

**PERJUICIO IRREMEDIABLE - El elevado valor del posible daño no determina que sea irremediable**

Adicionalmente se considera pertinente tener en cuenta la sentencia de tutela antes señalada, porque reitera respecto a los asuntos objeto de procesos arbitrales, en los que generalmente está de por medio significativas sumas de dinero, que los daños económicos por sí solos no generan un perjuicio irremediable, por más elevada que sea su cuantía, por lo que para predicar la procedencia de la acción constitucional frente a laudos arbitrales debe advertirse claramente que además del detrimento patrimonial se está causado de manera grave e inminente la vulneración de un derecho fundamental, y por lo tanto que se requieren medidas urgentes e impostergables de protección que no pueden ser brindadas mediante otro medio judicial de defensa.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la procedibilidad de la acción de tutela, Corte Constitucional, sentencia T-408 de 2010, MP. María Victoria Calle Correa.

**ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES - Procedencia excepcional**

No obstante las anteriores consideraciones, que comparte la Sala, en tanto insisten en el carácter subsidiario de la acción de tutela, y por consecuencia en su procedencia excepcional para revisar las decisiones de los Tribunales de Arbitramento, so pena de que a través de la misma se terminen desconociendo los mecanismos ordinarios de protección y la competencia de los jueces especializados en determinados asuntos, no se desconoce que en algunas oportunidades la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente contra laudos arbitrales a pesar de la existencia del recurso de anulación, cuando las causales previstas para el mismo resultan insuficientes y eventualmente ineficaces para establecer si se vulneró o no con una decisión de forma clara y evidente un derecho un fundamental.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la tutela contra laudos arbitrales, Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia T-972 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto; sentencia T-058 de 2009, MP. Jaime Araújo Rentería.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE - No se configura por la mora en la resolución de los medios judiciales de protección**

Adicionalmente se destaca que la mora en la resolución de los medios judiciales de protección, en principio no puede considerarse como una situación que configure un perjuicio irremediable, de un lado por la situación de congestión judicial que deben enfrentar la mayoría de las autoridades judiciales del país, y de otro porque los mecanismos de protección por su misma naturaleza requieren de cierto tiempo para su resolución, aspectos que deben considerar quienes acuden a la Administración de Justicia en defensa de sus derechos. Sostener lo contrario equivaldría a predicar que la acción de tutela puede desplazar cualquier medio judicial de protección por el simple hecho de que ha transcurrido un tiempo considerable en su trámite y resolución, lo cual convertiría la tutela en el medio por excelencia para ventilar cualquier clase de conflictos, situación que por supuesto está en contra de la naturaleza excepcional, subsidiaria y residual de la misma. (...) En ese orden de ideas, se estima que en el presente caso el tiempo que ha transcurrido en el trámite de la resolución del recurso de anulación no puede considerarse por sí solo un hecho generador de una situación de perjuicio

irremediable, máxime cuando el recurso de anulación contra el laudo controvertido se encuentra en su etapa final.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la demora en la resolución de los recursos, Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia T-310 de 2001; sentencia T-575 de 2002 y sentencia T-212 de 2006.

**ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES - Es improcedente cuando las razones que se invocan pueden alegarse a través de las causales del recurso de anulación**

Respecto a la anterior posición, se destaca de un lado, que en palabras del apoderado de la ESE FPS, el principal argumento de la acción de tutela consiste en la presunta configuración de un defecto orgánico por falta de competencia del Tribunal de Arbitramento (según la impugnación), que de acuerdo al escrito de tutela se configuró porque el mismo decidió asuntos que estaban más allá de la cláusula compromisoria (la terminación y liquidación del contrato objeto del proceso arbitral) y se pronunció respecto de la legalidad de algunos actos administrativos, asuntos que en su criterio están reservados a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Se destaca la anterior circunstancia, que se reitera, el apoderado de la parte accionante considera la razón más importante por la que se interpone la presente acción, porque la misma puede ser alegada mediante dos causales del recurso de anulación, razón por la cual la Sala considera que en el caso de autos no puede considerarse tal mecanismo judicial de protección como ineficaz, y por ende, que la acción de tutela es procedente. (...) La Sala considera necesario destacar que en el evento de estudiarse de fondo el laudo controvertido, el juez de tutela estaría interviniendo en un asunto que está siendo objeto de un proceso judicial y que legalmente le corresponde al juez especializado, que por el conocimiento del mismo, el tiempo, las facultades y herramientas que le han sido reconocidas es el llamado a emitir una decisión de fondo.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 54001-23-31-000-2011-00338-01(AC)**

**Actor: ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION**

**Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE MARTIN ALDANA MAYORGA Y OTROS**

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 1° de septiembre de 2011, por medio de la cual el Tribunal

Administrativo de Norte de Santander declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

#### **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, mediante apoderado, acudió inicialmente ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el fin de solicitar la nulidad del laudo proferido el 4 de octubre de 2010 por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cúcuta, que resolvió el conflicto existente entre la referida ESE y la Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano.

Solicita en amparo de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de judicial, que se anule el laudo emitido el 4 de octubre de 2010 por el Tribunal de Arbitramento demandado.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls 1-22, 73-111):

Comienza destacando que la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería, concedió una demanda en ejercicio de la acción tutela interpuesta por la ETB contra un laudo arbitral, a pesar que contra éste se encontraba en trámite el recurso de anulación, con el fin de destacar que la Corte Constitucional ha matizado el requisito genérico de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, consistente en el agotamiento de todos los mecanismos ordinarios de defensa, bajo la condición que la acción de tutela se instaure para evitar un perjuicio irremediable.

Con fundamento en la anterior afirmación indica que al igual que en el caso decidido por la Corte Constitucional en la sentencia antes señalada, contra el laudo emitido por el Tribunal de Arbitramento demandado en esta oportunidad, se interpuso el recurso de anulación, que a la fecha debido a la alta congestión judicial que aqueja a la Sección Tercera del Consejo de Estado, sólo ha sido asignado al Consejero Enrique Gil Botero.

Subraya que en virtud de la anterior situación, la ESE Francisco de Paula Santander (ESE FPS) está expuesta a que la ejecuten y obliguen a transferir recursos públicos a particulares por la suma de \$823.593.083,73.

A renglón seguido expone en qué consistente las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y destaca que las mismas son aplicables para el análisis de laudos arbitrales, como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras sentencias, en la SU-174 de 2007.

Sostiene que el laudo controvertido incurrió en defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, porque dio por probado hechos sin que existiera prueba de los mismos, en tanto los arbitros contra toda evidencia concluyeron (i) “que un contrato sin riesgo compartido para la entidad pública contratante, era un contrato en el que la entidad debía asumir total y exclusivamente el riesgo anormal”; (ii) que un contrato terminado de mutuo acuerdo fue culminado en forma unilateral por la entidad pública; (iii) “que un contrato incumplido por el contratista privado está cabalmente ejecutado y cumplido”; (iv) “que la entidad pública demandada (ESE FPS) fue quien generó el acto de autoridad que ocasionó la terminación anticipada del contrato que causó el perjuicio (Decreto 810 de 2008)”; (v) “que las órdenes impartidas por el Gobierno Nacional mediante el acto administrativo que ocasionó la terminación anticipada del contrato y causó el perjuicio, órdenes y efectos legales irresistibles e inimputables a la ESE FPS, además de ser imputables a la ESE FPS le eran resistibles”; (vi) “que lo que se debatió en el proceso es la responsabilidad del Estado en cabeza de uno de sus órganos y no el específico y presunto incumplimiento de un contrato, cuyo régimen por expreso mandato legal es derecho de privado, suscrito por la ESE FPS, entidad descentralizada con autonomía administrativa y patrimonio y personería jurídica propios, que por su naturaleza no es la llamada a responder por los efectos derivados de las órdenes impartidas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 810 de 2008”; (vii) y “que la contabilidad de los contratistas privados demandantes, que no fue presentada, puede ser válidamente sustituida por la contabilidad de la Unión Temporal, pese a que ésta no se encuentre registrada ante la Cámara de Comercio ni ante la DIAN, contabilidad irregular con base en la cual se impone condena de \$823.593.083,73 a la entidad pública demandada (ESE FPS)”.

Indica que el laudo controvertido incurrió en defecto sustantivo, porque se basó en una norma inaplicable para el caso en concreto, concretamente en el artículo 25 del Decreto 810 de 2008, que regula “exclusivamente” lo relativo a la subrogación de los contratos de servicios de salud, a un contrato de asociación sin riesgo compartido, mediante el cual la ESE FPS se obligó a entregar un espacio de la Unidad Hospitalaria Los Comuneros, para que la unión temporal lo adecuara y explotara pagando como contraprestación una compensación mensual.

Insiste en que el mencionado defecto se configuró porque el Tribunal de Arbitramento confundió un contrato de arrendamiento de una unidad hospitalaria con uno de prestación de servicios de salud, respecto del cual el legislador sí previó la posibilidad de subrogarse.

En relación con la aplicación del artículo 25 del Decreto 810 de 2008, sostiene que en atención a la orden de liquidación de la ESE, ésta debía cesar todas las relaciones contractuales, como en efecto lo hizo, sólo que para tal efecto puede subrogar los contratos de salud que suscribió, “efecto que en todo contradice el argumento principal de la demanda y del laudo, según el cual, el contrato de arrendamiento 339B de 2005 no se podía dar por terminado, sino que debió seguir ejecutándose”.

Añade que también se incurrió en un defecto sustantivo porque se le aplicó a la ESE FPS el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, no obstante el legislador claramente estableció que el régimen de contratación de las ESE es derecho privado (artículo 195 de la Ley 100 de 1993, Decretos 1876 de 1994, Ley 344 de 1996, Ley 489 de 1998 y Decreto Ley 1750 de 2003).

Argumenta que también se incurrió en un defecto sustantivo al interpretarse el parágrafo 6 del artículo 1 de la Ley 573 de 2000, relativo a la potestad que tiene la Nación de garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, en tanto al parecer los árbitros creyeron que dicha norma sólo hace referencia a las obligaciones laborales, como lo hacen el Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, y a partir de tal creencia determinaron que la ESE FPS debe asumir las consecuencias económicas del Decreto proferido por el Gobierno Nacional que ordenó la liquidación de la misma ESE, y entregar inmediatamente la Clínica Los Comuneros a otra entidad pública.

Sostiene que también se dejó de aplicar el parágrafo 2° del artículo 10 del Decreto 810 de 2008, “mediante el que, con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de salud, el Gobierno Nacional expresa e inequívocamente ordenó al Liquidador de la ESE FPS que de manera inmediata, debía celebrar con otra entidad pública nacional especializada del sector, un contrato de administración u operaciones de los bienes muebles e inmuebles de la Unidad Hospitalaria Los Comuneros de Bucaramanga mientras se efectuaba su venta, orden del Gobierno Nacional que por expresa disposición del artículo 1° de la Ley 95 de 1980 constituye una fuerza mayor”, excepción que la referida ESE dentro del proceso arbitral alegó.

Asevera que la importancia de parágrafo 2° del artículo 10 del Decreto 810 de 2008, es que el mismo es la causa de la terminación anticipada del contrato de asociación N° 339B de 2005, y el hecho generador del eventual perjuicio causado con dicha terminación.

Manifiesta que tampoco se analizó el artículo 22 del Decreto 2211 de 2004, que habilita al Liquidador a terminar unilateralmente todos los contratos de cualquier índole. Estima que ante la existencia de una norma que faculte a la autoridad pública a terminar unilateralmente un contrato, no se le está imponiendo o exigiendo a ésta que indemnice los perjuicios causados por dicha terminación.

Destaca que tampoco se analizaron los artículos 1153 y 1554 del Código Civil, que fueron citados en los alegatos de conclusión, que hacen referencia a la renuencia del plazo por el beneficiario del mismo, y a su caducidad por causas como la quiebra o insolvencia notoria del deudor.

En relación con lo anterior indica que los árbitros se negaron a reconocer que la Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano y la ESE FPS de manera libre y de mutuo acuerdo dieron por terminado el contrato de asociación N° 339B del 24 de mayo de 2005, y por ende, que la referida unión temporal renunció al plazo, lo que hace totalmente improcedente las peticiones de indemnización de perjuicios junto con las proyecciones de utilidad entre 5 y 10 años.

Considera que del acta de terminación del contrato antes señalado, suscrita por las partes de mutuo acuerdo, se dejó sin sustento jurídico el argumento principal de la demanda, según la cual el contrato fue terminado unilateralmente.

De otro lado considera que el laudo objeto de la acción de tutela incurrió en otro defecto por falta de congruencia, pues los árbitros se negaron a tener en cuenta, al fijar y explicar la causa petendi, que durante todo el proceso arbitral la entidad convocante manifestó que la causa de la terminación del contrato fue el Decreto 810 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional.

También considera que la decisión en su contra es incongruente, pues no se resolvieron de fondo las excepciones formuladas, y que el laudo simplemente se limitó a “englobarlas”, con el fin de dar la apariencia de que se pronunció sobre la mismas y a predicar falsas contradicciones lógicas en la supuesta acumulación de las excepciones, aunque la ESE FPS nunca planteó tal acumulación, pues de manera autónoma expuso 15 medios exceptivos.

Indica que en el proceso arbitral la mencionada unión temporal imputó el daño de la ESE FPS mediante la teoría de la imprevisión, imputación que los árbitros encontraron errada, pero que de manera oficiosa corrigieron para en su lugar aplicar la teoría del hecho del príncipe.

A renglón seguido realiza algunas consideraciones sobre los requisitos que deben verificarse para aplicar la teoría del hecho del príncipe de acuerdo a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>1</sup>, dentro de los cuales destaca que el acto general y abstracto que altera la ecuación financiera del contrato, debe provenir de la entidad contratante y no de una autoridad ajena a la relación contractual; con base en ello argumenta que los árbitros de forma totalmente incorrecta estimaron que con la expedición del Decreto 810 de 2008 del Gobierno Nacional se podía predicar la teoría del hecho del príncipe, desconociendo que en el caso de autos el Gobierno Nacional es ajeno a la relación contractual, y que la ESE FPS es una entidad con personería jurídica propia y que no emitió el acto que alteró dicha relación, razones por las cuales no había lugar aplicar dicha teoría, so pena de incurrir, como en su criterio ocurrió, en desconocimiento del precedente judicial del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin que se señalaran las razones por las cuales se separó de aquél.

---

<sup>1</sup> Cita en especial la sentencias del 4 de febrero de 2010, radicado 15.665, C.P. Enrique Gil Botero.

Argumenta que con el fin de encubrir la ausencia del requisito de que el acto general y abstracto que genera el desequilibrio financiero sea emitido por la entidad contratante, en este caso la ESE FPS, los árbitros hicieron constante referencia a la figura del Estado, como si la mencionada ESE fuera su representante, desconociendo que ésta por disposición del Decreto Ley 1750 de 2003, es una entidad pública del orden nacional, con personería jurídica plena, autonomía administrativa y patrimonio propio, y que no es la llamada a responder por los efectos derivados de la emisión del Decreto 810 de 2008, sobre todo cuando la Nación no fue parte del proceso arbitral y cuando los árbitros carecen de competencia para juzgarla.

Sostiene que en el laudo controvertido también se desconoció el requisito de la existencia de un acto abstracto y general que altere el equilibrio financiero del contrato para predicar la teoría del hecho del príncipe, en tanto también se quiso predicar ésta respecto de la comunicación del 15 de marzo de 2008 de la liquidadora de la ESE FPS, dirigida al representante legal de Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano, que es un típico acto administrativo de carácter particular.

Subraya que también se incurrió en un defecto orgánico porque el laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, que se limitaba a resolver las diferencias relacionadas con la ejecución del contrato, y de ninguna manera con la terminación y liquidación del mismo, aspectos respecto de los cuales los árbitros se pronunciaron sin tener competencia para ello, en tanto la misma quedó reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Reprocha que los árbitros hayan considerado que al designarlos fueron habilitados para pronunciarse sobre la terminación y liquidación del contrato, porque los apoderados judiciales de las partes no tenían facultad para modificar la cláusula compromisoria, porque al inicio del proceso arbitral la ESE FPS, que es la única parte con competencia para extender el alcance de dicha cláusula, ya se había extinguido, y porque el tercero que forzosamente intentaron que concurriera como sucesor procesal, la Fiduciaria Popular S.A., nunca concurrió.

Finalmente considera que también se incurrió en defecto orgánico porque los árbitros no tenían competencia para conocer y sobre todo para modificar los siguientes actos administrativos, cuyo juicio de legalidad está reservado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

1. El Decreto 810 de 2008, en especial el parágrafo 2 del artículo 10, mediante el cual con fin de garantizar la prestación del servicio de salud, el Gobierno Nacional le ordenó al liquidador de la ESE FPS que de manera inmediata celebrara con una entidad pública nacional especializada del sector, un contrato de administración u operación de los bienes muebles e inmuebles de la Unidad Hospitalaria Clínica los Comuneros de Bucaramanga, mientras se efectuaba su venta.
2. La Comunicación del 15 de marzo de 2008 de la ESE FPS, a través de la cual se le informó a la referida Unión Temporal la terminación del contrato N° 0339 a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto liquidatorio, debido a la imposibilidad de continuar con la ejecución del mismo a partir de la suscripción del convenio con la IPS CAPRECOM para que operara de forma inmediata la Clínica Los Comuneros, en cumplimiento de lo previsto por el Decreto 810 de 2008.
3. La Resolución 000010 del 14 de agosto de 2008, confirmada por la Resolución 000058 del 24 de octubre de 2008, expedida por la ESE FPS, mediante las cuales dentro del proceso liquidatorio rechazó las reclamaciones relacionadas con la solicitud de reintegro del valor de las adecuaciones locativas y el pago de la indemnización de perjuicios.

#### **TRAMITE PROCESAL**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en auto del 11 de enero de 2011 le ordenó al abogado Juan Jorge Almonacid Sierra, que aportara el poder que lo acredita como apoderado de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación (Fls. 26-27).

Una vez se aportó el poder conferido, mediante auto del 3 de febrero de 2011 la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela interpuesta, y ordenó notificar la misma a los árbitros del Tribunal de Arbitramento demandado y a los suscriptores del contrato de Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano (Fls. 62-66).

La misma Sección en sentencia del 16 de marzo de 2011 rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta (Fls.149-159), en tanto contra el laudo controvertido está en trámite ante la Sección Tercera de esta Corporación el recurso de anulación, y porque no se advierte la configuración de un perjuicio irremediable.

La sentencia antes señalada fue impugnada por la parte accionante mediante escrito del 15 de junio de 2011 (Fl. 163).

La impugnación interpuesta fue concedida ante la Sección Quinta del Estado, que mediante auto del 27 de julio de 2011 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 11 de enero de 2011, y ordenó remitir la acción de tutela interpuesta al Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Lo anterior, al considerar que el Decreto 1382 de 2000 no prevé una norma de competencia para el conocimiento de acciones de tutela contra particulares que administran justicia, por lo que se imponía aplicar el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, según el cual son competentes a prevención los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurra la presunta amenaza o violación. En ese orden ideas consideró que el competente para conocer el presente asunto es el Tribunal Administrativo de Santander, “no sólo porque el laudo arbitral censurado se expidió en cumplimiento de una función pública nacional en Cúcuta, sino porque la Empresa Social del Estado tiene su domicilio en ese municipio y presentó la demanda ante un juez de esta jurisdicción para que actuara en su caso como constitucional” (Fls. 171-173).

Posteriormente el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante auto del 29 de agosto de 2011 admitió la acción de tutela instaurada y ordenó notificar la misma a los árbitros del Tribunal de Arbitramento demandado y a los suscriptores del contrato de Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano (Fl. 181).

#### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Mediante sentencia del 1° de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró improcedente la acción de tutela interpuesta argumentando en síntesis lo siguiente (Fls. 224-228):

“La presente acción se torna improcedente, debido a que no cumple con los requisitos de procedibilidad, teniendo en cuenta que la tutela sólo procede tratando de laudos arbitrales cuando se estén vulnerando derechos fundamentales de las parte o de los terceros, que no es el caso en estudio; por otra parte, por regla general la tutela no es procedente ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación y además la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación no demuestra que esté sufriendo un perjuicio irremediable.”

De otro lado destaca que contra el laudo controvertido está en trámite ante el Consejo de Estado el recurso de anulación, en el despacho del doctor Enrique Gil Botero.

### **RAZONES DE LA IMPUGNACION**

Mediante escrito del 9 de septiembre de 2011, el apoderado de la parte accionante impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 237-238):

Solicita que se respete el derecho a la igualdad, dando aplicación al precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería, en la que se indicó que la acción de tutela es procedente aún cuando esté en curso el recurso de anulación.

Reprocha que el *A quo* se haya apartado del precedente establecido en la sentencia de la Corte Constitucional antes señalada, sin exponer las razones por las cuales no comparte el mismo.

Manifiesta que la principal vía de hecho en que se sustenta la acción de tutela es el defecto orgánico de falta de competencia de los árbitros para proferir el laudo, respecto del cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander no realizó consideración alguna.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

- I. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales.**

Estima la Sala pertinente tener en cuenta algunas de las consideraciones contenidas en la sentencia T-408 del 27 de mayo de 2010 de la Corte Constitucional<sup>2</sup>, que a su vez trae a colación los pronunciamientos más significativos sobre la procedibilidad de la acción de tutela en asuntos como el de autos, y a partir de ello insiste en el carácter excepcional de este medio de defensa para dejar sin efectos una decisión de un Tribunal de Arbitramento, entre otras razones, ante la existencia del recurso de anulación y la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Adicionalmente se considera pertinente tener en cuenta la sentencia de tutela antes señalada, porque reitera respecto a los asuntos objeto de procesos arbitrales, en los que generalmente está de por medio significativas sumas de dinero, que los daños económicos por sí solos no generan un perjuicio irremediable, por más elevada que sea su cuantía, por lo que para predicar la procedencia de la acción constitucional frente a laudos arbitrales debe advertirse claramente que además del detrimento patrimonial se está causando de manera grave e inminente la vulneración de un derecho fundamental, y por lo tanto que se requieren medidas urgentes e impostergables de protección que no pueden ser brindadas mediante otro medio judicial de defensa.

“3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado en **varios de sus fallos**,<sup>3</sup> que **por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental**. En tal medida, la procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones es excepcional y exige la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales.

3.2. La Corte ha sostenido que los árbitros, como administradores de justicia, deben cumplir con los deberes que la Constitución Política y la Ley les imponen y están sujetos al control de sus actos mediante la acción de tutela cuando con éstos se vulnera de manera directa un derecho fundamental. En la sentencia SU-837 de 2002 se explicó que *“la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan*

---

<sup>2</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>3</sup> Ver sentencias T-608 de 1998 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-837 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), SU-058 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-1228 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-920 de 2004, (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), SU-174 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-972 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

la resolución de conflictos económicos (...) La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales". En esta misma decisión se señaló que "por la naturaleza especial del arbitramento, la acción de tutela solo es procedente contra laudos arbitrales en circunstancias realmente excepcionales", dada la existencia de mecanismos específicos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar tales decisiones judiciales. Las vías de hecho que se pueden predicar de un laudo arbitral para hacer procedente la acción de tutela en su contra deben implicar la vulneración directa de un derecho fundamental.

3.3. Esta Corporación en su reiterada jurisprudencia, también ha asimilado los laudos arbitrales a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de la acción de tutela y en esa medida ha sostenido que el mecanismo de protección constitucional es procedente contra laudos arbitrales cuando quiera que los derechos fundamentales de las partes o de terceros resulten amenazados o conculcados.

En la sentencia **SU-174 de 2007**, la Corte señaló los requisitos generales de procedibilidad contra los laudos arbitrales en los términos siguientes:

*"(1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;*

*"(2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;*

*"(3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y*

***"(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo.***

*"Según se indicó en la sección 3.4.1. anterior, estos cuatro criterios se derivan, conjuntamente, de (a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la*

*procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.”*

**Respecto del cuarto requisito de procedibilidad**, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido al carácter residual y subsidiario de la **acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso del derecho de defensa dentro del trámite arbitral o cuando los afectados por la decisión no hayan empleado los recursos ordinarios o extraordinarios a su alcance salvo que acudan al amparo constitucional como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.**

Ahora bien, los laudos arbitrales, a diferencia de las sentencias judiciales, no son susceptibles de recursos ordinarios que permitan su revisión por la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción contencioso administrativa, pues precisamente debido a las peculiares características de esta modalidad de justicia<sup>4</sup>, el ordenamiento jurídico sólo ha previsto recursos extraordinarios con causales de procedencia taxativamente señaladas. Así, contra todo laudo arbitral nacional que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos estatales procede el recurso extraordinario de anulación, respecto de los laudos proferidos por los tribunales convocados para dirimir un conflicto laboral está consagrado el recurso de homologación (art. 143 del C. S. T. compilado por el artículo 195 del Decreto 1818 de 1998). Las causales que pueden ser invocadas para interponer el recurso varían de acuerdo a la materia del asunto examinado por la justicia arbitral. Respecto de los laudos proferidos por tribunales arbitrales convocados para dirimir controversias originadas en contratos estatales las causales aplicables son las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compiladas en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998), en las restantes materias las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

Si bien, en la mayoría de los fallos proferidos por la Corte Constitucional que han versado sobre acciones de tutela contra laudos arbitrales, han sido interpuestas una vez fallado el recurso de anulación por el tribunal competente, **en otras ocasiones la acción ha sido impetrada mientras estaba siendo tramitado el recurso.**

En relación con la primera hipótesis, en la Sentencia **SU-174 de 2007** (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte analizó la Sentencia **SU-837 de 2002** (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se revisaba la tutela contra un laudo proferido en equidad y la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de homologación presentado contra dicho laudo. En ese caso, resolvió negar el amparo, al concluir la Corte que no se había incurrido en una vía de hecho, por cuanto el laudo objeto de la controversia, contaba con una motivación material mínima pero suficiente para sostener que no se violó el debido proceso de las partes y

---

<sup>4</sup> En la Sentencia T-244 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte afirmó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del ordenamiento superior, la justicia arbitral se caracteriza fundamentalmente por: “(i) es el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares, (ii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, (iii) es de carácter transitorio o temporal, (iii) tiene origen en la voluntad de las partes del conflicto, (iv) los fallos pueden ser proferidos en derecho o en equidad, (v) el arbitraje se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que el legislador tiene una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, con el límite último de los preceptos constitucionales.”

por la misma razón, tampoco la sentencia de homologación, puesto que el laudo homologado contaba con motivación suficiente.

También analizó la Sentencia **T-608 de 1998** (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), en la que la acción fue presentada contra un laudo arbitral por considerar que había incurrido en una vía de hecho y simultáneamente se había interpuesto un recurso de anulación contra el laudo ante el Tribunal Superior competente. **La Corte Constitucional encontró que la tutela era improcedente debido al carácter residual del mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Sobre el particular afirmó la Corte: “Así, ha de reiterarse entonces, que la acción de tutela es una institución procesal de naturaleza residual que no le otorga al presunto afectado la posibilidad de acceder a ella de manera discrecional, promoviendo su ejercicio en forma simultánea y concurrente con otros recursos legales que, como ocurre con el de anulación, han sido dispuestos en el ordenamiento jurídico para proteger el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son parte en una actuación judicial.”** Por lo anterior, la Corte concluyó: “(...) esta Corporación ha considerado que el recurso de anulación es un medio de defensa judicial idóneo para subsanar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido lugar con ocasión del laudo arbitral, razón por la cual la acción de tutela sólo puede impetrarse una vez haya sido fallado el primero por el órgano judicial competente”.

3.4. La jurisprudencia constitucional ha definido las cuatro vías de hecho que pueden ser aplicables a los laudos, con las precisiones pertinentes para respetar la naturaleza específica del arbitraje que ha sido definida claramente en el artículo 116 de la Carta. Específicamente en la sentencia SU-174 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte se refirió, en los siguientes términos, a la vía de hecho por defecto sustantivo, orgánico, procedimental y por defecto fáctico:

- En materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo: *“surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. **Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho.** En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.*

- En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico: *“tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz –ver aparte 3.2.1. (a) subsiguiente-, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o*

*competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. **Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho. Dado que son en principio los árbitros quienes están llamados a decidir el alcance de su competencia con base en la habilitación de las partes, el juez de tutela sólo podrá determinar si han incurrido en un exceso manifiesto, por salirse en forma protuberante del ámbito de su competencia.***

- Se configura la vía de hecho por defecto procedimental en materia arbitral: *“se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto.”*

- En materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, *“en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable –hipótesis cuya ocurrencia examinó y descartó la Corte en la sentencia T-920 de 2004, arriba citada-, eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido determinante del sentido de la decisión finalmente plasmada en el laudo. Al igual que con los otros tipos de vía de hecho, es indispensable que las partes interesadas hayan hecho uso de los recursos que consagra el ordenamiento jurídico para controlar el laudo que les afecta, y que con posterioridad a la resolución de dichos recursos, persista el defecto fáctico con clara violación de un derecho fundamental.”*

(...)

Respecto al análisis del caso en concreto en la providencia que se viene estudiando se destacó:

Respecto de la idoneidad del medio de defensa judicial, la Sala considera pertinente precisar que si bien en el escrito de demanda el accionante afirma que *“la cosa juzgada y la falta de competencia no están establecidas como causales de anulación del Laudo en el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, con el fin de justificar la procedencia de la acción de tutela sin necesidad de agotar previamente el recurso de anulación, es evidente que dicho recurso es el medio idóneo para subsanar la afectación de derechos fundamentales que ha sido diseñado para corregir los vicios de procedimiento o la ilegalidad del laudo, el cual debe ser agotado de manera previa a la interposición de la acción de tutela.*

Siendo evidente la idoneidad del recurso de anulación para amparar los derechos fundamentales que se consideran vulnerados con el laudo arbitral cuestionado, la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente hasta tanto el Tribunal Superior de Bogotá como autoridad competente para resolver, profiera el fallo respectivo, máxime si las razones que alega el accionante en la sustentación del recurso de anulación invocando las causales 6, 7, 8, 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se fundamentan en argumentos parecidos a los de la presente acción de tutela y que se refieren fundamentalmente a demostrar la vía de hecho en que incurrieron los árbitros del tribunal al desconocer el principio de la cosa juzgada y la falta de competencia por efectos de la conciliación a que llegaron las partes.

(...)

Por lo anterior, la Sala constata que el requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, **consistente en el carácter subsidiario de la acción de tutela, citado en forma precedente en los considerando de esta tutela, no se ha cumplido por encontrarse en curso el recurso de anulación.** Tal como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales previstos para la protección de un derecho, ni desplazar al juez competente, ni mucho menos servir de instancia adicional a las existentes, ni de instrumento para suplir la inactividad del accionante, ya que el propósito específico de su consagración, dado su carácter subsidiario, es brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales.

Adicionalmente a lo anterior y aunque el accionante no lo señala expresamente, tampoco procede la acción de tutela como mecanismo transitorio. En el asunto bajo estudio no se estaba ante un perjuicio irremediable que cumpliera los requisitos exigidos por la Corte Constitucional, a saber: que fuera (a) **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (b) **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (c) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean **urgentes**; y (d) que la acción de **tutela sea impostergable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

**La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que los daños económicos no generan por sí solos un perjuicio irremediable, por más de que su cuantía sea elevada.** Así en la sentencia de unificación SU-544 de 2001<sup>5</sup>, la Corte declaró improcedente una acción de tutela entablada contra la decisión de designar a una persona en un cargo público, cuando se alegaba que dicho nombramiento provocaba un perjuicio económico a quien no había sido seleccionado. En dicha providencia la Corte señaló que *“la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en*

---

<sup>5</sup> (MP Eduardo Montealegre Lynett, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis)

*extremo gravoso para la persona. [...] // En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable. [...] // Como corolario de lo anterior, resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, [...] resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.”*

Adicionalmente, en la sentencia T-1017 de 2006<sup>6</sup> la Corte declaró la improcedencia de una tutela interpuesta por una unión temporal a quien se había declarado la nulidad y la liquidación de un contrato de concesión. La accionante estimaba que mientras se controvertía judicialmente dicha decisión se configuraba un perjuicio irremediable por el hecho de que la liquidación del contrato resultaba en la reclamación de unos valores adeudados por ella. La Corte señaló que:

*“[...] es claro que los reclamos de la parte demandante no prueban suficientemente la existencia de dicho perjuicio, porque la naturaleza del daño invocado por la unión temporal es económica, al punto que el abogado de la misma reconoce que en la liquidación del contrato, el Municipio de Cali ha decidido cobrar unas sumas de dinero que supuestamente [...] deben ser pagadas por sus clientes.*

Ahora bien, la Corte ha reconocido que *excepcionalmente controversias que en principio son de naturaleza económica, pueden resultar en la vulneración de derechos fundamentales y en la configuración de perjuicios irremediables que ameritan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio.* En la sentencia SU-219 de 2003<sup>7</sup> la Sala Plena estudió la admisibilidad de una acción de tutela presentada por varias sociedades que habían constituido un consorcio con el fin de perfeccionar un contrato de concesión con INVIAS para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. Los accionantes buscaban proteger sus derechos fundamentales dado que INVIAS había declarado la caducidad del contrato e inhabilitado a los socios del consorcio para contratar con el Estado por un término de 5 años. **La Corte consideró que para verificar la eficacia e idoneidad de la acción contencioso administrativa era necesario analizar si y en dicho caso existía un perjuicio irremediable,** pues *“el conflicto planteado trasciend[e] el ámbito puramente legal, sobre la interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata.”* En esa ocasión, la **Sala Plena determinó que era necesario admitir la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues sin la acción de tutela, las sociedades accionantes perderían la capacidad jurídica para desempeñar y desarrollar su objeto social. Dijo lo siguiente sobre lo que significa para una sociedad**

---

<sup>6</sup> (MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

<sup>7</sup> MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Álvaro Tafur Galvis.

**contratista “la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”:** (...)” (El destacado es nuestro).

No obstante las anteriores consideraciones, que comparte la Sala, en tanto insisten en el carácter subsidiario de la acción de tutela, y por consecuencia en su procedencia excepcional para revisar las decisiones de los Tribunales de Arbitramento, so pena de que a través de la misma se terminen desconociendo los mecanismos ordinarios de protección y la competencia de los jueces especializados en determinados asuntos, no se desconoce que en algunas oportunidades la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente contra laudos arbitrales a pesar de la existencia del recurso de anulación, cuando las causales previstas para el mismo resultan insuficientes y eventualmente ineficaces para establecer si se vulneró o no con una decisión de forma clara y evidente un derecho un fundamental. Para mayor ilustración se transcriben las siguientes consideraciones:

- Sentencia T-920 de 2004.<sup>8</sup>

“La Sala encuentra que si bien existen dentro del ordenamiento jurídico mecanismos para cuestionar las decisiones de los tribunales arbitrales, la naturaleza taxativa de las causales de los recursos de anulación y revisión hacen que no todas las posibles objeciones presentadas contra un dictamen pericial encuadren dentro de estos recursos. **En consecuencia, cuando alguna de las partes de un proceso arbitral considere que en su caso el Tribunal de Arbitramento incurrió en una arbitrariedad que desconoce el debido proceso y ésta no encuadre dentro de las causales de los recursos existentes, procederá la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente.**

En el presente caso, la Sala encuentra que los defectos endilgados al Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2003 y la providencia que negó la aclaración del mismo no encuadran dentro de las causales de la anulación o la revisión. En efecto, según el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con la Ley 446 de 1998 son causales de revisión:

(...)

Por su parte, el recurso de anulación procede, según el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en los siguientes supuestos:

(...)

La entidad accionante solicita se deje sin validez el Laudo por la incorrecta interpretación de los términos del contrato suscrito entre AFA y Electrocosta y la indebida valoración del dictamen pericial rendido, actuaciones que, en parecer de la demandante, constituyen vías de hecho.

---

<sup>8</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

**La Sala observa que para atacar estos presuntos errores no es procedente ninguno de los recursos cuyas causales se transcriben. Por tal motivo, entrará a determinar el problema jurídico del caso y, posteriormente, pasará a darle solución.** (Subrayado fuera de texto).

- Sentencia T-972 de 2007<sup>9</sup>:

Dado el carácter extraordinario del recurso de anulación y el alcance restringido de sus causales de procedencia, **podría argumentarse que ciertos defectos en los que pueden incurrir los laudos arbitrales no están sujetos al control de la jurisdicción y en esa medida, en algunos eventos, el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento se revela ineficaces para la protección de los derechos fundamentales de las partes o de terceros en el proceso arbitral.**

No obstante, la mayoría de las acciones de tutela contra laudos arbitrales de las cuales ha conocido esta Corporación en sede de revisión, hasta la fecha, han sido interpuestas una vez fallado el recurso de anulación por el tribunal competente<sup>10</sup>, y en una oportunidad en la cual la tutela había sido impetrada mientras estaba siendo tramitado el recurso, la Corte Constitucional encontró que la tutela era improcedente debido precisamente al carácter residual del mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Sostuvo en esa ocasión este Tribunal: (...)” (El Subrayado es nuestro).

- Sentencia T-058 de 2009.<sup>11</sup>

**5.7.1 Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación<sup>12</sup>. Es más, por ejemplo, las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que “los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.<sup>13</sup>”**

5.7.2 No obstante, como se señaló anteriormente, el ordenamiento jurídico prevé los mecanismos necesarios para controlar las decisiones de los árbitros. En efecto, contra los laudos arbitrales únicamente proceden los

<sup>9</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>10</sup> Salvo el caso examinado en la sentencia T-920 de 2004.

<sup>11</sup> M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>12</sup> En la sentencia T-136 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte precisó: “Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.”

<sup>13</sup> SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

recursos de homologación -en materia laboral-, de anulación -en materia civil, comercial y contencioso administrativa- y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión.

5.7.3 Con fundamento en lo anterior, en consideración del principio de subsidiariedad, la Corte ha señalado de manera reiterada dos reglas que permiten determinar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que los cuestionan como resultado de la interposición de los recursos respectivos: (i) Dado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral<sup>14</sup>; y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales<sup>15</sup>, **salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable**<sup>16</sup>. (El destacado es nuestro)

## II. Análisis del caso en concreto.

De los hechos y argumentos expuestos por las partes y el juez de primera instancia se estima que el problema jurídico en el caso de autos consiste en establecer si la acción de tutela es procedente para que se revise el laudo arbitral que resolvió el conflicto entre la ESE FPS y la Unión Temporal de Nefrólogos del Oriente Colombiano, aunque contra el mismo se está tramitando el recurso de anulación ante la Sección Tercera de esta Corporación.

De conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral I de esta providencia, para la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales por regla general es necesario que se haya agotado el trámite del recurso de anulación, pues excepcionalmente por las circunstancias del caso en concreto se ha considerado procedente la acción constitucional a pesar de que dicho medio de impugnación no se ha resuelto, sobre todo cuando se ha considerado que las causales legalmente previstas para el mismo no son idóneas para analizar la presunta vulneración de los derechos invocados.

En el caso de autos y de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, el recurso de anulación que interpuso la parte accionante contra el referido laudo no se ha resuelto, aunque es necesario precisar que de conformidad con el sistema

---

<sup>14</sup> Al respecto se puede consultar la sentencia T-1228 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-294 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>15</sup> Entre otras, se pueden consultar las sentencias SU-058 de 2003, SU-837 de 2002 y T-294 de 1999.

<sup>16</sup> Sentencias T-1017 de 2006 y T-839 de 2005.

gestión judicial consultado el día de hoy, el referido recurso entró<sup>17</sup> para fallo al despacho del Dr. Enrique Botero Gil el día 17 de mayo de 2011, y el proyecto correspondiente fue registrado el 30 de septiembre del presente año, motivo por el cual respecto del mismo se está adelantando el trámite pertinente para su discusión y eventual aprobación.

En ese orden ideas la acción de tutela en virtud de su carácter excepcional y subsidiario es improcedente, pues el trámite para la resolución del recurso de anulación está en su etapa final.

No obstante lo anterior, la parte accionada solicita que a pesar de la existencia del mencionado recurso de anulación se estime procedente la acción de tutela, como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, y debido a la alta congestión judicial que aqueja al Consejo Estado y a la significativa suma de dinero a la que fue condenada la ESE FPS.

Frente a la anterior situación en primer lugar se destaca, que de acuerdo al sistema de gestión judicial, el mencionado recurso fue radicado en el mes de noviembre de 2010, y como antes se indicó el proyecto de fallo se registró el 30 de septiembre del presente año, motivo por el cual se le ha dado al mencionado recurso un trámite más o menos expedito, al punto que el trámite correspondiente se encuentra en su etapa final, de manera tal que no se advierte que la congestión judicial que debe enfrentar esta Corporación, constituya un aspecto que pueda considerarse como determinante para predicar la eventual procedibilidad de la acción constitucional.

Adicionalmente se destaca que la mora en la resolución de los medios judiciales de protección, en principio no puede considerarse como una situación que configure un perjuicio irremediable, de un lado por la situación de congestión judicial que deben enfrentar la mayoría de las autoridades judiciales del país, y de otro porque los mecanismos de protección por su misma naturaleza requieren de cierto tiempo para su resolución, aspectos que deben considerar quienes acuden a la Administración de Justicia en defensa de sus derechos. Sostener lo contrario equivaldría a predicar que la acción de tutela puede desplazar cualquier medio judicial de protección por el simple hecho de que ha transcurrido un tiempo considerable en su trámite y resolución, lo cual convertiría la tutela en el medio por

---

<sup>17</sup> Con radicado 11001-03-26-000-2010-00074-00 (39942).

excelencia para ventilar cualquier clase de conflictos, situación que por supuesto está en contra de la naturaleza excepcional, subsidiaria y residual de la misma.

En el mismo sentido podemos apreciar las siguientes consideraciones de la sentencia T-466 de 2002<sup>18</sup> de la Corte Constitucional, que también han sido expuestas en las sentencias T-310 de 2001, T-575 de 2002 y T-212 de 2006 de la misma Corporación, sobre todo en tratándose del tiempo que puede transcurrir en la resolución de recursos extraordinarios, como ocurre con el de anulación en el caso de autos.

**“Para estudiar esto, la Sala recuerda que la Corte ha afirmado que la demora en la resolución de los recursos no configura perjuicio irremediable toda vez que esta espera hace parte de las cargas que tiene que asumir las partes dentro del proceso para que este se pueda surtir con todas las garantías. Dijo la Corte:**

*“La sola consideración de la demora en la decisión del recurso de casación no puede conducir a la configuración de un perjuicio irremediable por cuanto el proceso judicial, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de un cierto tiempo, determinado, entre otras razones, por la necesidad de garantizar derechos sustanciales de las partes y presenta, de hecho, por razones de congestión, demoras que si bien es necesario corregir en la medida de lo posible, imponen para las partes una carga que deben asumir. Máxime cuando se trata de la controversia sobre un daño que versa sobre un interés eminentemente patrimonial, que por antonomasia es susceptible de reparación económica. No puede el juez de tutela, sin violentar el derecho de igualdad y sin un muy sólido sustento en la necesidad impedir la violación de un derecho constitucional fundamental, alterar esa situación para conceder en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez de casación.”<sup>19</sup>*

Reiterando esta posición, esta Corporación consideró:

*“Las consideraciones sobre la lentitud y morosidad de los procesos administrativos no pueden conducir a la configuración de un perjuicio irremediable por cuanto el proceso judicial, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de un cierto tiempo, entre otras razones, por la necesidad de preservar garantías constitucionales de las partes. La congestión judicial y demoras de los procesos es una realidad innegable, que aun cuando es necesario corregir en la medida de lo posible, imponen para las partes una carga que deben asumir, salvo en los casos en que*

---

<sup>18</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>19</sup> Ver sentencia T-310/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión no se concedió la tutela a la accionante, parte civil en el proceso penal, quien había apelado la condena en perjuicios proferida por el a quo, viéndose disminuido el monto de los perjuicios a los que se condenó al sindicado en segunda instancia. La accionante hasta el momento de la interposición de la tutela no había hecho uso del recurso de casación y de haberse vencido el término para esto sin que se hubiera utilizado este otro medio, la tutela se tornaría improcedente. Además, la Corte adujo que encontrándose ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, la concesión del recurso de casación no impide que la misma se cumpla por tanto no se daría el perjuicio irremediable para la accionante –por la falta de recursos que aducía tener- toda vez que ella podía iniciar un proceso ejecutivo para cobrar la condena en perjuicios del juez de segunda instancia antes de que se surtiera la casación)

*excepcionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado para la defensa de los derechos fundamentales. No puede el juez de tutela, sin vulnerar el derecho a la igualdad y sin que realmente concurra la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, alterar esa situación para conocer en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez ordinario.”<sup>20</sup>*

(...) Por otro lado, la posible demora del trámite del recurso de casación interpuesto por el señor Santacruz no es argumento suficiente para conceder la tutela. El señor Santacruz, al igual que todas las personas que hagan uso del este recurso extraordinario, deben respetar los términos procesales establecidos más que como un obstáculo, como una garantía para el debido proceso.”

Lo anterior, sin perjuicio de los casos excepcionalísimos en los que se ha considerado que la mora judicial pone en riesgo derechos fundamentales<sup>21</sup>.

En ese orden de ideas, se estima que en el presente caso el tiempo que ha transcurrido en el trámite de la resolución del recurso de anulación no puede considerarse por sí solo un hecho generador de una situación de perjuicio irremediable, máxime cuando el recurso de anulación contra el laudo controvertido se encuentra en su etapa final.

Del mismo modo, tampoco puede considerarse por sí sola como una circunstancia excepcional que haga procedente la acción de tutela a pesar de la existencia del recurso de anulación y/o que configure un perjuicio irremediable, los daños económicos que se puedan generar en virtud del referido laudo, como se expuso en el numeral I de la parte considerativa de esta providencia, al citar algunos apartes de la sentencia T-408 de 2010 de la Corte Constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Sobre este aspecto y a propósito de la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional, que la parte accionante cita como el fundamento de la impugnación para predicar la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala destaca que en dicha providencia la Magistrada Clara Elena Reales Gutiérrez salvó su voto, entre otras razones, porque de acuerdo a la jurisprudencia de la misma Corporación los

---

<sup>20</sup> Ver sentencia T-343/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión la Corte negó la tutela como mecanismo transitorio al accionante quien había sido afectado por una medida policiva supuestamente arbitraria. Consideró la Corte que en virtud de la existencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de la larga duración del mismo, no era procedente la tutela.

<sup>21</sup> Sobre el particular pueden apreciarse entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-1249 de 2004, T-1085 de 2006, T-708 de 2006 y T-954A de 2008.

daños económicos no pueden ser considerados por sí solos como una circunstancia constitutiva de perjuicio irremediable.

En suma, ante la existencia del recurso de anulación y la inexistencia de un perjuicio irremediable la acción de tutela es improcedente.

Ahora bien, no desconoce la Sala que en la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional que de manera reiterada cita la parte accionante, y en otras que fueron mencionadas en el numeral I de la parte resolutive de esta providencia, la Corte ha considerado (no muy frecuentemente), que la acción de tutela puede ser procedente a pesar de la existencia del recurso de anulación cuando se advierte que el mismo no es eficaz para garantizar la protección de los derechos invocados, por ejemplo, cuando las razones que se invocan en protección de los derechos fundamentales no son susceptibles de analizarse, porque no pueden invocarse como algunas de las causales del referido recurso.

Respecto a la anterior posición, se destaca de un lado, que en palabras del apoderado de la ESE FPS (Fl.238), el principal argumento de la acción de tutela consiste en la presunta configuración de un defecto orgánico por falta de competencia del Tribunal de Arbitramento (según la impugnación), que de acuerdo al escrito de tutela se configuró porque el mismo decidió asuntos que estaban más allá de la cláusula compromisoria (la terminación y liquidación del contrato objeto del proceso arbitral) y se pronunció respecto de la legalidad de algunos actos administrativos, asuntos que en su criterio están reservados a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Se destaca la anterior circunstancia, que se reitera, el apoderado de la parte accionante considera la razón más importante por la que se interpone la presente acción, porque la misma puede ser alegada mediante dos causales del recurso de anulación, razón por la cual la Sala considera que en el caso de autos no puede considerarse tal mecanismo judicial de protección como ineficaz, y por ende, que la acción de tutela es procedente.

En efecto, de acuerdo a los numerales 8 y 9 del artículo del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>22</sup>, que a su vez compiló las causales del recurso de

---

<sup>22</sup> “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.”

anulación consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989<sup>23</sup>, un laudo arbitral puede anularse por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido y no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento<sup>24</sup>, causales a través de las cuales en criterio de la Sala, sin perjuicio de lo que estime el juez natural del asunto, puede alegarse que el Tribunal Arbitramento carecía de competencia para pronunciarse sobre la liquidación y terminación del contrato suscrito entre la ESE FPS y la referida Unión Temporal, y respecto de los actos administrativos que se identifican en el escrito de tutela, entre otros asuntos por los cuales la parte accionante considera que incurrió en un defecto orgánico.

Además de las razones expuestas, que constituyen motivos suficientes para considerar que el caso de autos tiene particularidades que no se advierten en el fallado por la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009, como el hecho que el recurso de anulación está por decidirse, la Sala considera necesario destacar que en el evento de estudiarse de fondo el laudo controvertido, el juez de tutela estaría interviniendo en un asunto que está siendo objeto de un proceso judicial y que legalmente le corresponde al juez especializado, que por el conocimiento del mismo, el tiempo, las facultades y herramientas que le han sido reconocidas es el llamado a emitir una decisión de fondo. En este orden de ideas cualquier decisión que se profiera en virtud de la presente acción puede tener

---

<sup>23</sup> “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.”

<sup>24</sup> Para mayor claridad se transcribe el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

“ARTICULO 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. <Numeral declarado NULO>
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
- 8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y**
- 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.** (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).” (El destacado es nuestro).

incidencia significativa o definitiva en la resolución del referido recurso, con el riesgo de generar decisiones contradictorias, enfrentamientos entre las autoridades judiciales, inseguridad jurídica, entre otras circunstancias de relevancia constitucional y legal que deben ser tenidas en cuenta, motivo por el cual sólo una manifiesta y flagrante vulneración de un derecho fundamental, y aún más, que esté plenamente probada la existencia de un perjuicio irremediable en virtud de la cual es desproporcionado exigirle al demandante que espere al agotamiento de los medios ordinarios de protección, haría constitucionalmente necesaria la intervención del juez de tutela en un asunto que está siendo objeto de análisis por otra autoridad judicial, específicamente, el juez natural.

En el caso de autos como antes se indicó, no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable, y -se reitera- el recurso de anulación que está por resolverse, constituye un mecanismo eficaz de protección frente al principal motivo de inconformidad por el cual se interpone la presente acción, razón por la cual no aparecen en este caso circunstancias excepcionales que justifiquen constitucionalmente la intervención del juez de tutela en un asunto que está siendo analizado por el juez natural.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia del 1° de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta, por las razones expuestas en esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

**COPIESE Y NOTIFIQUESE.** Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**