**ACCIÓN DE TUTELA – Laudo Arbitral –** **Procedencia excepcional**

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (…) Esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012 , acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales (…) la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014 , precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “de sus máximos tribunales”, en tanto se trata de autoridades públicas que “pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional (…) Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional (…) la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada (res judicata) y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

**ANULACIÓN DE LAUDO – Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral – Causal primera – Inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral – Oportunidad**

El propio estatuto de arbitraje el que establece que la causal primera “*inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”*, sólo podrá invocarse si en la oportunidad procesal respectiva se pone de presente la circunstancia en la que se funda, lo que no se constituye en una exigencia indebida de la Sección Tercera del Consejo de Estado como lo refiere el accionante, así como tampoco surgió de una equivocada interpretación de la norma.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**

**Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01498-00(AC)**

**Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP**

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

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la solicitud de tutela[[1]](#footnote-1) promovida por el subdirector de asuntos legales de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante la UAESP), a través de apoderado judicial, contra el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “C”, en la que solicita que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con las providencias proferidas por la autoridad judicial accionada el 31 de octubre y el 12 de diciembre de 2016, a través de las cuales, en su orden, se declaró infundado el recurso de anulación promovido contra el laudo arbitral del 11 de abril de 2016 y se accedió de manera parcial a la solicitud de adición y corrección del citado fallo, en lo que hace relación con la condena en costas.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos**

La entidad accionante manifestó que el 15 de julio de 2003, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos (hoy UAESP) suscribió el contrato de concesión Nº 053 de 2003 con la sociedad Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. cuyo objeto contractual era el siguiente:

*“Por el presente contrato y de conformidad con la Resolución Nº 096 de junio 13 de 2003 de la UAESP, el concesionario asume por cuenta y riesgo y bajo el concepto de “Área Limpia”, amparado por exclusividad de que tratan los artículos 9º de la Ley 632 de 2000 y 3º del Decreto Nº 235 de 2 de noviembre de 2002, dentro de las áreas de servicio exclusivo –ASE- Nº 3 y 4, que incluye en su orden las localidades de ASE Nº 3: Chapinero, Barrios Unidos, Teusaquillo, Santafé, Candelaria y Mártires; ASE Nº 4: Puente Aranda, Tunjuelito y Ciudad Bolívar, y cuyos límites se detallan en el anexo Nº 1 del Pliego de Condiciones, los componentes y actividades del servicio de aseo que se señalan a continuación”.*

En el precitado contrato se pactó como plazo de ejecución 7 años contados a partir de la fecha de inicio, esto es, 15 de septiembre de 2003, el cual fue prorrogado en dos oportunidades, hasta el 15 de septiembre de 2011.

Finalizado el plazo de ejecución durante su última prórroga, las partes iniciaron un proceso tendiente a la liquidación bilateral del mismo. Sin embargo, no llegaron a un acuerdo en tanto no lograron conciliar los siguientes aspectos*: “(i) la obligación a cargo de ASEO CAPITAL de revertir los vehículos empleados para la prestación del servicio; (ii) la reversión del software y la información; (iii) las reclamaciones realizadas por ASEO CAPITAL sobre corte de césped en andenes, recolección de árboles y ruta selectiva “adicional” y (iv) finalmente sobre el régimen aplicable al contrato de concesión (la aplicación o no de la Ley 1150 de 2007)”.*

Sostuvo la entidad accionante que, en consecuencia, de manera unilateral dispuso la liquidación del contrato de concesión mediante la Resolución Nº 220 del 31 de mayo de 2013. En ese mismo acto administrativo se efectuaron las siguientes declaraciones: “*Que ASEO CAPITAL adeudaba a la UAESP la suma de DOCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($12.647.778.442) por concepto de la reversión de vehículos empleados para la prestación del servicio; declarar el siniestro y ordenar a la aseguradora el pago del mismo” (…)*

Frente a esa decisión, el consorcio Aseo Capital y la compañía de seguros Chubb de Colombia S.A, en forma separada, formularon recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones Nº 532 y 533 de 2013 que confirmaron la decisión recurrida.

Teniendo en cuenta que el contrato de concesión establecía como mecanismo para la solución de las controversias que surgieran en el marco de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del mismo, la conformación de un tribunal de arbitramento, el 17 de marzo de 2017 el Consorcio Aseo Capital S.A. presentó demanda arbitral contra el Distrito Capital y la UAESP ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Refirió que en la demanda se establecieron veinte pretensiones dentro de las cuales se incluyeron tres dirigidas a que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nº 220 de 2013 (liquidación unilateral del contrato de concesión), Nº 532 de 2013 y Nº 533 de 2013 (que resolvieron los recursos de reposición promovidos contra el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de concesión).

Frente a ello, informó que respondió la demanda y objetó el juramento estimatorio. De la misma manera, propuso la excepción previa de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda, al considerar que se controvertía la legalidad de actos administrativos, sin embargo, la misma fue rechazada mediante auto del 26 de marzo de 2015.

Señaló que el 30 de marzo de 2016, se llevó a cabo audiencia de lectura del laudo arbitral. En esa oportunidad, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir la controversia entre Aseo Capital y la UAESP decretó la nulidad parcial de la Resolución Nº 220 de 2013, a través de la cual la UAESP liquidó el contrato de concesión de manera unilateral y de las Resoluciones Nº 532 y 533 de 2013. Así mismo, declaró que *“los únicos bienes que deben ser objeto de entrega por parte de ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. al finalizar el contrato, a título de reversión, son los mencionados en las cláusulas 17 y 32, numeral 11 del mencionado contrato de concesión”.*

Manifestó que el 6 de abril de 2016, el apoderado del consorcio Aseo Capital S.A solicitó la adición y complementación del laudo arbitral, en lo pertinente a la declaración de los bienes objeto de reversión.

Por su parte, la UAESP solicitó al Tribunal de Arbitramento que en relación con la declaratoria de nulidad parcial de los citados actos administrativos, se pronunciara sobre los cargos de nulidad que fundamentaron esa decisión, tales como: falsa motivación, expedición irregular del acto y desconocimiento de las normas en que debía fundarse.

Las citadas solicitudes fueron resueltas en audiencia del 11 de abril de 2016. En esa oportunidad, el Tribunal resolvió no acceder a la solicitud de adición y complementación presentada por las partes, al considerar que no se habían omitido aspectos que fueran objeto de pronunciamiento. De igual forma, efectuó las siguientes consideraciones: *“(i) En efecto, al pronunciarse sobre su competencia, el Tribunal dejó expresado* ***que ella no se extiende a juicios de validez de los actos administrativos acusados*** *configurando presuntamente causales que trascienden al interés de las partes y al ámbito de su libre disposición y se internaran en el orden público, como ocurre con las pretensiones [de] nulidad por incompetencia, vicios de procedimiento, falsa motivación y desviación de poder”.*

El 23 de mayo de 2016, la UAESP formuló recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral. Para tal efecto, invocó las causales establecidas en los numerales 1, 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en consideración de las siguientes circunstancias: (i) el Tribunal de Arbitramento desbordó su competencia al pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos y (ii) el fallo arbitral resolvió aspectos no contemplados en la cláusula compromisoria.

El citado recurso de anulación fue resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, mediante sentencia del 31 de octubre de 2016, a través de la cual resolvió lo siguiente:

(i) Negar la solicitud de suspensión de ejecución del laudo arbitral, en tanto no se cumplió la carga argumentativa para tal efecto.

(ii) Declarar infundado el recurso de anulación en razón de las siguientes consideraciones:

* Sobre la causal primera de anulación, relativa a la invalidez del pacto arbitral, consideró que no se agotó el requisito de procedibilidad por cuanto no se promovió recurso de reposición contra *“el auto de asunción de competencia”,* conforme a lo establecido en el parágrafo primero del artículo 41 de la Ley 1562 de 2012.
* En relación con la causal segunda, relativa al hecho de que el Tribunal de Arbitramento habría desbordado su competencia al pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales la UAESP estableció los bienes que correspondía al Consorcio Aseo Capital entregar al Distrito a título de reversión, consideró el Consejo de Estado que los fundamentos expresados se encuentran dirigidos a reabrir el debate arbitral, lo que desconoce la finalidad de ese mecanismo alternativo de solución de conflictos de sustraer la controversia de la jurisdicción contencioso administrativa. Advirtió, en todo caso, que el Tribunal se pronunció sobre los efectos económicos de los actos administrativos demandados y no sobre su legalidad.

(iii) Por último, condenó en costas al recurrente en cuantía de CATORCE MILLONES DE PESOS ($14’000.000,00).

Frente a esa decisión, la UAESP radicó solicitud de adición, corrección y aclaración de la citada sentencia, en los siguientes términos:

1. Solicitó corrección del monto de la condena en costas, toda vez que superaba el tope de 20 SMLMV establecido en el Acuerdo 1887 de 2003.
2. Pidió que se adicionara la sentencia en lo pertinente a las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que no fueron abordadas de fondo, bajo los argumentos expuestos en el recurso de anulación.
3. Finalmente, manifestó su desacuerdo con la decisión adoptada.

La solicitud fue resuelta mediante providencia del 12 de diciembre de 2016, notificada mediante edicto desfijado el 19 de diciembre de 2016, en la que se dispuso acceder a la corrección del monto de la condena en costas y negó, por considerarlas improcedentes, las demás peticiones.

**2. Fundamentos de la acción**

El accionante promovió acción de tutela contra las providencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, el 31 de octubre y el 12 de diciembre de 2016, a través de las cuales, en su orden, se declaró infundado el recurso de extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 30 de marzo de 2016 y, posteriormente, se efectúo la adición y corrección de la sentencia, en relación con la condena en costas.

En concreto, consideró que las anotadas providencias adolecen de **defecto sustantivo** por indebida interpretación de los artículos 29 y 116 de la Constitución Política, 1º, 41 de la Ley 1563 de 2012; inaplicación de los artículos 14, 19 de la Ley 80 de 1993, 11 y 13 de la Ley 1563 de 2012, y **desconocimiento del precedente jurisprudencial** relativo a la falta de competencia de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos. Esta circunstancia, en su criterio, se configuró con la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento en el laudo objeto de recurso de anulación, en el sentido de declarar la nulidad parcial del artículo segundo de la Resolución Nº 220 de 2013.

**3. Pretensiones**

El actor expresó como pretensiones de la acción de tutela las siguientes:

*“1. Tutelar los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia y los que resulten demostrados a lo largo de ese trámite.*

*2. Dejar sin efecto la sentencia del 31 de octubre de 2016 y el auto que resolvió las solicitudes de aclaración, corrección y complementación del 13 de diciembre de 2016, proferida por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*3. Declarar la procedencia del recurso extraordinario de anulación formulado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS en el entendido de declarar la anulación parcial del laudo arbitral del 30 de marzo de 2016, en lo que respecta la anulación del numeral primero de manera parcial y noveno de la parte resolutiva del mencionado laudo, por haberse pronunciado sobre la legalidad del acto administrativo en cuanto al ejercicio de reversión sin que ello fuese posible.*

*4. En caso de encontrar una forma efectiva de proteger los derechos fundamentales invocados, se solicita que se resuelva de la manera más eficaz el amparo de los derechos vulnerados. Lo anterior considerando la naturaleza de la acción de tutela, en cuanto a las facultades ultra y extra petita del juez constitucional.*

*5. Como subsidiaria de la pretensión 3, se solicita que en caso de dejarse sin efecto la sentencia se ordene a la Sección Tercera a rectificar su decisión declarando la procedencia del recurso extraordinario de anulación.”*

**4. Pruebas relevantes**

Obran en el expediente de tutela:

* Seis cuadernos que suman 1954 folios contentivos del contrato de concesión Nº 53 de 2003, así como las actuaciones adelantadas durante su ejecución.
* Disco compacto aportado por la entidad accionante contentivo de los siguientes documentos:
* Copia del laudo arbitral del 30 de marzo de 2016.
* Copia del recurso extraordinario de anulación.
* Copia de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, del 31 de octubre de 2016.
* Copia del auto emanado del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, el 13 de diciembre de 2016.
* Copia de los edictos en los que consta la notificación de las providencias anteriores.
* Certificado de existencia y representación legal de la sociedad ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., expedido por la Cámara de Comercio.

**5. Trámite procesal**

Mediante auto del 13 de junio de 2017 se dispuso la admisión de la acción de tutela y se ordenó notificar el contenido de esa providencia a la accionante, a la autoridad judicial accionada y, como tercero interesado al consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.

En la misma oportunidad, se corrió traslado del escrito de tutela a las autoridades judiciales accionadas, para que dentro de los dos días siguientes a la notificación de aquella providencia, se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones del escrito de tutela.

Posteriormente, mediante providencia del 18 de agosto de 2017 se dispuso la vinculación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que adelantó el trámite de la demanda arbitral promovida por el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. contra la UAESP.

Luego, el 20 de junio de 2017, el ciudadano César Negrete Mosquera invocando su interés en la defensa de los recursos públicos, presentó memorial de coadyuvancia de la acción de tutela. Manifestó que además de los defectos alegados por el accionante, las providencias acusadas adolecen de un defecto fáctico, en tanto omitieron un estudio sobre el ordinal noveno del laudo arbitral objeto de recurso de anulación, el cual expresa: “*Declarar la nulidad del artículo segundo de la Resolución 220 de 2013, así como la nulidad de la Resolución 533 de 2013, en cuanto confirmó el mencionado artículo segundo, proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, por las razones expresadas en el punto 3.2.1.2. de la parte considerativa de este laudo, por lo cual prosperan, parcialmente, las pretensiones primera principal y segunda principal de la demanda”.*

Frente a esa intervención, el representante legal del Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P, a través de apoderado judicial, expresó que el señor Negrete no es un ciudadano interesado en la protección de la legalidad y el patrimonio público, pues actuó como asesor jurídico de la UAESP durante la liquidación del contrato de concesión, recomendando la expedición de los actos administrativos de liquidación unilateral y por lo tanto, su real interés al intervenir en el trámite de la tutela es defender su asesoría.

Luego, mediante providencia del 26 de septiembre de 2017, la Consejera Sustanciadora dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se oficiara a la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado, a fin de que remitiera en calidad de préstamo, el expediente contentivo del trámite del recurso de anulación.

Frente a lo anterior y teniendo en cuenta que el expediente había sido devuelto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la autoridad judicial accionada mediante comunicación enviada vía e-mail el 5 de octubre de 2017, solicitó en calidad de préstamo el expediente. Sin embargo, el mismo no fue remitido a este trámite constitucional.

**6. Oposición**

**6.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”**

El Consejero ponente de la sentencia objeto de la acción de tutela solicitó negar el amparo de los derechos fundamentales pedido por la UAESP, al considerar que la tutela no cumple con los requisitos generales ni específicos de procedencia contra providencias judiciales. Para efectos de fundamentar su respuesta manifestó lo siguiente:

1. El asunto propuesto en la tutela carece de relevancia constitucional. Ello, teniendo en cuenta que el accionante acude al mecanismo de amparo constitucional a través de un alegato que corresponde a una instancia en el proceso judicial.

Al respecto, señaló que de acuerdo con lo establecido por esta Corporación en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, este requisito no se supera con la afirmación del accionante en torno a la posible vulneración de un derecho fundamental.

Con todo, sostuvo que (i) no se logra evidenciar la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados por la parte actora y (ii) los cargos planteados por la demandante se encuentran dirigidos a concebir la tutela como una instancia adicional, *“mas no como un instrumento de protección frente a la violación de los derechos constitucionales fundamentales que alega vulnerados”*.

1. De igual forma, señaló que la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad que habilita la tutela contra providencias judiciales, en tanto el accionante no agotó los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos en el ordenamiento jurídico para controvertir las providencias contra las cuales se dirige la acción constitucional, como es el caso del recurso extraordinario de revisión.
2. En relación con las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, manifestó el Consejero de Estado que la decisión controvertida en la acción de tutela se encuentra conforme al ordenamiento jurídico, especialmente, en las normas que habilitan a los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos por entidades públicas en ejercicio de facultades excepcionales, tales como el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

Sobre este punto, señaló que en la sentencia objeto de tutela se evidenció que el tribunal de arbitramento se pronunció sobre aspectos económicos contenidos en los actos administrativos expedidos por la UAESP relacionados con los bienes objeto de reversión que no habían sido incluidos en el contrato inicial, lo que se traduce en el incumplimiento del contrato por parte de esa entidad.

1. Adujo que no se efectuó una interpretación indebida de los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues el estudio de las causales de anulación del laudo arbitral fue abordado en el marco de la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación.
2. Sobre el cargo de la tutela relacionado con el “*exceso rito manifiesto”* configurado, a juicio de la accionante, al declarar improcedente la causal de anulación prevista en el numeral 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, bajo el argumento de que en el recurso de reposición que promovió la UAESP contra el auto de asunción de competencia proferido el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal de Arbitramento, no se habría efectuado una acusación relacionada con la invalidez del pacto arbitral, la autoridad judicial accionada recordó que el inciso 1º del artículo 41 de la citada ley, establece que *las causales 1, 2 y 3 solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.*
3. Señaló que la UAESP al sustentar las causales de anulación previstas en los numerales 1º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, expresó argumentos que se dirigían a fundamentar la causal establecida en el numeral 2º, esto es, la falta de competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos. En razón a ello, la accionante desconoció lo previsto en el inciso 1º de ese mismo precepto, según el cual “*en sede del recurso de anulación las razones que exponga el recurrente deben configurar la causal que alega por ello la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé”.*
4. En relación con el cargo de la tutela relativo al desconocimiento de las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 de 2017, manifestó la autoridad judicial accionada que las mismas no fueron desconocidas, todo lo contrario, sirvieron de fundamento de la decisión objeto de tutela, junto a la jurisprudencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado relativa a la competencia de los tribunales de arbitramento de pronunciarse sobre “*actos administrativos contractuales”,* es decir, aquellos que no son expedidos en ejercicio de cláusulas exorbitantes que han sido definidos en los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993.

**6.2. Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P**

El representante legal del consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P solicitó negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por la UAESP, al considerar que el accionante acudió a este mecanismo de protección constitucional como una tercera instancia para controvertir decisiones que le fueron adversas.

Manifestó que la argumentación empleada en la acción de tutela plantea los mismos aspectos del recurso extraordinario de anulación promovido por la entidad accionante contra el laudo arbitral, relativas a la falta de competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos y, en torno a actuaciones que no pueden ser objeto de demanda arbitral porque se derivan del ejercicio de potestades excepcionales de la Administración como es el caso de la cláusula de reversión.

De acuerdo con ello, señaló que el asunto planteado en la acción de tutela carece de relevancia constitucional, pues la entidad accionante no admite haber sido vencida en el proceso arbitral. Agregó que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ha habilitado a los tribunales de arbitramento para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales, siempre que en los mismos no se hubiese ejercido potestades exorbitantes establecidas en la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales no se encuentra la liquidación unilateral del contrato.

De igual forma, consideró que no se cumple el presupuesto de la inmediatez dado que la acción de tutela fue promovida el 22 de junio de 2017, esto es, ocho meses después de la notificación de la sentencia acusada, el 3 de noviembre de 2016.

En relación con el defecto sustantivo, afirmó que para efectos de desarrollar ese cargo la entidad accionante se refirió a una mínima parte de la sentencia acusada y no expuso todos los argumentos que fueron empleados para fundamentar la decisión de declarar infundado el recurso de anulación.

En relación con el desconocimiento del precedente judicial en torno a la reversión como cláusula exorbitante, sostuvo que las sentencias referidas por la sociedad accionante como desconocidas por la autoridad judicial accionada, analizan aspectos de contratos de concesión de bienes del Estado y no de la concesión de servicios públicos bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo.

De manera amplia, se pronunció sobre los hechos de la demanda informando las actuaciones previas a la expedición de los actos administrativos proferidos por la UAESP en el marco de la liquidación unilateral del contrato, en donde Aseo Capital advirtió sobre los errores del concepto jurídico proporcionado por la firma de abogados externa que proponía la expedición de esos actos administrativos. En ese sentido, adujo que en el contrato de concesión nunca se pactó la reversión de los vehículos destinados a la prestación del servicio objeto del contrato por lo tanto, la UAESP no podía liquidar unilateralmente el contrato argumentando para tal efecto el incumplimiento del contratista en ese aspecto[[2]](#footnote-2), así como tampoco incluirlos de manera unilateral.

**6.3. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio. Tribunal de arbitramento conformado para resolver el conflicto entre el consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P y la UAESP**

El 29 de agosto de 2017, la jefe del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá solicitó la desvinculación del trámite de tutela, bajo el argumento de que no tiene competencia sobre el trámite arbitral una vez se ha conformado el Tribunal de Arbitramento.

Por su parte, mediante escrito del 30 de agosto de 2017, los integrantes del Tribunal de Arbitramento[[3]](#footnote-3) se pronunciaron sobre los hechos de la tutela en los siguientes términos:

“*Con toda consideración, solicitamos al Honorable Consejo de Estado se tengan en cuenta los fundamentos que, en el punto específico aludido por el accionante, sustentan, de manera explícita, razonada y con sujeción a la ley, la decisión a la que llegó el Tribunal de Arbitramento, así como el laudo arbitral en su conjunto, cuya copia adjuntó a su petición de amparo el demandante en tutela (punto 1 del acápite de pruebas)”*

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia**

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y el 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

**2. Cuestiones previas**

**2.1. Memorial de coadyuvancia**

El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que *“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.*

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que el coadyuvante esun terceroque “*tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable*[[4]](#footnote-4)*”* a quien le es permitido intervenir en el proceso antes de la sentencia de única o de segunda instancia, sin que pueda **“*realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia****[[5]](#footnote-5)”.* (Negrilla fuera del texto original)

Con fundamento en lo anterior, la Sala admite la intervención de César Negrete Mosquera quien manifestó actuar como ciudadano interesado en lo público, sin embargo, de acuerdo con la información suministrada por el apoderado del Consorcio Aseo Capital, se acredita que su interés se origina en su función como asesor jurídico de la UAESP dentro del trámite arbitral[[6]](#footnote-6), situación que no le impide coadyuvar la acción de tutela.

Ahora bien, es importante precisar frente a la intervención del coadyuvante, que la Sala no se pronunciará sobre aspectos que difieran o no hagan parte de la solicitud de amparo, como es el caso del cargo formulado en relación con el defecto fáctico, el cual no fue formulado por la UAESP.

**2.2. Delimitación del debate constitucional**

Aun cuando la acción de tutela se dirige contra el fallo que resolvió el recurso de anulación promovido contra el laudo arbitral y el auto que resolvió la solicitud de adición, corrección y aclaración de la referida sentencia, la Sala delimitará el estudio únicamente a la primera providencia, en tanto la argumentación presentada por la entidad accionante está orientada a controvertir esa decisión, sin que se expresen razones precisas encaminadas a reprochar el precitado auto.

**3. Planteamiento del problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016 (a través de la cual se declaró infundado el recurso de anulación), desconoció los derechos fundamentales al igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia de la UAESP al incurrir, supuestamente, en un defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y en desconocimiento del precedente judicial relativo a la falta de competencia de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos producto del ejercicio de una potestad exorbitante.

**4.** **Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales**

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[[7]](#footnote-7) y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[[8]](#footnote-8), instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012[[9]](#footnote-9), acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*. En aquél entonces, este tribunal dijo:

*“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. En consecuencia, en la parte resolutiva, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”*.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014[[10]](#footnote-10), precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto *“de sus máximos tribunales”*, en tanto se trata de *autoridades públicas* que *“pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas”*. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005[[11]](#footnote-11).

Los requisitos generales de procedencia que deben ser cuidadosamente verificados, son: **a.** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **b.** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **c.** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (…); **d.** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (…); **e.** Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (…) y **f.** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **a. Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; **b. Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; **c. Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; **d. Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; **f. Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; **g. Decisión sin motivación**, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; **h. Desconocimiento del precedente**, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado e **i. Violación directa de la Constitución.**

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo[[12]](#footnote-12) y de la Corte Constitucional[[13]](#footnote-13).

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada (*res judicata*) y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

De acuerdo con la materia del caso que se examina la Sala considera necesario referirse a los defectos fáctico, sustantivo y al desconocimiento del precedente judicial como causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

**5. Estudio y solución del caso concreto**

**5.1. Verificación de los requisitos generales de procedencia**

**(i) Relevancia constitucional.** Sobre ese presupuesto, la autoridad judicial accionada declaró que la acción de tutela carece de relevancia constitucional, en la medida que la UAESP propone un debate que se encuentra clausurado.

En contraste, la Sala observa que la UAESP expresó como circunstancias que originaron la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales invocados, los aspectos que se relacionan a continuación y, que surgieron con la providencia proferida por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado, que declaró infundado el recurso de anulación promovido por la UAESP contra el laudo arbitral que dirimió la controversia suscitada respecto de la liquidación del contrato de concesión suscrito entre la UAESP y el Consorcio Aseo Capital.

(a) La interpretación errónea del artículo 41 del estatuto arbitral, en tanto la autoridad judicial accionada se abstuvo de estudiar la causal primera invocada por el recurrente, bajo el argumento de que no se agotó el requisito de procedibilidad contenido en la mencionada disposición, esto es, que dentro del trámite arbitral se hubiese alegado la invalidez del pacto arbitral, lo que a juicio de la entidad actora, constituye un *exceso ritual manifiesto*.

(b) El desconocimiento del precedente judicial relativo a la falta de competencia de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos. Esto se originó, a juicio del actor, con el hecho de que la autoridad judicial accionada hubiera concluido que en el laudo arbitral se efectuó un pronunciamiento sobre el incumplimiento y los efectos económicos del contrato de concesión Nº 053 de 2003, lo que implicó realizar un juicio de validez que solo le corresponde realizar a la jurisdicción contencioso administrativa.

Con fundamento en lo anterior, el presente caso es de relevancia constitucional, en tanto le corresponde al juez constitucional determinar si se configuró la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, con ocasión de la decisión adoptada por la Sección Tercera, Subsección "C" del Consejo de Estado, en la sentencia objeto de reproche constitucional que declaró infundado el recurso de anulación al no encontrar probadas las causales fijadas en el ordenamiento jurídico para tal efecto.

(ii) **Subsidiaridad.** La autoridad judicial accionada consideró que el asunto bajo examen no cumple este requisito, toda vez que la UAESP no agotó el recurso extraordinario de revisión contra la providencia objeto de tutela.

Al respecto, es preciso señalar que la existencia de herramientas de defensa judicial ordinarias y extraordinarias dispuestas en el ordenamiento jurídico, no inhabilita *per se* el ejercicio de la acción de tutela para reclamar el amparo del derecho fundamental al debido proceso y, por lo tanto, resulta necesario examinar si esos mecanismos resultan idóneos y eficaces.

La Corte Constitucional[[14]](#footnote-14) ha analizado la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión para garantizar la protección del derecho fundamental al debido proceso, a partir de la constatación de que la causa de la amenaza o vulneración alegada se enmarque dentro de las causales que puedan invocarse. Es decir, que en caso de que la circunstancia que originó el desconocimiento de los derechos fundamentales no se enmarque dentro de las causales de procedencia del citado recurso, establecidas en el artículo 250 del CPACA[[15]](#footnote-15), la acción de tutela sí estaría habilitada para reclamar la protección constitucional.

En efecto, se observa que las causas de la presunta amenaza o vulneración del derecho fundamental al debido proceso que adujo la UAESP en la solicitud de amparo, no constituyen causales de revisión y, en tal virtud, no inhabilita la acción de tutela en este caso, razón suficiente para concluir que está cumplido el requisito de subsidiariedad.

1. **Requisito de la inmediatez**. La acción de tutela se dirige contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016 que resolvió el recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral. No obstante, como quiera que contra el referido fallo se presentó solicitud de adición, aclaración y corrección que fue resuelta de fondo en providencia dictada el 12 de diciembre de 2016, la Sala efectuará el conteo de los 6 meses que ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, a partir de la notificación de esta última decisión (edicto desfijado el 19 de diciembre de 2016). La UAESP radicó la solicitud de amparo el 12 de junio de 2017, esto es, 5 meses y 23 días después, lo que significa que fue interpuesta en tiempo. Comprehensivo

(iv) El accionante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de sus derechos.

(v) La acción no se dirige contra un fallo de tutela.

Superado el análisis de los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala abordará el estudio de fondo de los defectos alegados por la entidad accionante contra la sentencia objeto de tutela.

**5.2. La providencia judicial objeto de reproche constitucional no incurrió en los defectos alegados**

**5.2.1. Razones en las que se sustentó la autoridad judicial accionada para negar el recurso de anulación**

La sentencia objeto de tutela declaró infundado el recurso de anulación promovido por la UAESP contra el laudo arbitral del 30 de marzo de 2016, el cual fue dictado por el tribunal de arbitramento conformado para dirimir el conflicto suscitado entre el consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. y la UAESP con ocasión de la expedición de la Resolución Nº 220 de 2013, a través de la cual se dispuso la liquidación unilateral del contrato de concesión Nº 053 de 2003, suscrito entre la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos (hoy UAESP) y la sociedad Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. En el referido acto administrativo se ordenó a esta última sociedad cancelar a favor de la primera la suma de *“DOCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/TE ($12.647.778.442) o pagar la suma que resulte de la diferencia entre dicho valor y el valor que sea cancelado por la compañía de seguros garante del Contrato de conformidad con lo señalado en el numeral 8.1 de la parte considerativa de la presente resolución”[[16]](#footnote-16)*.

Para efectos de fundamentar esa decisión, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, expresó los siguientes argumentos:

* Admitió que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional[[17]](#footnote-17) y la de esta Corporación[[18]](#footnote-18), los tribunales de arbitramento carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades exorbitantes al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, *“es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión”* en los contratos de concesión de bienes del Estado.
* Expresó que de acuerdo con lo establecido en artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, y señaló que conforme al principio de legalidad, también están habilitados para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales, no sobre las cláusulas exorbitantes.

* En relación con la causal primera de anulación invocada por el recurrente: *“la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”*, al considerar que el pacto arbitral carece de validez al otorgar competencia al tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, el Consejo de Estado consideró que los argumentos expuestos para sustentar esta causal hacían referencia a la causal segunda, en tanto se relacionaban con la falta de competencia del tribunal de arbitramento para declarar la nulidad de los actos administrativos objeto del trámite arbitral.

En todo caso, consideró que esa causal no estaba llamada a prosperar en razón a que no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el inciso 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, haber alegado la invalidez del pacto arbitral ante el tribunal de arbitramento, mediante un recurso de reposición contra el auto a través del cual asumió la competencia.

Al respecto, evidenció la autoridad judicial accionada que si bien la UAESP promovió recurso de reposición contra el auto proferido por el tribunal de arbitramento el 26 de marzo de 2015, en esa oportunidad no hizo referencia a la invalidez del pacto arbitral, sino a la falta de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos objeto del debate arbitral.

* En relación con la causal segunda de anulación del laudo arbitral *“La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”* invocada por el recurrente al considerar que el tribunal de arbitramento carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos atacados en la demanda arbitral, se declaró que la misma no estaba llamada a prosperar, en tanto consideró que en el laudo arbitral se declaró el incumplimiento del contrato por parte de la UAESP, al incluir en la cláusula de reversión bienes que no fueron pactados en el contrato inicial, y que ello no implicaba un estudio sobre la legalidad de los actos administrativos.

Agregó que los actos administrativos objeto de demanda arbitral no fueron expedidos en ejercicio de una potestad exorbitante, pues la liquidación unilateral no es de aquellas facultades de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En concreto, la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado, expresó:

*“Revisado el laudo arbitral impugnado lo que se encuentra es que los jueces arbitrales no realizan un juicio de legalidad sobre la cláusula de reversión, sino que circunscriben su análisis a determinar si existió o no un incumplimiento por haberse incluido dentro de la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados, lo que en últimas implica que éstos únicamente se pronunciaron sobre los efectos económicos de los actos administrativos demandados.*

*Con otras palabras, cuando el Tribunal resolvió declarar el incumplimiento de la convocada por haber incluido en la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados y en consecuencia haber declarado que los únicos bienes que podían ser objeto de reversión dentro de los actos de liquidación unilateral eran los previstos en las clausulas Nos. 17 y 32 No. 11 del contrato de concesión, se estaba pronunciando sobre los efectos económicos de la cláusula de reversión, asunto sobre el cual sí tenía competencia”*

Finalmente, consideró que esa causal resultaba improcedente en la medida que la UAESP pretendía “*reabrir el debate probatorio y jurídico efectuado para que de ésta forma se modifique la decisión adoptada y se profiera una favorable a sus intereses”.*

* Respecto de la causal novena de anulación también alegada por la UAESP, *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”,* el Consejo de Estado consideró que la misma carecía de argumentación pues los fundamentos a los que acudió el recurrente se dirigían a demostrar la causal segunda de anulación, en tanto controvierten la competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

En síntesis, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, declaró infundado el recurso de anulación del laudo arbitral por tres razones: (i) no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, cuando se invoca la causal primera de anulación; (ii) el tribunal de arbitramento no se pronunció sobre la legalidad de actos administrativos sino sobre sus efectos económicos al declarar el incumplimiento del contrato por parte de la UAESP, dado que incluyó en la cláusula de reversión contenida en el acta de liquidación unilateral del contrato de concesión, bienes que no fueron pactados en el contrato y (iii) no se argumentó la causal novena de anulación invocada pues los fundamentos expresados para tal efecto, hacen referencia a la causal segunda.

**5.2.2. La decisión relativa al agotamiento del requisito de procedibilidad no desconoció el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

La parte accionante consideró que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, adolece de un defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que establece como requisito de procedibilidad para invocar las causales de anulación primera, segunda y novena que el recurrente hubiere expresado previamente los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

Además, estimó que el Consejo de Estado incurrió en *“exceso rito manifiesto”* al exigir una manifestación expresa en el recurso de reposición sobre la validez del pacto arbitral. Agregó que de la argumentación expuesta en relación con la competencia del tribunal de arbitramento sirve de fundamento también para la causal primera y, por lo tanto, debe entenderse agotado el requisito. De acuerdo con ello, considera la entidad accionante que la autoridad judicial accionada incurrió en indebida interpretación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Frente a los cargos de la tutela relacionados con la causal primera de anulación, encuentra la Sala que el parágrafo primero del artículo 41 de la Ley 1563 de 2015 establece que “*Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer* ***los motivos constitutivos de ellas*** *mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”* (negrillas de la Sala)*.*

Es decir, es el propio estatuto de arbitraje el que establece que la causal primera “*inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”*, sólo podrá invocarse si en la oportunidad procesal respectiva se pone de presente la circunstancia en la que se funda, lo que no se constituye en una exigencia indebida de la Sección Tercera del Consejo de Estado como lo refiere el accionante, así como tampoco surgió de una equivocada interpretación de la norma.

Encuentra la Sala que para explicar el cargo de exceso ritual manifiesto formulado contra lo resuelto por la autoridad judicial accionada respecto de la causal en comento, la UAESP admitió que en el recurso de reposición que interpuso contra el auto a través del cual el tribunal de arbitramento asumió competencia para dirimir la controversia originada entre el Consorcio Aseo Capital S.A. y controvirtió la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos objeto de demanda arbitral. De acuerdo con ello, consideró que la exigencia de agotar el recurso de reposición para invocar la causal primera de anulación prevista en el estatuto arbitral, no implica la obligación de efectuar una enunciación expresa de las circunstancias en las que se funda y, por lo tanto, sostuvo que **el Consejo de Estado pudo inferir de los argumentos expresados en el citado recurso que también se estaba controvirtiendo la invalidez del pacto arbitral** y, de esa manera, declarar el cumplimiento del requisito de procedibilidad en torno al debate sobre la validez de pacto arbitral.

En contraste, considera la Sala que las circunstancias que configuran las causales primera y segunda no son las mismas y, por lo tanto, su estudio se basa en aspectos diferentes. Así, la primera hace referencia a la invalidez del pacto arbitral que implica la verificación de los presupuestos de validez de todo negocio jurídico[[19]](#footnote-19): objeto y causa lícitos, la capacidad y la voluntad de las partes y, la segunda, relativa a la competencia que hace referencia a las materias sujetas a arbitraje a través del pacto arbitral.

Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo por interpretación indebida del parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2015, al declarar improcedente la causal primera de anulación invocada por la UAESP al encontrar que no se agotó el requisito de procedibilidad que establece esa disposición.

**5.2.3. La decisión de la autoridad judicial accionada sí se refirió a la incompetencia de los tribunales de arbitramento para anular determinados actos administrativos contractuales**

En relación con la causal segunda de anulación relativa a la falta de competencia del tribunal de arbitramento para declarar la nulidad parcial de la Resolución Nº 220 de 2013 (acto de liquidación unilateral del contrato de concesión), consideró la UAESP que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo al interpretar y aplicar en forma indebida la Constitución Política y *“las normas que gobiernan el arbitramento”,* así como en desconocimiento del precedente judicial, en tanto desconoció que la reversión es una cláusula producto del poder exorbitante de la Administración que no puede ser materia de debate en la justicia arbitral.

Al respecto, la Sala observa que la decisión objeto de tutela se construyó sobre la base de que el laudo arbitral recurrido no se pronunció sobre la legalidad o validez de actos administrativos de conformidad con las causales previstas en el CPACA, en tanto únicamente abordó lo relativo a los efectos económicos de la liquidación unilateral del contrato de concesión Nº 053 de 2003, lo que no implicó, como lo sostuvo la autoridad judicial accionada en el escrito de contestación de la acción de tutela, que se hubiera realizado un juicio de legalidad sobre las cláusulas exorbitantes contenidas en la Ley 80 de 1993, ámbito judicial que solo es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Adicionalmente, la Sala verificó la afirmación plasmada por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado, en la respuesta dada a la acción de tutela, en el sentido de que en la sentencia acusada desarrolló los presupuestos fijados en el ordenamiento jurídico que limitan la competencia de los tribunales de arbitramento frente a la legalidad de actos administrativos.

En efecto, la autoridad judicial accionada refirió lo siguiente: “*en anteriores oportunidades se ha señalado que los particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión”*.

Por lo tanto, para la Sala resulta claro que no se configuró el defecto sustantivo por interpretación errónea de las normas que gobiernan la competencia de la justicia arbitral, así como tampoco se desconoció el precedente judicial relativo a la falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos siempre y cuando se refiera a los efectos económicos, no a las potestades exorbitantes contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo cual no se advierte que haya ocurrido en la decisión objeto de tutela.

En razón a lo expuesto, se negará el amparo solicitado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP).

**III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero.- TÉNGASE COMO COADYUVANTE** de la parte demandante a César Negrete Mosquera.

**Segundo.- NIÉGANSE** las pretensiones de la acción de tutela promovida por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP contra la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado.

**Tercero.- NOTIFÍQUESE** esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Cuarto.-** En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**Presidenta de la Sección**

**MILTON CHAVES GARCÍA**

**Consejero**

**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**

**Consejero**

**-AUSENTE CON EXCUSA-**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**Consejero**

1. Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha. [↑](#footnote-ref-1)
2. La Sala advierte que no hará referencia específica a todas las circunstancias descritas por la sociedad accionada en relación con las actuaciones que se adelantaron antes de la demanda arbitral, en tanto las mismas no presentan utilidad para resolver el debate constitucional en relación con el presunto desconocimiento del derecho al debido proceso invocado por la UAESP en la tutela promovida contra las autoridades judiciales accionadas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consuelo Sarria Olcos, Álvaro Tafur Galvis y Juan Manuel Charry Urueña. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia T-304 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia T-1062 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 44 a 75 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972. [↑](#footnote-ref-7)
8. Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968. [↑](#footnote-ref-8)
9. Expediente Nº 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-9)
10. Expediente Nº 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-10)
11. M. P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. Nº 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. Nº 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortíz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional Sentencia SU-263 de 2015 MP Jorge Iván Palacio Palacio [↑](#footnote-ref-14)
15. Dichas causales son las siguientes: *“1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 487 del cuaderno anexo Nº 3. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, sentencia C-1430 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 18 de abril de 2013, expediente: 17859. [↑](#footnote-ref-18)
19. Al respecto el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 define el pacto arbitral como aquel “negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. [↑](#footnote-ref-19)