundamental a mi representada al debido proceso. En consecuencia se disponga:*

***Primero.- DEJAR SIN EFECTOS*** *la sentencia de 1º de agosto de 2016, proferida por la Sección Tercera del Consejo que declaró infundada la solicitud de nulidad del laudo arbitral dictado el pasado 13 de enero de la presente anualidad. En su lugar, declarar la nulidad del citado laudo que puso fin a las controversias suscitadas entre la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y en entonces Instituto Nacional de Concesiones - INCO - hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI -”[[6]](#footnote-6)*

* 1. **Trámite de la acción**

**1.5.1.** Con auto de 5 de diciembre de 2016[[7]](#footnote-7), el [Magistrado] Ponente de la Sección Cuarta admitió la solicitud de amparo constitucional y ordenó su notificación a la parte actora y a los Magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “A”, en calidad de autoridades judiciales demandadas, con el fin de que en un término de dos días rindieran informe sobre los hechos materia de la acción.

En la misma providencia se vinculó a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y a los integrantes del Tribunal de Arbitramento, los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo y Germán Gómez Burgos, como terceros interesados en las resultas del proceso.

Asimismo, se ofició a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado para que remitiera en calidad de préstamo el expediente 11001-03-26-000-2016-00038.

Finalmente, se ordenó notificar a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 610 del Código General del Proceso.

**1.5.2.** Mediante Oficios de Notificación[[8]](#footnote-8) No. 1886, 1887, 1888 y 1889 enviados al correo electrónico informativo@ccb.org.co la Secretaría General del Consejo de Estado intentó informar de la existencia de la acción de tutela de la referencia a la Cámara de Comercio de Bogotá y los miembros del Tribunal de Arbitramento citado.

**1.6. Contestaciones**

**1.6.1. La** **Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-**.

Mediante correo electrónico enviado el 17 de enero de 2017 y por conducto de la Gerencia de Defensa Judicial, pidió que se declarara la improcedencia de la demanda o, en su defecto, que se negaran las pretensiones de la CABG.

En primer lugar, aseguró que la parte actora no acreditó la relevancia constitucional del proceso, debido a que se trata de hechos previamente discutidos ante las autoridades competentes y, de otra parte, indicó que las decisiones acusadas se ajustan a derecho y no comprometen los derechos fundamentales alegados.

En relación con la providencia mediante la cual el Consejo de Estado, Sección Tercera resolvió el recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral, resaltó que aunque en ella se advirtió la indebida aplicación del CGP, también es cierto que en la decisión censurada se expusieron las razones por las cuales se consideró que dicho “error” no afectaba los derechos de contradicción y defensa de la sociedad comercial ahora tutelante, especialmente porque no alteró la valoración de pruebas ni el sentido de lo fallado.

Agregó que las autoridades judiciales demandadas garantizaron los derechos fundamentales al debido proceso y de contradicción de las partes. Destacó que las conclusiones de la prueba pericial objeto de amparo, fueron avaladas por el Tribunal de Arbitramento y, posteriormente, por el Consejo de Estado y, por ende, que las mismas no están viciadas como los alega la parte actora.

Finalmente, aseguró que lo que pretende la peticionaria es convertir la acción de tutela en una tercera instancia, desconociendo que dos autoridades ya se pronunciaron sobre los mismos argumentos que se exponen en la presente solicitud de amparo constitucional.

**1.6.2. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”,**

Con memorial radicado el 20 de enero de 2017, la ponente de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, pidió rechazar el amparo impetrado.

Al efecto, argumentó que el caso no reúne los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, mencionándose específicamente el de relevancia constitucional, que echó de menos con fundamento en que no se violó ninguna garantía constitucional.

Informó que no es cierto que la prueba pericial estuviere fundada en errores, dado que las pruebas del expediente dan cuenta que el perito designado tomó los datos correspondientes y correctos y, con fundamento en estos, emitió su concepto.

Finalmente, pidió tener en cuenta que en el expediente se probó que al actor se le garantizó el derecho de contradicción y, por ende, que los “errores” en la aplicación del régimen procesal correspondiente no tenían la relevancia necesaria para que prosperaran las pretensiones del recurso extraordinario de anulación.

* 1. **Fallo de primera instancia**

El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 26 de julio de 2017 **negó la solicitud de amparo** constitucional por considerar que las circunstancias expuestas en el escrito de tutela no eran constitutivas de los defectos alegados y la consecuente vulneración de derechos fundamentales.

De una parte, respecto del **defecto fáctico** expuso que las pruebas aportadas al expediente fueron valoradas en su integridad y de forma objetiva y racional, de tal manera que las mismas le permitieron a la autoridad judicial demandada concluir: (i) que los predios que debían adquirirse para la ejecución del contrato de concesión tenían unos avalúos que se dejaron “vencer”; (ii) que la suma que finamente se pagó o debía pagarse por esos predios presentaba una diferencia, frente a los avalúos iniciales, cercana a los veinte mil millones de pesos; y (iii) que esa diferencia debía ser asumida por la accionante, dado que fue esta última quien dejó vencer los avalúos prediales.

En la misma línea, el juez a quo de tutela precisó, en relación con los errores que la CABG adujo presentó el dictamen pericial de la firma “Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.”, que:

* Las pruebas aportadas al expediente de tutela, demuestran que la suma de $15.500.000.000 fue la registrada en la escritura pública de adquisición de la propiedad con ficha predial N. 307-29247, la cual también hace parte de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para dictar las decisiones ahora tuteladas.
* La parte actora, pudiendo hacerlo, no expuso ante el Tribunal de Arbitramento ni ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, las inconsistencias de la prueba pericial respecto del valor de adquisición de los demás inmuebles, cuestión que le impedía a la Sección Cuarta pronunciarse al respecto, so pena de quebrantar las garantías fundamentales de las otras partes del proceso y desconocer la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

Y de otro lado, en relación con el **defecto procedimental** consideró que la aplicación del CGP a efectos de la práctica y contradicción del dictamen pericial: (i) no afectó el derecho de defensa de la parte actora y; (ii) el interrogatorio que se echa de menos no versó sobre los predios adquiridos “con avalúo vencido”. En otras palabras, *“porque ese perito no se pronunció frente a las inconsistencias que el Concesionario accionante ahora invoca para sustentar el cargo por defecto fáctico”.*

Finalmente, señaló que mediante la interposición de la acción de tutela la parte actora busca obtener una revisión integral de las providencias demandadas, pero tal pretensión escapa al objeto de este mecanismo constitucional, porque la función del juez de tutela no es la de suplantar al juez ordinario.

La decisión de tutela de primera instancia fue notificada mediante correos electrónicos enviados el 28 de agosto de 2017.

* 1. **Impugnación**

El apoderado de la CABG con escrito presentado el 31 de agosto de 2017[[9]](#footnote-9) impugnó la decisión de tutela de primera instancia.

Señaló que el juez *a quo* solo analizó los cargos respecto de la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” más no sobre el laudo arbitral que también fue atacado con el escrito de tutela.

Finalmente, reiteró todos los argumentos expuestos en el escrito inicial de tutela respecto de la configuración de los defectos fáctico y sustantivo.

* 1. **Trámite en segunda instancia**

Con auto de 9 de octubre de 2017, el ponente puso en conocimiento de los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo y Germán Gómez Burgos, miembros del Tribunal de Arbitramento convocado por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. contra el Instituto Nacional de Concesiones - INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI), la nulidad saneable que se presenta en el proceso de la referencia, toda vez que no fueron vinculados debidamente al trámite constitucional.

En la misma providencia, se ofició al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que remitiera la copia digital de documentos indispensables para resolver el asunto que se somete a conocimiento del juez constitucional.

* 1. **Intervenciones**

Mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2017[[10]](#footnote-10), los doctores Gabriel Jaime Arango Restrepo, Germán Gómez Burgos y Juan Pablo Cárdenas Mejía manifestaron haber sido notificados de la existencia del proceso y entender como saneada cualquier posible nulidad.

Con memorial recibido en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado el 1° de diciembre de 2017, la Jefe de Arbitraje de la Cámara de Comercio envió 4 CD’s con la documentación requerida.

El expediente regresó al Despacho ponente el 19 de enero de 2018[[11]](#footnote-11).

1. **CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de 26 de julio de 2017, proferida por el Consejo de Estado Sección Cuarta, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y, el Acuerdo 55 de 2003.

**2.2. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca el fallo de tutela de 6 de septiembre de 2017 por medio del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(iii)** el caso concreto.

* 1. **Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

Esta Sección, mayoritariamente[[12]](#footnote-12), venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012[[13]](#footnote-13) **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema[[14]](#footnote-14).

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[15]](#footnote-15).

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales,* ***de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente****.”[[16]](#footnote-16) (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debemodificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutelay, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental**, **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “***fijados hasta el momento jurisprudencialmente”.***

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014[[17]](#footnote-17), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia[[18]](#footnote-18) a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una *“tercera instancia”* que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

* 1. **Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**
		1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del **requisito de** **inmediatez**, toda vez que la providencia por medio de la cual fue resuelto el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral fue proferida el 1° de agosto de 2016 y notificada por estado de 26 de agosto de 2017 y, el libelo constitucional, se presentó el 29 de noviembre del mismo, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

**2.4.2.** No obstante lo anterior, en relación con el **requisito de subsidiariedad** considera la Sección Quinta que frente al cargo de defecto fáctico expuesto por la CABG en el libelo introductorio de la tutela, no supera este requisito por las razones que pasan a explicarse:

* + - 1. La concesionaria CABG considera que este defecto se materializó porque se le condenó a pagar el incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer y que generó que la entidad condecente tuviese que sufragar un precio más alto respecto de los avalúos iniciales, esto con sustento en un dictamen pericial inmobiliario elaborado por la sociedad “Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.” que es, a su juicio, manifiestamente erróneo.

Aseguró que la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretó al momento de la expedición del laudo arbitral, razón por la cual sólo pudo ser alegado en el recurso de anulación.

Aseguró que el dictamen contiene **valores supuestamente pagados por los predios que no corresponden a los efectivamente desembolsados.** Concretamente expuso diferencias respecto de los siguientes predios:



* Ficha predial No. 307-29247 (CABG-3-R141), expuso que según el dictamen el valor del avalúo inicial del inmueble era de $1.214.510.318 y el pagado fue de $15.500.000.000. Aseguró que esta cifra no fue la realmente pagada por el bien sino que corresponde al valor del Convenio Interadministrativo celebrado entre el INCO, el Ministerio de Defensa y la CABG el 12 de febrero de 2009 que comprendía otras erogaciones como *“… el valor de las obras necesarias de la nueva readecuación de las instalaciones militares, que mitiguen el impacto a la seguridad de las guarniciones acantonadas en el terreno objeto de afectación por el trazado de malla vial”.*

Concluyó que según el peritaje la diferencia entre el valor inicial del predio ($1.214.510.318) y el supuestamente pagado ($15.500.000.000) es de $14.285.489.682 suma que además fue actualizada por el tribunal arbitral en el laudo a $16.756.062.514.

* Ficha predial No. 50S-40107109 (CABG-IT-S-U-052), 50S-40106993 (CABG-IT-S-U-055), 50S-40106994 (CABG-IT-S-U-056), 50S-40106992 (CABG-IT-S-U-061), 50S-40106976 (CABG-IT-S-U-057),adujo que de acuerdo con la prueba pericial el valor pagado por cada uno de los predios mencionados fue de $586.530.096, suma que objetivamente corresponde a lo sufragado por los 5 inmuebles de propiedad de la inmobiliaria Los Sauces y la Compañía de Propiedad Horizontal Ltda. “CODEPRO Ltda.”.

Aseveró que por el error mencionado se condenó a la CABG a pagar $2.346.120.384.

* Ficha predial No. 50S-40106975 (CABG-IT-S-U-058), 50S-40106974 (CABG-IT-S-U-059), 50S-40106973 (CABG-IT-S-U-060),argumentó que en relación con estos predios también se cometió un error en el dictamen pericial pues se indicó que por cada uno de ellos se pagó $914.556.717 suma que objetivamente corresponde a lo sufragado por los 3 inmuebles.

Manifestó que por esta falla se condenó a la CABG a pagar $1.829.113.436.

* + - 1. El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 26 de julio de 2017 consideró que el cargo de defecto fáctico no estaba llamado a prosperar, toda vez que:
1. De las pruebas obrantes en el proceso ordinario y aportadas al expediente de tutela, se desprende que la suma de $15.500.000.000 fue la registrada en la escritura pública de adquisición de la propiedad con ficha predial N. 307-29247, la cual también hace parte de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para dictar las decisiones ahora tuteladas;
2. Los errores que la CABG adujo presentó el dictamen pericial de la firma “Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.”, en relación con los demás inmuebles, no fue alegada en el marco del trámite arbitral y su solicitud de anulación cuestión que le impedía a la Sección Cuarta pronunciarse al respecto, so pena de quebrantar las garantías fundamentales de las otras partes del proceso y desconocer la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.
	* + 1. En el escrito de impugnación no se presentó inconformidad alguna en relación los argumentos esbozados por el juez *a quo* de tutela para negar el cargo, sin embargo, se reiteraron las consideraciones propuestas en el escrito inicial de tutela por lo que la Sala lo estudiará.

* + - 1. Pues bien, como se anticipó en precedencia frente a este cargo no se satisface el requisito de subsidiariedad porque:

**Primero,** el dictamen pericial fue decretado mediante auto de 14 de septiembre de 2012 y rendido por “Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A. el cual fue presentado en el mes de julio de 2014 en respuesta a lo fijado en el Acta 57 de 6 de noviembre de 2013, mediante auto de la misma fecha en el cual el Tribunal de Arbitramento ordenó al perito designado, absolver el cuestionario que había presentado la entidad convocada (INCO hoy ANI) el 3 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta “*que ninguna de las partes solicitó que el dictamen sobre avalúos prediales inmobiliarios se extendiera a otros puntos*”[[19]](#footnote-19).

**Segundo,** una lectura detallada del informe pericial evidencia que las inconsistencias, que la CABG alega hoy en sede de tutela, no provienen del laudo arbitral proferido el 13 de enero de 2016, como la concesionaria lo señaló, tanto en el escrito de amparo e impugnación.

En el experticio en que se sustentaron los árbitros para fijar la cuantía de la condena por concepto del incremento en el valor de los predios cuyo avalúo dejó vencer el concesionario se presentó la Tabla 3 denominada *“Predios adquiridos con avalúo vencido por diferente valor”*, en el que se incluyeron los siguientes datos:



Resulta evidente que los valores que la parte actora asegura fueron calculados de manera errónea están consignados en el dictamen presentado por el experto inmobiliario en julio de 2014.

**Tercero,** en tal medida, los reparos respecto del indebido cálculo del valor efectivamente pagado por concepto de los predios mencionados, debieron ser expuestos en el trámite de objeción por error grave contra el experticio.

En efecto, del examen exhaustivo del escrito presentado el 5 de marzo de 2015[[20]](#footnote-20) por la apoderada CABG se evidencia que los únicos cargos planteados fueron los siguientes: (1) inconsistencias en el dictamen respecto del valor de la interventoría y respecto de la información solicitada por perito a la Concesión, con relación a los predios adquiridos por error; (2) utilización acomodaticia de términos que llevan a una conclusión equivocada respecto del término *“adquirido”,* la afirmación *“como resultado de la ejecución de las obras de infraestructura vial”;* (3) yerros debido al sistema utilizado para avalúos.

(4) Presentación de análisis y conclusiones de otras disciplinas ajena a la prueba y sus conocimientos; (5) afirmaciones poco técnicas respecto de la definición de *“sabana predial”* y los diseños elaborados por el Ingetec – Bateman – PIV; (6) *“por fundamentar un supuesto ejercicio (SIG) en la ejecución de unos análisis y técnicas inexistentes”*

(7) Se indujo al fallador estableciendo relaciones inexistentes respecto de la relación establecida por el perito entre los cambios del diseño y la supuesta obligación definida en la cláusula 37 de reembolsar los recursos con ocasión a los predios adquiridos por estos cambios; (8) respondió con afirmaciones jurídicas que son ajenas a su propia disciplina; (9) presentó errores metodológicos en los supuestos en la comparación de los valores y de realidad de la ficha predial *“en la pregunta No. 1”*

Finalmente, aportó otro dictamen pericial, rendido por el ingeniero Jaime Durán Meléndez, para exponer errores técnicos de la prueba.

**Cuarto,** así las cosas, es claro que a la parte actora no le asiste la razón cuando asegura que el defecto *“sólo pudo ser alegado en el recurso de anulación”* en la medida en que se pudo advertir hasta el momento en el cual fue proferido el laudo arbitral.

En el mismo sentido, para la Sala es claro que la peticionaria, en el caso en concreto pudo agotar en debida forma los mecanismos de defensa judicial previstos en el trámite arbitral en el marco del cual debió exponer las inconformidades que en sede de amparo se acusan como vulneradoras de su derecho fundamental al debido proceso.

Recuerda la Sección que la acción de tutela se torna improcedente para suplir mecanismos idóneos de defensa y/o para revivir términos, pues una interpretación contraria nos llevaría a que ésta fuera empleada como un instrumento para desplazar las competencias ordinarias, lo que de suyo desnaturalizaría esta acción que es eminentemente protectora de derechos fundamentales.

Como ya se indicó, este tipo de pretensiones escapan al conocimiento del juez de la acción de tutela y hacen improcedente el amparo como mecanismo principal, porque existía otro medio de defensa judicial que el actor no empleó.

De esta manera, frente al particular cargo de defecto fáctico la Sección Quinta del Consejo de Estado declarará la improcedencia de la acción de tutela, por encontrar que no se satisface el requisito de subsidiariedad.

* + 1. En relación con el defecto procedimental plateado por la parte actora, corresponde a la Sala abordar el estudio del caso planteado, en la medida en que la CABG si presentó sus inconformidades en relación con la aplicación del CGP a la práctica y contradicción de los dictámenes periciales, esto, en el marco de la audiencia celebrada el 24 de marzo de 2015.

Adicionalmente, considera la Sección que lo alegado por la actora respecto del defecto procedimental no encaja en alguna de las causales taxativamente consagrada que hacen procedente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

Es así como, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva frente a los demás cargos plateados por la parte actora corresponde a la Sala abordar el estudio del caso planteado.

* 1. **Caso concreto**

En el *sub examine* la Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. – en reorganización (CABG), considera que su derecho fundamental al debido proceso fue vulnerado por parte del Tribunal de Arbitramento que conoció del proceso arbitral relacionado con el Contrato de Concesión No. GG-040-2004 suscrito entre la CABG y el INCO y, por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” al resolver el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado establecer si, de acuerdo con los cargos expuestos por la parte actora en el escrito de impugnación en el que además se reiteraron los propuestos en la demanda inicial, con la decisión atacada se incurrió en **defecto procedimental absoluto**, porque la práctica y contradicción de los dictámenes periciales rendidos por Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A. y por el ingeniero Jaime Durán Meléndez, fue realizada conforme a las reglas del CGP a pesar de que las pruebas fueron decretadas en vigencia del CPC.

2.5.1. A juicio de la parte actora, este defecto se presentó porque a pesar de que las pruebas fueron decretadas el 10 de septiembre de 2012, fecha para la cual se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil, sin embargo, la práctica y objeción al dictamen pericial rendido por *“Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.”* se realizó con sustento en la reglas del Código General del Proceso, esto último a petición del apoderado de la ANI.

Expuso que esta circunstancia desconoce lo dispuesto por (i) el Código General del Proceso, artículo 625 según el cual *“Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: (…) 5. No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

Y, el (ii) artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que señala que la práctica de las pruebas decretadas se regirá por las leyes vigentes al momento en el cual fueron decretadas.

Resaltó que esta anomalía resulta relevante porque en vigencia del CPC la ausencia del perito en la diligencia de interrogatorio no tienen los mismos efectos que en el CGP, régimen en el cual dicha ausencia le resta todo el valor probatorio a la prueba pericial aportada al expediente

Agregó que no obstante lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Tercera, *“al estudiar semejante error en el cual incurrió el Tribunal de arbitramento se limitó a señalar que, si bien le asistía razón a la Concesión al manifestar que se presentó un error en la aplicación de la norma procedimental para la valoración y contradicción de la prueba pericial allegada, la misma no resulta trascendente para la resultas del trámite arbitral y no vulneraba el ejercicio del derecho al debido proceso en cabeza de la Concesión”.*

* + 1. El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 26 de julio de 2017 consideró que el defecto procedimental no se configuró porque la aplicación del CGP a efectos de la práctica y contradicción del dictamen pericial: (i) no afectó el derecho de contradicción de la parte actora y; (ii) el interrogatorio que se echa de menos no versó sobre los predios adquiridos “con avalúo vencido”. En otras palabras, *“porque ese perito no se pronunció frente a las inconsistencias que el Concesionario accionante ahora invoca para sustentar el cargo por defecto fáctico”.*
		2. En el escrito de impugnación no se presentó argumento en relación los dos argumentos esbozados por el juez *a quo* de tutela para negar el cargo, sin embargo se reiteraron las consideraciones propuestas en el escrito inicial de tutela por lo que la Sala lo estudiará.
		3. Pues bien, el Consejo de Estado, Sección Quinta anticipa que en el caso no se configura el defecto procedimental absoluto por las razones que se pasan a explicar:

**Primero,** es cierto que el mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” al conocer del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral consideró que, de acuerdo con el artículo 625 del CGP y el criterio que sobre la aplicación de la nueva normativa procesal civil expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el auto de 25 de junio de 2014, existen excepciones a la regla de aplicación inmediata de la ley procesal y que ello ocurre, entre otras, en la práctica de pruebas de decretadas-

No obstante lo anterior, en la misma providencia la autoridad judicial acusada explicó de manera detallada como a pesar de aplicar una norma procesal que no era la pertinente, se garantizó en todo momento el derecho al debido proceso y de contradicción de las partes.

En relación con el punto la Sección Tercera expuso:

*“…el Tribunal de Arbitramento corrió traslado del dictamen predial a ambas partes, el cual contenía los valores que se explicaron en el acápite anterior, se les dio la oportunidad de solicitar aclaraciones a lo cual procedieron y los requerimientos respectivos fueron contestados por el perito predial. También el Tribunal de Arbitramento le respetó a la CABG la oportunidad para objetar el dictamen por error grave a lo cual igualmente procedió la convocante; de la misma manera que tuvo lugar el ejercicio del derecho de contradicción de la prueba, toda vez que además de presentar el escrito correspondiente, se le decretó el interrogatorio del experto, de acuerdo con lo que solicitó y, finalmente, la CABG interrogó al experto.*

*Tal como se relacionará más adelante, todas esas pruebas fueron consideradas y valoradas en el laudo arbitral.*

*Se tiene presente igualmente que la objeción grave fue considerada y desestimada, según consta en el punto tercero de la parte resolutiva del laudo arbitral”*

En el mismo sentido se destacó que la decisión del Tribunal de Arbitramento no tuvo el impacto de cercenar el derecho de contradicción de la CABG, puesto que, si bien esa parte tuvo que interrogar en el primer orden y el experto no pudo asistir a la continuación del interrogatorio, ello no evidenció pérdida de oportunidad ni afectación de la prueba que se allegó al plenario y que fue considerada por el Tribunal de Arbitramento para emitir el laudo arbitral.

Incluso, el juez de la anulación hizo un ejercicio práctico del siguiente contenido:

*¿Si se hubiera invertido el orden del interrogatorio o no se hubiera frustrado un contrainterrogatorio -dúplica o segunda ronda de preguntas-, cuál habría sido la oportunidad de la convocante para demostrar que debía tomarse como valor de adquisición la suma de $14.700’000.000 y no de $15.500’.000.000 o, para persuadir al Tribunal de Arbitramento de que el valor de $15.500’000.000 no podía ser un referente en la prueba pericial predial porque correspondía al precio de un inmueble en mayor extensión o, si se quiere, comprendía otros conceptos adicionales al valor de adquisición de las franjas de terreno avaluadas?*

*Para resolver la anterior cuestión es de la mayor importancia puntualizar que el experto no se refirió en su informe a los datos de los sub lotes que la convocante identificó en su recurso de anulación del laudo arbitral. Si se lee con cuidado el informe del ingeniero Durán Meléndez, se observa que en respuesta a la pregunta 1, orientada a determinar si había existido algún incremento de valor en los predios adquiridos con avalúo vencido, el referido profesional contestó negativamente con apoyo en que en su concepto la categoría de “predios adquiridos con avalúo vencido” era irrelevante y, por ello, no pasó a referirse a ningún caso en particular dentro de este grupo de bienes.*

**Segundo,** para que el defecto procedimental absoluto como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial se configure, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

*“(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales**; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello haya resultado imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico**; y (iv) que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales”[[21]](#footnote-21).*

**Tercero,** al verificar estos elementos en el caso *sub judice* se tiene que no se cumple el último de los elementos que hace procedente la acción de tutela en la medida en que no se dio vulneración alguna a la garantía constitucional al debido proceso del actor.

Finalmente, evidencia la Sección que a juicio de la CABG la anomalía procesal resulta relevante porque en vigencia del CPC la ausencia del perito en la diligencia de interrogatorio no tiene los mismos efectos que en el CGP, régimen en el cual dicha ausencia le resta todo el valor probatorio a la prueba pericial aportada al expediente.

Frente a lo que se resalta, que en el laudo arbitral de 13 de enero de 2016 sí se tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido por el señor Jaime Durán Meléndez que se acompañó a la objeción al rendido por Cáceres & Ferro Finca Raíz S.A.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral consideró que en el experticio que se acompañó al escrito de objeciones no se incluyó ningún avalúo particular de los bienes que el perito predial realizó que permitiera concluir que los mismos son claramente errados *“… lo que hace el experto es realizar un análisis matemático del conjunto de resultados del perito predial para concluir que los mismo muestran gran dispersión y que no guarda relación con el comportamiento del IPC o de los valores comerciales de los predios (los que tampoco acredita). Así las cosas, de la prueba aportada no puede concluir el Tribunal que esté acreditado el error grave”.*

Bajo estos parámetros la Sala considera que, en el *sub lite* no se configuró el defecto alegado.

* 1. **Conclusiones**

De acuerdo con el criterio expuesto anteriormente, el recurso de amparo constitucional es improcedente para estudiar el cargo de defecto fáctico, toda vez que, para el efecto, la CABG debió agotar en debida forma los mecanismos de defensa judicial previstos en el trámite arbitral en el marco del cual debió exponer las inconformidades que en sede de amparo se acusan como vulneradoras de su derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, en lo que respecta al defecto procedimental, a juicio de la Sala, no se presenta alguna de las situaciones que deben concurrir para conceder el amparo constitucional.

En consecuencia, se modificará la sentencia de 26 de julio de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que negó la soliticud de amparo constitucional para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto del defecto fáctico y, confirmar la negativa en relación con el defecto procedimental absoluto.

**III. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de 26 de julio de 2017 proferida proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que negó la soliticud de amparo constitucional para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto del defecto fáctico y, confirmar la negativa en relación con el defecto procedimental absoluto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO NOTIFICAR** a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Presidente**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Consejero**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero**

1. Expediente de tutela folio 240 CD No. 1, archivo 1, página 9. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 160 del expediente de tutela, consultar CD Caso 2121, archivo Cuaderno de pruebas No. 98. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 160 del expediente de tutela, consultar CD Caso 2121, archivo Cuaderno principal No. 15 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 160 del expediente de tutela, consultar CD Caso 2121, archivo Cuaderno principal No. 15. Páginas 530 a 536. [↑](#footnote-ref-4)
5. Solo se reproducen la celadas pertinente del cuadro contenido en el laudo arbitral (Cuaderno Anexo a la tutela folios 459 a 460) [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 37 y 38 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 47 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 49 a 50 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 182 a 196 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 231 del expediente. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 241 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre el particular, el C.P. mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia C.P.: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-13)
14. El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada. [↑](#footnote-ref-14)
15. Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 415 a 417, Cuaderno de pruebas 8- [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 160 del expediente de tutela, consultar CD Caso 2121, archivo Cuaderno principal No. 15 [↑](#footnote-ref-20)
21. T-331 de 2008. [↑](#footnote-ref-21)