



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2017-02524-01

Accionantes: JESÚS ALBERTO LÓPEZ CASANOVA Y OTRA

Accionados: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B” Y OTRO

Asunto: Fallo de segunda instancia – Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia de 1° de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El 26 de septiembre de 2017¹, actuando a través de apoderada, el señor Jesús Alberto López Casanova y la señora Alicia del Socorro Dávila Cabrera ejercieron acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B” y el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el Consorcio Tolima y la Fábrica de Licores del Tolima, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Lo anterior, por cuanto consideraron que tales derechos le fueron vulnerados por las autoridades mencionadas, con ocasión de i) la providencia de 16 de marzo de 2017 que resolvió el recurso de

¹ Folios 1 a 87.

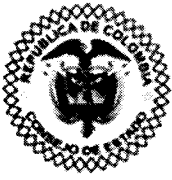


anulación de laudo arbitral (expediente No. 11001-03-26-000-2015-00095-00) y ii) el laudo del 18 de febrero de 2015.

1.2. Hechos

Los accionantes sustentaron la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El 29 de diciembre de 2008, la Fábrica de Licores del Tolima y el Consorcio Tolima (integrado por Jesús López Casanova, Alicia del Socorro Dávila y Omar Médicis Cárdenas) celebraron el contrato No. FLT 054, cuyo objeto consistió en *“la COMPRAVENTA, COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL AGUARDIENTE TAPA ROJA EN SUS DISTINTAS VARIEDADES Y PRESENTACIONES QUE PRODUZCA LA FÁBRICA DE LICORES DEL TOLIMA DIRECTAMENTE O POR TERCEROS, A TÍTULO DE EXCLUSIVIDAD (...)”*. En dicho documento las partes acordaron pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria.
- El 3 de julio de 2013, la Fábrica de Licores del Tolima presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Ibagué, solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento para dirimir las controversias entre ella y el Consorcio Tolima, por cuanto, a su juicio, dicho consorcio había incumplido el contrato FLT 054 de 2008.
- Los convocados Jesús López Casanova y Alicia del Socorro Dávila, en la contestación de la demanda: i) se opusieron a las pretensiones; ii) negaron algunos hechos y aceptaron otros; iii) formularon algunas excepciones de mérito y; iv) presentaron demanda de reconvención con el fin de que se declarara que el plazo de ese contrato se encontraba vigente, que la contraparte había incumplido sus deberes y que se había producido un grave desequilibrio financiero en su contra.
- El Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo de 18 de febrero de 2015, declaró que el Consorcio Tolima incumplió el contrato FLT 054, denegó las pretensiones de la demanda de reconvención y lo condenó a pagar la suma de \$5.656.087.623,29. En la parte resolutive, el laudo dispuso:



“PRIMERA.- Declarar que el Consorcio Tolima representado por ALICIA DEL SOCORRO DÁVILA CABRERA, y conformado por ésta, JESÚS LÓPEZ CASANOVA y OMAR MÉDICIS CÁRDENAS incumplió el Contrato FLT-054 del 20 de Diciembre de 2008, sus adiciones y modificaciones cuyo objeto fue la Compraventa, Comercialización y Distribución de aguardiente Tapa Roja en sus distintas variedades y presentaciones que producía la Fábrica de Licores del Tolima, a título de exclusividad.

SEGUNDA.- Declarar terminado el contrato FLT-054 de 2008 conforme a lo solicitado por la parte CONVOCADA.

TERCERA.- Declarar que por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la Fábrica de Licores del Tolima ha sufrido perjuicios que el contratista está obligado a indemnizar.

CUARTA.- Desestimar la tacha de sospecha al testigo ALEXANDER VARGAS GONZÁLES, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

QUINTA.- Desestimar por falta de fundamento la objeción por error grave formulada por la parte convocada al dictamen pericial rendido por el perito Enrique Cardoso Parga por las Razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEXTA.- Declarar probada la excepción de pago parcial en la suma de Mil millones de pesos (\$1.000.000.000,00), suma que fue cubierta por el Banco de Colombia, suma que se descontará del total de la indemnización por perjuicios.

SÉPTIMA.- Declarar probada la excepción de contrato no cumplido formulada por la parte convocante al contestar la demanda de reconvención.

OCTAVA.- Denegar las excepciones una a seis propuestas por la parte convocada.

NOVENA.- Condenar al Consorcio Tolima y de manera solidaria a sus integrantes ALICIA DEL SOCORRO DÁVILA CABRERA, JESÚS LÓPEZ CASANOVA y OMAR MÉDICIS CÁRDENAS, a pagar a la entidad demandante la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$5.656.087.623,29).



DÉCIMA.- Denegar las demás pretensiones declarativas, de condena y especiales, formuladas en la demanda de reconvención.

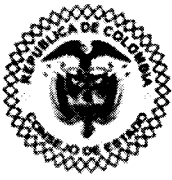
DÉCIMOPRIMERA.- Condenar en costas, al CONSORCIO TOLIMA ALICIA DEL SOCORRO DÁVILA CABRERA, JESÚS LÓPEZ CASANOVA y OMAR MÉDICIS CÁRDENAS, a pagar a la entidad demandante la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$377.573.220,00), por los conceptos señalados en la parte motiva de este fallo (...)

- Los señores Jesús Alberto López Casanova, Alicia del Socorro Dávila Cabrera y Omar Médicis Cárdenas, interpusieron recurso de anulación contra el laudo arbitral de 18 de febrero de 2015.
- Asimismo, el señor López Casanova y la señora Dávila Cabrera instauraron acción de tutela contra dicho laudo.
- Respecto de la tutela en mención, mediante sentencia de 21 de enero de 2016 proferida por el Consejo de Estado – Sección Primera y confirmada el 12 de mayo de 2016 por la Sección Segunda – Subsección “A”², se declaró la improcedencia del amparo, con fundamento en que no cumplía con el presupuesto de la subsidiariedad, en atención a que se encontraba en trámite el recurso de anulación contra el laudo.
- Mediante sentencia del 16 de marzo de 2017, el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”, declaró infundada la solicitud de anulación, al estimar que no se había configurado alguna de las causales invocadas por los recurrentes.

1.3. Fundamentos de la acción

1.3.1. Los demandantes alegaron que el **laudo de 18 de febrero de 2015** incurrió en los siguientes defectos:

² Radicación: 11001-0315-000-2015-01800-01.



- **Defecto fáctico**

Señalaron que el laudo valoró indebidamente el dictamen pericial denominado «*Diagnóstico del cambio de hábitos de consumo de aguardiente en los tolimenses durante el periodo 2010-2012*», rendido por la firma Extrema Mercadeo Relacional, que demostró que la Fábrica de Licores del Tolima incumplió con la obligación de preservar la competitividad comercial de la marca Aguardiente Tapa Roja y de evitar la migración de los consumidores de ese producto al aperitivo Néctar Verde, de la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Explicaron que el laudo desconoció los testimonios de los señores Nelson Eduardo Cárdenas Gálvez (revisor fiscal del consorcio), Juan Guillermo Beltrán Amórtegui y Jairo Enrique Robayo Moreno (exgerentes de Licores Tolima) y Alexander Vargas (supervisor del contrato entre 2008 y 2011), que demostraron el incumplimiento de otras obligaciones contractuales por parte de la Fábrica de Licores del Tolima. Que, entre otros aspectos, los testimonios demostraron que la contratante «*no inició ningún proceso de innovación del producto, incurrió en irregularidades en su presentación y calidad, a saber: la suspensión de partículas en el licor, la debilidad de las botellas y la rotura de etiquetas y tapas*».

Agregaron que la Fábrica de Licores del Tolima incumplió la cláusula décima del contrato FLT 054 de 2008, al permitir que un tercero comercializara el aguardiente Tapa Roja Ice. Que, además, la contratante no garantizó que el precio de venta al público del aguardiente se acomodara al margen de comercialización del producto en el mercado y nunca permitió renegociar las condiciones del contrato.

Conforme lo anterior, concluyeron que el laudo cuestionado desconoció i) las pruebas allegadas por el Consorcio Tolima, para demostrar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Fábrica de Licores del Tolima; ii) que ese incumplimiento fue lo que imposibilitó continuar con la ejecución exitosa el contrato de comercialización y distribución del aguardiente Tapa Roja; y iii) la responsabilidad de la Fábrica de Licores del Tolima por el desequilibrio económico de dicho contrato.



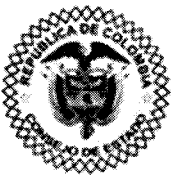
Señalaron que la condena que les fue impuesta por el monto fijado en el juramento estimatorio, omitió que ese juramento se sustentó en el dictamen rendido por el perito Enrique Cardozo Parga, quien en la audiencia en la que fue escuchado como testigo técnico, aceptó que la experticia presentaba errores respecto del valor de las unidades incumplidas con corte a febrero de 2013.

Finalmente precisaron que i) el perito mostró desconocimiento en relación con la obtención de los rubros objeto de indemnización; ii) que el tribunal desestimó la objeción que, respecto de esa experticia, presentaron los integrantes del Consorcio Tolima; y iii) no se tuvo en cuenta el dictamen practicado por la firma Check Up Auditores Asociados S.A.S., allegado al trámite arbitral por la parte convocada y sustentado en audiencia, que demostró que el cálculo de la condena pretendida por la convocante era desproporcionado.

- **Defecto sustantivo**

Alegaron que el Tribunal de Arbitramento interpretó de manera equivocada los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 1546 del Código Civil («similar al artículo 870 del Código de Comercio»). Al respecto, indicaron que las pretensiones de la demanda instaurada por la Fábrica de Licores del Tolima no incluyeron la solicitud de terminación del contrato FLT 054 de 2008, por lo que el Tribunal de Arbitramento no podía declarar la terminación del mismo.

Precisaron que en la contestación de la demanda, propusieron la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, con fundamento en que la acción autónoma de perjuicios únicamente tendría cabida ante el vencimiento o la terminación del contrato. Que, por tanto, como a la fecha de presentación de la solicitud, el contrato FLT 054 de 2008 no había concluido el plazo de ejecución (que fenecía el 30 de diciembre de 2014), la convocante no podía pretender únicamente la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, sino que debía, asimismo, pedir la terminación del vínculo; razonamiento por el cual el árbitro Alberto Montaña Plata salvó el voto.



Expresaron que el Tribunal de Arbitramento interpretó de manera errada el artículo 1609 del Código Civil³, cuando concluyó que el Consorcio Tolima había incurrido en grave incumplimiento de las obligaciones contractuales al decidir no continuar comprando botellas del aguardiente Tapa Roja, sin tener en cuenta que la Fábrica de Licores del Tolima incumplió la cláusula de exclusividad —pues permitió que un tercero distribuyera el aguardiente Tapa Roja Ice— y con el deber de proteger la marca, lo que ocasionó que, a pesar de que el Consorcio cumplió con los deberes, *«quedó frente al dilema de cumplir desbocándose a la quiebra, o suspender razonadamente el cumplimiento de sus obligaciones legitimado por el incumplimiento previo y grave de la contratante»*.

En su sentir, la interpretación correcta del artículo en referencia consiste en que: (i) el contratante cumplido o allanado a cumplir tiene la potestad de suspender las prestaciones relacionadas con las que primero incumplió el otro, y de demandar la resolución, cumplimiento e indemnización de perjuicios, facultades que no tiene el incumplido; (ii) el contrato se mantiene vigente, y (iii) el contrato se expone a la acción de ineficacia por mutuo disenso o resolución, sin indemnización de perjuicios, de extenderse en el tiempo el recíproco incumplimiento. En ese sentido, si ninguno de los contratantes insiste válidamente en la ejecución del contrato, al punto que estancan las prestaciones debidas, puede entenderse que perdieron interés en el negocio y que tienen voluntad de terminarlo.

Por último, adujeron que al imponer la condena en costas, el Tribunal de Arbitramento aplicó indebidamente los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, pues, al momento en que se dictó la sentencia de 16 de marzo de 2017, ya estaba vigente el Código General del Proceso. Precisaron que si bien las dos disposiciones son de similar naturaleza y efectos, lo cierto es que, al no haber prosperado totalmente la demanda contra el Consorcio Tolima (accedió a una de las pretensiones de la demanda de reconvención), el tribunal debió aplicar el numeral 5º del artículo 365 CGP que establece que *«en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial»*.

³ Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.



1.3.2. Por otro lado, los demandantes señalaron que la **sentencia del 16 de marzo de 2017** incurrió en los siguientes defectos:

- **Defecto sustantivo**

Alegaron que la Fábrica de Licores del Tolima, en la solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento, no solicitó la terminación del contrato FLT de 2008, pero que esa autoridad la declaró, por lo que el laudo incurrió en la causal de anulación establecida en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012⁴, que fue invocada por los aquí demandantes en el recurso de anulación.

Advirtieron que, pese a lo anterior, el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B” desestimó la causal con fundamento en el artículo 87 del Decreto 01 de 1984, a pesar de que esta norma se encontraba derogada, con lo cual omitió aplicar el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011; a lo que se aunó que la autoridad demandada citó la sentencia de 1º de marzo de 2001 de la Sección Tercera de la Corporación⁵, que se dictó en vigencia del Código derogado.

Consideraron que a pesar de que el tribunal de arbitramento aplicó erróneamente el artículo 206 del Código General del Proceso, al imponer la condena de \$5.656.087.623,29 únicamente con base en el juramento estimatorio efectuado en la demanda y no en las demás pruebas, la Sección Tercera al resolver el recurso de anulación desestimó la configuración de la causal establecida en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012⁶.

Explicaron que la «*interpretación integral*» de los artículos 176 y 206 del CGP, implica que, aunque el juramento estimatorio no haya sido objetado, el juez debe valorarlo, con base en las pruebas allegadas y en las que decreta de oficio, para establecer si es notoriamente injusto, ilegal y si se obtuvo con fraude o colusión.

⁴ Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

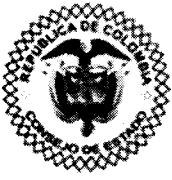
(...)

9. 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.

(...).

⁵ Expediente: 11480.

⁶ 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.



- **Desconocimiento del precedente**

Advirtieron que la interpretación que hizo el juez al pronunciarse respecto de la causal de anulación establecida en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, desconoció la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que ha señalado que, en sede de anulación, se deben comparar las pretensiones de la demanda con la decisión adoptada en el laudo arbitral, con el objeto de establecer si se respetó el principio de congruencia⁷.

Precisaron que si se hubieran comparado las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la de reconvención, frente a la decisión adoptada en el laudo, la autoridad judicial habría concluido que el Tribunal de Arbitramento adoptó una decisión *extra petita*, pues «*enderezó los pedimentos de la demanda principal, a través de los propuestos en la demanda de reconvención*».

Finalizaron afirmando que la decisión cuestionada no tuvo en cuenta el precedente de la Sección Tercera de la Corporación⁸, de conformidad con el cual, cuando se pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, debe pedirse también la terminación. Que, en tal sentido, «*la fábrica de Licores del Tolima debió en la convocatoria, instaurar una pretensión tendiente a la declaratoria de incumplimiento contractual y una pretensión principal que tocara con la fuerza vinculante del negocio (resolución, terminación, etc.), para que una vez definida, se abriera paso la condena a la indemnización de perjuicios (...) erró la Sala al afirmar que no es necesario que dentro del contencioso contractual se pida la terminación del contrato para pronunciarse sobre el incumplimiento y los perjuicios consecuenciales*».

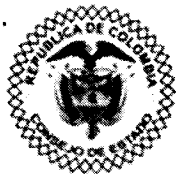
1.4. Pretensiones

Presentó las siguientes:

“PRIMERA. – Se amparen los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO (Art. 29 de la C.Pol), IGUALDAD (Art. 23 de la C.Pol),

⁷ Al respecto, citaron las siguientes sentencias de la Sección Tercera, Subsección C: sentencia del 19 de julio de 2017, consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-26-000-2017-00043-00(59067); sentencia del 10 de noviembre de 2016, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845); y sentencia del 31 de octubre de 2016, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422).

⁸ Sobre este punto, citaron la sentencia del 28 de noviembre de 1996, consejero ponente: Carlos Betancour Jaramillo, radicación: 9351; la sentencia del 16 de mayo de 1991, consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, radicación: 5931, y la sentencia del 26 de julio de 2012, consejero ponente (E): Danilo Rojas Betancourth, radicación: 13001-23-31-000-1998-00343-01, expediente número: 23.605.



ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (Art. 229 de la C.Pol) y CONFIANZA LEGÍTIMA (Art. 83 de la C.Pol) de mis mandantes, vulnerados por la Subsección “B” de la Sección 3ª del Consejo de Estado, por la expedición del fallo fechado 16 de marzo del 2017, a través del cual se resolvió el recurso extraordinario de anulación formulado por mi mandante en contra del laudo arbitral del 18 de febrero del 2015.

En igual sentido, declarar que los citados derechos fundamentales también fueron vulnerados en el laudo arbitral fechado el 18 de enero de 2015, así como su aclaración y complementación, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido entre la Fábrica de Licores del Tolima y el Consorcio Tolima.

SEGUNDA. – En virtud de lo anterior, se ordene DEJAR sin efectos jurídicos el fallo del 16 de marzo del 2017, por medio del cual se resolvió el recurso extraordinario de anulación formulado en contra del laudo arbitral fechado el 18 de febrero del 2015.

TERCERA. – En virtud de lo anterior, se ordene DEJAR sin efectos jurídicos el laudo arbitral fechado 18 de febrero de 2015, así como su aclaración y complementación, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido entre la Fábrica de Licores del Tolima y el Consorcio Tolima.

CUARTA. – Para el cumplimiento de la orden anterior, se adoptarán las medidas que el juez constitucional estime conducentes al cumplimiento de la orden de ineficacia”⁹.

1.5. Trámite

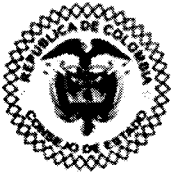
Con providencia de 28 de septiembre de 2017¹⁰, la Sección Cuarta admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar a las partes, al Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima EICE y al señor Omar Humberto Médicis Cárdenas, estos dos últimos como terceros con interés en el resultado del presente trámite constitucional.

1.6. Contestaciones

Remitidos los oficios correspondientes, intervinieron las siguientes autoridades:

⁹ Folios 84 y 85.

¹⁰ Folio 96.



1.6.1. El Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”¹¹

El ponente de la sentencia del 16 de marzo de 2017, sostuvo que el Tribunal de Arbitramento podía estudiar conjuntamente la demanda principal y la de reconvención (instaurada por el Consorcio Tolima), última en la cual se solicitó la terminación de contrato. En ese sentido, indicó que el laudo no incurrió en la causal de anulación establecida en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que no se pronunció sobre un aspecto que no hubiera sido puesto en consideración del tribunal.

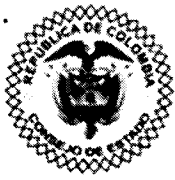
Precisó que si bien la decisión cuestionada citó el artículo 87 del CCA, lo hizo simplemente para indicar que el laudo indicó que esa norma había sido reemplazada por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que consagra actualmente el medio de control de controversias contractuales. Señaló que, en todo caso, ese aspecto es irrelevante frente a la decisión adoptada, en razón a que ambas normas contienen disposiciones idénticas y, en últimas, la decisión se adoptó con base en otras consideraciones.

En cuanto a la supuesta aplicación indebida del artículo 206 del CGP, al efectuar la condena con base en el juramento estimatorio, recalcó que el juez del recurso de anulación no funge como juez de instancia, por lo que no puede valorar las pruebas que soportaron el laudo arbitral. Advirtió que, de todos modos, el tribunal justificó su decisión en el dictamen pericial, el cual no fue objetado ni en el proceso arbitral ni en sede de anulación por los integrantes del Consorcio Tolima.

Enfatizó en que la providencia censurada no desconoció el precedente del Consejo de Estado relacionado con la obligación de pedir la terminación del contrato, para poder solicitar la declaratoria de incumplimiento. Al respecto, sostuvo que la providencia actuó conforme con la jurisprudencia que se ha referido al principio de congruencia y concluyó que el laudo se pronunció sobre lo pedido por las partes.

Aclaró que si bien los demandantes mencionaron tres pronunciamientos del Consejo de Estado, no expresaron los

¹¹ Folios 106 a 111.



supuestos de hecho y de derecho por los que esas providencias son precedente obligatorio para el *sub lite*. En todo caso, adujo que se trata de providencias que se emitieron en procesos ordinarios de controversias contractuales, más no en procesos en los cuales se haya resuelto recursos extraordinarios de anulación.

1.6.2. La Fábrica de Licores del Tolima¹²

Señaló que la sentencia de 16 de marzo de 2017 respetó las garantías que el ordenamiento jurídico confiere a las partes. Además, propuso la excepción de cosa juzgada, con fundamento en que los demandantes ya instauraron otra acción de tutela, que fue negada en ambas instancias por esta Corporación¹³.

1.6.3. Los señores Blanca Fanny Castro Bonells, María Jimena Galeano de Giraldo, Alberto Montaña Plata y Hernando Toro Suárez, que integraron el Tribunal de Arbitramento, y el señor **Omar Humberto Médicis Cárdenas**, que integró el Consorcio Tolima, no presentaron contestación, a pesar de que fueron notificados de la tutela.¹⁴

1.7. Fallo de primera instancia

En sentencia de 1° febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró fundado el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Milton Chaves García y negó las pretensiones de la acción de tutela de la referencia por las siguientes razones:

1.7.1. Laudo de 18 de febrero de 2015

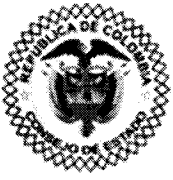
Luego de citar en extenso el análisis que efectuó el Tribunal de Arbitramento, señaló:

Que dicha autoridad en efecto analizó las excepciones propuestas por el consorcio a la luz de las pruebas aportadas y concluyó que la Fábrica de Licores del Tolima no incumplió con las obligaciones contractuales, sino que la imposibilidad de continuar con la ejecución

¹² Folios 112 y 113.

¹³ Radicación: 11001-03-15-000-2015-01800-01.

¹⁴ Folios 98, 120, 129 y 130.



del contrato se originó en la decisión unilateral del consorcio de no continuar con la ejecución de sus obligaciones.

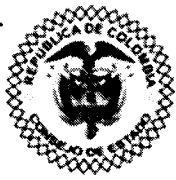
Precisó que el Consorcio Tolima propuso la terminación del vínculo y la entidad lo aceptó, para lo que le dio la oportunidad de demostrar la supuesta ruptura del equilibrio contractual, pero no lo hizo. Advirtió que la Fábrica de Licores del Tolima le hizo varias contrapropuestas al consorcio orientadas a reestructurar el negocio, pero este no aceptó e insistió en incumplir las obligaciones derivadas del contrato, situación que obligó a la fábrica a emplear la excepción de contrato no cumplido, para buscar nuevos distribuidores del producto.

Manifestó *“Que, por otra parte, la entidad no incumplió con el deber de planeación, pues contaba con un estudio de mercadeo practicado por la Universidad de Ibagué, que tenía en cuenta las ventas de los aguardientes Tapa Roja y Néctar (competencia). De acuerdo con ese estudio y con los testimonios practicados en el trámite arbitral, el laudo señaló que el producto presentaba riesgos, como el contrabando, la baja rotación, el menor precio de la competencia y la pérdida de fidelización de la marca. Que esas situaciones fueron conocidas por el consorcio al presentar la propuesta y al suscribir el contrato, por lo que no le estaba dado excusarse en éstas para alegar el incumplimiento por parte de la entidad. Al respecto, el tribunal analizó los testimonios practicados en el proceso.”*

En cuanto al dictamen pericial rendido por el señor Enrique Cardozo Parga que sustentó el juramento estimatorio, observó que en la objeción, los aquí accionantes no demostraron la existencia de un error protuberante en dicha pericia y, por el contrario, se fundamentaron simplemente en la discordancia entre las cifras propuestas por ese perito y la firma Check Up Auditores Asociados S.A.S. (que practicó el dictamen que justificó la objeción).

Concluyó que *“Siendo así, para la Sala no se configuró ningún vicio en la valoración de las pruebas efectuada por el Tribunal de Arbitramento. Por el contrario, la autoridad valoró de manera razonable las pruebas que sustentaron las excepciones propuestas por el Consorcio Tolima y el juramento estimatorio presentado por la Fábrica de Licores del Tolima, que tuvo como sustento un dictamen pericial conjunto, cuya objeción no prosperó”*.

Ahora bien en cuanto al defecto sustantivo, resumió los problemas a resolver en los siguientes temas: *“(i) interpretación indebida de los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 1546 del Código Civil, porque declaró la terminación del contrato, a pesar de que la Fábrica de Licores del Tolima no la solicitó; (ii)*



interpretación indebida del artículo 1609 del Código Civil, al decidir sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio Tolima, y (iii) aplicación indebida de los artículos 392 y 393 CPC (que ya estaban derogados), al imponer la condena en costas, en lugar de aplicar el numeral 5º del artículo 365 del CGP, que establece que, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial”.

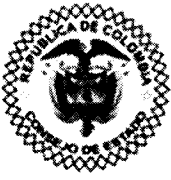
En relación con el primer argumento, sostuvo que el Tribunal: i) efectuó un análisis conjunto de las pretensiones de la demanda principal y de la de reconvención; e ii) indicó que en ninguna norma se exigía que el convocante hubiera solicitado la terminación del contrato y que en todo caso este había dejado de ejecutarse, por lo que estaba desprovisto de utilidad. De lo anterior advirtió la inexistencia de contradicción alguna con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 1546 del Código Civil.

Por otra parte, en lo concerniente al artículo 1609 del Código Civil que se refiere a la mora en los contratos bilaterales, sostuvo que teniendo en cuenta que quien incumplió fue el consorcio, ningún reproche merece la interpretación normativa llevada a cabo por el Tribunal de Arbitramento.

Finalmente, la Sección Cuarta advirtió que *“si bien le asistió razón a los demandantes al señalar que los artículos 392 y 393 CPC estaban derogados al momento de dictarse el laudo arbitral, también es cierto que el numeral 5º del artículo 365 CGP confiere la facultad, no una obligación, al juez para abstenerse de condenar en costas. Por tanto, no puede concluirse que, al haber accedido a una de las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal de Arbitramento estuviera obligado a abstenerse de condenar en costas al Consorcio Tolima”.*

1.7.2. Sentencia de 16 de marzo de 2017

En cuanto al defecto sustantivo explicó que si bien la providencia cuestionada mencionó el artículo 87 del CCA, que fue reemplazado por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, y citó una providencia que se expidió en vigencia del código derogado, ello no configura algún defecto que vicie la decisión adoptada por la Sección Tercera de la Corporación. Precisó que *“No existen diferencias sustanciales entre las dos disposiciones, que resulten relevantes frente a la resolución del asunto. En efecto, de ambas normas se puede extraer la misma conclusión, que sirvió de base a la*



decisión cuestionada, esto es, que no es necesario que se pida la terminación del contrato, para pronunciarse sobre el incumplimiento y los perjuicios”.

Respecto a lo relacionado con la causal de anulación consagrada en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que se refiere a los casos en los que se ha fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, no puede emplearse como un mecanismo para discutir la valoración jurídica y probatoria que haya efectuado el tribunal de arbitramento, en este caso sobre el juramento estimatorio.

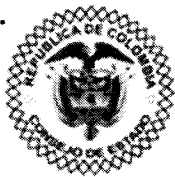
Por último, frente al desconocimiento del precedente, advirtió que la autoridad demandada estimó que no le estaba dado, como juez de anulación, establecer si la demanda principal y la de reconvención podían estudiarse de manera conjunta, como lo hizo el tribunal de arbitramento, pues eso implicaría un juicio sobre las valoraciones de los árbitros.

Por lo anterior, señaló “(...) que ese argumento es proporcionado y razonable, dado que, como se vio, el recurso de anulación no es una instancia adicional del laudo arbitral, y en éste no se puede cuestionar la hermenéutica aplicada por el tribunal de arbitramento (...) De todos modos, como se explicó al analizar el defecto sustantivo endilgado contra el laudo del 18 de febrero de 2015, por indebida interpretación de los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 1546 del Código Civil, no se presenta ninguna contradicción entre esas normas y las conclusiones que expuso el tribunal de arbitramento, para sostener que era procedente declarar la terminación del contrato FLT 054 de 2008, esto es, que ninguna norma exigía que ésta se hubiese solicitado expresamente, y que el contrato había dejado de ejecutarse, por disposición de ambas partes, por lo que estaba desprovisto de utilidad”.

1.8. Impugnación¹⁵

Inconforme con la decisión de primera instancia, los accionantes interpusieron recurso de apelación, mediante el cual adujeron que “No es cierto, como lo afirmó el a quo, que a través de la acción de tutela pretenda cuestionarse la hermenéutica aplicada por el Tribunal de Arbitramento”, razón por la cual insistieron en que el juez del recurso de anulación debió tener presente que el tribunal de arbitramento falló extra petita.

¹⁵ El fallo de primera instancia fue notificado el 6 de febrero de 2018 y la impugnación fue presentada el día 9 del mismo mes y año.



Precisó que *“El A quo omitió que el cuestionamiento más que sustancial, es formal, ya que como se sabe, todo tribunal de arbitramento tiene vedada la posibilidad de conceder más de lo pretendido motivo por el cual, al estudiar la causal 9ª del recurso extraordinario de anulación, el juez debió haber confrontado las pretensiones y los medios exceptivos con el laudo arbitral”*. Conforme lo anterior, explicó que hubo desconocimiento de algunas providencias¹⁶ del Consejo de Estado que sostienen que para determinar si el laudo arbitral es ultra o extra petita, deben evaluarse las pretensiones, las excepciones y confrontarse con lo decidido (causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Agregó que *“No es cierto, como lo afirmó el A quo, que a través de la acción de tutela se pretenda reiniciar debates probatorios (...) sino advertir que el curso del trámite arbitral se realizó una valoración arbitraria de diferentes medios de prueba de los cuales se deducía con objetividad, que la FTL incumplió el deber de planeación, situación que a la postre generaría la ruptura del equilibrio financiero del contrato y que además incumplió sus obligaciones contractuales”*.

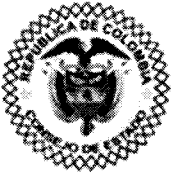
Frente a este aspecto cuestionaron en concreto la valoración indebida del dictamen pericial rendido por Extrema Publicidad y los testimonios de ex gerentes y funcionarios de la Fábrica de Licores del Tolima, con los cuales en su sentir quedó demostrado que la fábrica incumplió el deber de planeación y no garantizó la preservación del mercado y competitividad de la marca de aguardiente Tapa Roja (Néctar Verde *“mejor sabor, era más económico, generaba menos resaca y su presentación era más bonita”*).

Finalmente, precisó que *“De modo que insistimos en que las pruebas decretadas y practicadas en el curso del trámite arbitral, evidencian que la FTL incumplió el contrato porque debía garantizar la preservación del mercado y competitividad comercial de la marca Tapa Roja; porque no previó acciones que permitieran la competitividad en el mercado, para con ello preservar el mercado de consumidores que tenían inicialmente y porque desatendió el principio de planeación contractual”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

¹⁶ Citaron en el siguiente orden: Sentencia de 19 de julio de 2017, sentencia de 10 de noviembre de 2016, sentencia de 31 de octubre de 2016, sentencia de 13 de abril de 2016. Respecto de ninguna providencia mencionaron su radicado.



Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo previsto por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2.2. Problema jurídico

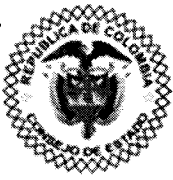
Corresponde a la Sala determinar si se procede a **confirmar**, **modificar** o **revocar** la providencia del 1º de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado en la acción de tutela presentada por el señor Jesús Alberto López Casanova y la señora Alicia del Socorro Dávila Cabrera contra el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B” y el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el Consorcio Tolima y la Fábrica de Licores del Tolima, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y; ii) el caso en concreto.

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹⁷, 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.

¹⁷ Sobre el particular, el Consejero Ponente 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 Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.



Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁸ **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 tema¹⁹.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁰.

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.**”²¹ (Negrilla fuera de texto)*

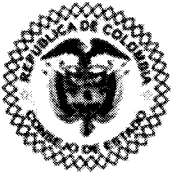
A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto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

¹⁸ 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. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁰ 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.

²¹ 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. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



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 la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014²², 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 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 amplia²³ 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.

²² 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. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²³ 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.



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.

2.3.1. Generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional²⁴, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando “*la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*”²⁵.

Puntualmente, el defecto sustantivo lo configuran los siguientes supuestos:

a) El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente²⁶ o porque ha sido derogada²⁷, es inexistente²⁸, inexecutable²⁹ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador³⁰.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras

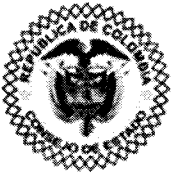
²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José cepeda Espinosa

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



- b) No se hace una interpretación razonable de la norma³¹.
- c) La disposición aplicada es regresiva³² o contraria a la Constitución³³.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición³⁴.
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma³⁵.
- f) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

2.3.2. Del defecto fáctico

Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015³⁶ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Estos aspectos tienen las siguientes características:

³¹ Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³² Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

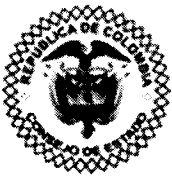
³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas

³⁶ Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01



Evento	Características
<p>Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto</p>	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal c) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea. d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
<p>Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
<p>Valoración irracional o arbitraria de las</p>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y</p>



<p>pruebas aportadas</p>	<p>por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <p>a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez.</p> <p>b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p> <p>c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado</p>
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde señalar:</p> <p>a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.</p> <p>b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.</p> <p>c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.</p>

Como se ve, en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa



juzgada, los derechos de terceros, la seguridad, la buena fe y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador.

2.3.3. Del precedente

La Sala precisa que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente.

Resulta necesario precisar “...*que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.*”³⁷

En otras palabras, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos –semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Así, constituyen precedente las sentencias de unificación que profiere el Consejo de Estado, cuyo fundamento normativo se encuentra en los

³⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01



artículos 270³⁸ y 271 de la Ley 1437 de 2011³⁹, en virtud de los cuales se unificó el concepto de sentencia de unificación y se fijaron los criterios para su proferimiento.

2.4. Caso concreto

En el *sub judice*, la parte actora en su impugnación insistió en la existencia de los siguientes defectos:

2.4.1. Respecto de la sentencia de 16 de marzo de 2017, la configuración de un defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente.

El primero justificado en que la Sección Tercera omitió que *“todo tribunal de arbitramento tiene vedada la posibilidad de conceder más de lo pretendido motivo por el cual, al estudiar la causal 9ª del recurso extraordinario de anulación, el juez debió haber confrontado las pretensiones y los medios exceptivos con el laudo arbitral”*. En otras palabras, esa autoridad judicial desconoció que con el laudo arbitral el asunto se resolvió de forma extra petita, toda vez que declaró terminado el contrato a pesar de que dicha pretensión no hizo parte de aquellas formuladas por la Fábrica de Licores del Tolima.

El segundo defecto en atención a que hubo desconocimiento de algunas providencias⁴⁰ del Consejo de Estado que sostienen que para determinar si el laudo arbitral es ultra o extra petita, deben evaluarse las pretensiones, las excepciones y confrontarse con lo decidido (causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012)

Frente al primer cargo, es menester tener en cuenta que el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 establece que es causal del

³⁸ Esta primera norma consagra la definición de sentencia de unificación, en los siguientes términos: **“Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”**.

³⁹ **“Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público”**.

⁴⁰ Citaron en el siguiente orden: Sentencia de 19 de julio de 2017, sentencia de 10 de noviembre de 2016, sentencia de 31 de octubre de 2016, sentencia de 13 de abril de 2016. Respecto de ninguna providencia mencionaron su radicado.



recurso de anulación “9. 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”.

De lo transcrito, la Sala avizora que, tal como lo consideró el *a quo*, no se configuró dicho defecto, toda vez que del análisis hecho por la Sección Tercera, al resolver el recurso de anulación, se advierte con facilidad que la autoridad judicial demandada interpretó razonadamente la causal antedicha y concluyó que si bien la Fábrica de Licores del Tolima no solicitó en el marco del proceso arbitral la terminación del contrato, lo cierto es que en la demanda de reconvencción⁴¹ propuesta por el Consorcio Tolima esta si fue una de sus pretensiones. Es decir, que la decisión del juez del recurso de anulación se edificó sobre una interpretación razonable que hizo de la norma (causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012) a la luz de los supuestos fácticos del caso objeto de estudio⁴².

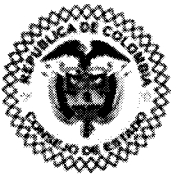
Por otra parte, en relación con el desconocimiento de las providencias señaladas por la parte actora, la Sala observa que no hubo tal defecto, pues si bien no fue citado con exactitud el radicado de cada una de ellas, lo cierto es que de las partes trascritas en la impugnación, se extrae que aquellas se refieren al alcance del principio de congruencia de los fallos, lo cual no se aparta o desdice la hermenéutica efectuada en la sentencia de 16 de marzo de 2017, pues como ya se expuso en precedencia, para la Sección Tercera el tribunal de arbitramento resolvió razonadamente tener en cuenta tanto la demanda principal, como las excepciones y la demanda de reconvencción para determinar las cuestiones sujetas a arbitramento.

2.4.2. En cuanto al laudo de 18 de febrero de 2015, la configuración de un defecto fáctico.

Manifestaron que *“No es cierto, como lo afirmó el A quo, que a través de la acción de tutela se pretenda reiniciar debates probatorios (...) sino advertir que el curso del trámite arbitral se realizó una valoración arbitraria de diferentes medios*

⁴¹ Folios 1 a 49 del cuaderno 4 del expediente en préstamo.

⁴² Folio 1397 a 1400 del expediente en préstamo. La Sección Tercera sostuvo que “Esta causal no está llamada a prosperar, por las razones que a continuación se esgrimen, independientemente de si la Sala está o no de acuerdo con lo decidido en el laudo: i) **La declaración de terminación del contrato constituye una pretensión contenida dentro de los asuntos sujetos al arbitramento, específicamente en la demanda de reconvencción (...)** ii) Se pronunció sobre la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda” (...) iii) Se pronunció, en forma negativa (sic), sobre la pretensión de la convocada en la que solicitaba la liquidación del contrato”. (Negrilla fuera del texto original)



de prueba de los cuales se deducía con objetividad, que la FTL incumplió el deber de planeación, situación que a la postre generaría la ruptura del equilibrio financiero del contrato y que además incumplió sus obligaciones contractuales". En este aspecto reiteró los argumentos del escrito de tutela.

Frente a este aspecto cuestionaron en concreto la valoración indebida del dictamen pericial rendido por Extrema Publicidad y algunos testimonios, con lo cual, en su sentir, quedó demostrado que la fábrica incumplió el deber de planeación y no garantizó la preservación del mercado y competitividad de la marca de aguardiente Tapa Roja (Néctar Verde *"mejor sabor, era más económico, generaba menos resaca y su presentación era más bonita"*).

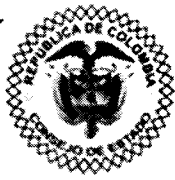
Lo primero que ha de mencionar la Sala es que el amparo solicitado por la existencia de un defecto fáctico en el laudo arbitral no cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que el laudo es de 18 de febrero de 2015 y la tutela fue interpuesta el 26 de septiembre de 2017, lo cual no es un término razonable.

Sin embargo, este requisito se entenderá superado y la Sala estudiará el fondo del asunto, por cuanto se advierte que dicha situación se dio con ocasión de la sentencia de 12 de mayo de 2016 proferida por la Sección Segunda – Subsección "A"⁴³, que confirmó declarar la improcedencia de la solicitud de un primer amparo, con fundamento en que no cumplía con el presupuesto de la subsidiariedad en atención a que se encontraba en trámite el recurso de anulación contra el laudo, por ello hasta tanto el recurso extraordinario no fuere resuelto el juez constitucional no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En otras palabras, la improcedencia generalizada de esa primera solicitud, condujo a los accionantes a esperar a que se resolviera el proceso de anulación de la referencia, lo cual justifica la interposición tardía de la tutela *sub examine* para cuestionar este aspecto.

Aclarado lo anterior, a continuación la Sala transcribe las consideraciones que al respecto desarrolló el tribunal de arbitramento en el laudo cuestionado:

⁴³ Radicación: 11001-0315-000-2015-01800-01.



“3.2. Incumplimiento del principio de planeación como deber anterior a la ejecución del contrato

(...)

En ese orden de ideas, el primero de los elementos que se debe estudiar para determinar si existe o no lugar a responsabilidad por infracción al principio de planeación contractual, es justamente si el contrato estuvo debidamente planeado y las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a la existencia del mismo fueron razonablemente valoradas, o se debió sencillamente al capricho y la improvisación de Fábrica de Licores del Tolima.

(...)

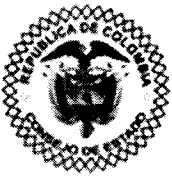
En la experticia presentada por la parte convocada, realizado por Extrema, se demuestra que la percepción en los consumidores es justamente esa: que se trata de un producto más suave, que emborracha menos, que tiene un golpe suave en la garganta, y que no da “guayabo”. A lo que debe sumarse que en virtud de que se trata de un aperitivo de aguardiente y no de un aguardiente, con menor concentración de alcohol, su precio es menor. Lo anterior, debido a que el precio de esos licores esta determinado justamente por el porcentaje de concentración de alcohol que tengan.

En vista de lo anterior, por tratarse de un producto novedoso ideado por la competencia, no existe duda de que el Néctar Club, a fuerza de publicidad y resaltando sus características diferenciadoras creó un sub-segmento de mercado en el segmento de aguardientes, del cual se hizo oferente único, en la medida en que fue el primero, pues creó ese sub-segmento de demanda.

(...)

Para poder concretar en el análisis del caso concreto si del hecho que la extensión de línea no fue tomada en cuenta por la Fábrica de Licores del Tolima se deriva un incumplimiento al deber del principio de planeación o no, resulta necesario analizar los documentos y estudios elaborados durante esa época.

En primer lugar, y por ser el estudio técnico que fundamentó el estudio de conveniencia y a la postre la decisión de celebrar el contrato de distribución exclusiva, resulta importante hacer una revisión sobre el análisis de mercado presentado por la Universidad de Ibagué.



El estudio realizado por la Universidad de Ibagué, contrario a los que se afirma en la demanda de reconvención no da cuenta de que hay “un hecho objetivo irrefutable, los productos comercializados por la marca Néctar son más apetecidos (...)”. La realidad procesal es justamente la contraria; es decir, que los productos comercializados bajo la marca Tapa Roja son mucho más apetecidos y vendidos que los de su principal competidor.

(...)

En ese sentido, resulta imposible declarar que existió una infracción al deber de planeación contractual por parte de la Fábrica de Licores del Tolima, al no haber tenido en consideración la extensión de la línea como un criterio importante al momento de planear el contrato que con posterioridad se convertiría en el Contrato FLT 054 de 2008. Lo anterior, habida cuenta de que el competidor, incluso con sus novedosas “extensiones de línea” no tenía una participación importante en el mercado que pudiera hacer llegar a la conclusión a la FLT que debía planear con base en esa circunstancia.

Además de lo anterior, y en sentido contrario a lo que afirmó en la demanda de reconvención obran en el expediente algunas pruebas y afirmaciones del Consorcio Tolima, que demuestran que la extensión de línea y el éxito del Néctar Club fueron absolutamente inesperados. En ese sentido, también eran inesperados para la FLT en el momento de la planeación del contrato.

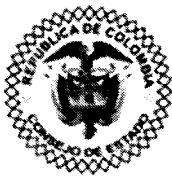
Sobre este asunto en oficio de 10 de agosto de 2011 dirigido por la representante legal del Consorcio Tolima, Alicia Dávila Cabrera, al Gerente de la Fábrica de Licores del Tolima (...) A través de este escrito, el Consorcio reconoce la solidez y credibilidad del estudio presentado por la Universidad de Ibagué y que se encuentra en el expediente (...)”⁴⁴

Más adelante el Tribunal analiza el principio de planeación en las fallas en la promoción, ingeniería de imagen, fallas en la fijación de precios y fallas en el monitoreo del mercado, a partir de lo cual concluye que con base en las pruebas documentales y testimoniales no se incumplió el principio de planeación.

De lo expuesto y una vez revisado el expediente en préstamo del recurso de anulación, la Sala observa que en efecto las pruebas⁴⁵ que

⁴⁴ Folios 1107 a 112 del cuaderno 1 del expediente en préstamo.

⁴⁵ En efecto obra prueba del contrato FTL 030 de 7 de abril de 2008 entre la Fábrica de Licores del Tolima y la Universidad de Ibagué, cuyo objeto se estableció de la siguiente manera: “El contratista prestara sus servicios realizando un estudio tecno – económica desarrollando una investigación de mercados para determinar el comportamiento de venta y tendencia de consumo del Aguardiente Tapa Roja, Tapa Roja Special y Ron Viejo



aduce el Consorcio como indebidamente valoradas: i) fueron tenidas en cuenta (estudio de la Universidad de Ibagué, informe de “Extrema Publicidad” y testimonios); ii) se valoraron en su conjunto sin desconocer las reglas de la sana crítica y iii) el valor que le dio el tribunal de arbitramento a unas y otras se encuentra debidamente justificado en el laudo, no configurándose una decisión arbitraria.

Así las cosas, se hace imperioso concluir que de las razones alegadas por los accionantes en su impugnación, no se advierte vulneración alguna a sus derechos fundamentales, sino que las mismas, pretenden abrir un debate jurídico surtido en las instancias respectivas, circunstancia que escapa al conocimiento del juez constitucional, pues debe respetar la autonomía del natural al resolver los asuntos que se someten a su conocimiento.

En efecto, lo pretendido por el señor Jesús Alberto López Casanova y la señora Alicia del Socorro Dávila Cabrera no es otra cosa que reabrir el debate de instancia y revivir interpretaciones que son propias del juez natural, competencias que escapan al de tutela.

Como consecuencia de lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de 1º de febrero de 2018, de la Sección Cuarta, en atención a que no concurren en el *sub examine* los presupuestos exigidos para conceder el amparo, pero por las razones expuestas en esta providencia.

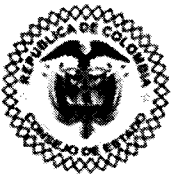
III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 1º de febrero de 2018, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, que negó la acción de tutela, pero por las razones expuestas en esta providencia.

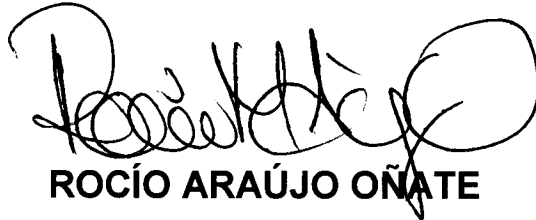
San Juan, en el mercado de licores dentro del Departamento del Tolima”. (Folio 3 del cuaderno 14 del expediente en préstamo) Dicho estudio fue tenido en cuenta para la formulación del pliego de condiciones, la estimación de riesgos y finalmente el contrato FTL 054. Asimismo, está demostrado que en el trámite arbitral se presentaron varios testimonios (el Consorcio no especifica cuáles de esos testimonios fue indebidamente valorado).



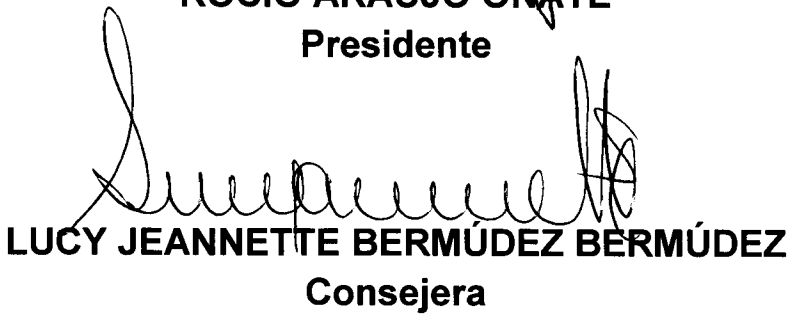
SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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



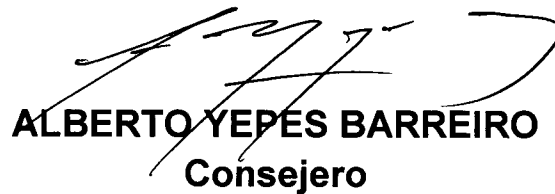
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

