

## Sentencia SU.091/00

La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.- Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política (Art. 116). La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de heterocomposición. La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica. La amigable composición concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción; el arbitramento concluye en laudo que produce los efectos propios de las sentencias judiciales.

### ACCION DE TUTELA CONTRA CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN

No siendo actividad pública que trasunta ejercicio de funciones administrativas o la prestación de servicio público, la actividad que desarrolla un particular -Centro de Arbitraje o no, persona natural o jurídica- al designar por virtud de acuerdo autónomo de las partes de un contrato, amigables componedores, encuentra la Corte que no se cumplen, por este aspecto, en el caso presente de designación del amigable componedor efectuada por la Cámara de Comercio de Medellín, los supuestos legales básicos exigidos para la procedencia de la tutela contra particulares, en armonía con el artículo 86 de la Constitución, pues como ha quedado establecido, las entidades accionadas son entidades de carácter privado que no ejercen funciones administrativas, o que tengan a cargo la prestación de servicios públicos.

### AMIGABLE COMPOSICION-Designación del amigable componedor viola derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia/PERJUICIO IRREMEDIABLE A EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA

Para la Corte la puesta en marcha de la amigable composición, estando pendiente de resolver por el juez competente la petición sobre definición de la vía idónea para decidir los

reclamos formulados por el Consorcio Hispano Alemán, acarrea, un perjuicio irremediable en contra de los derechos constitucionales fundamentales de la ETMVA al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que amerita, como medida transitoria, que se acceda al amparo y se adopten con ese carácter medidas que suspendan el funcionamiento de la amigable composición. Desatar el mecanismo de la amigable composición, con aplicación prevalente del contrato adicional de 13 de febrero de 1992 puede llevar a que mientras él se adelanta, con las consecuencias contractuales establecidas de continuar hacia la conformación de un arbitraje internacional, sobrevenga decisión definitiva y que ésta pudiere ser contraria a la vigencia y prevalencia de ese mecanismo. Se genera para el accionante una situación de indefensión que lleva de manera ineluctable a la configuración de un perjuicio irremediable, lo que amerita la actuación del juez constitucional a través de medidas transitorias de amparo.

Referencia: expediente T- 241.138

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. - ETMVA- contra la Cámara de Comercio de Medellín - Centro de Conciliación y Arbitraje- y el Consorcio Hispano Alemán

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero del año dos mil (2.000)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín y la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín dentro de la acción de tutela instaurada por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá -ETMVA- contra la Cámara de Comercio de Medellín -Centro de Conciliación y Arbitraje- y el Consorcio Hispano Alemán integrado por MAN AKTIENGESELLSCHAFT, SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, DYCKERHOFF & WIDMANN ADTIENGESELLSCHAFT, APLICACIONES TÉCNICAS INDUSTRIALES

S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., y ENTRECANALES Y TAVORA S.A., quien cambió de razón social a GRUPO ACCIONA S.A., SUCURSAL COLOMBIA.

## I. ANTECEDENTES

La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá interpuso acción de tutela contra la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Hispano-Alemán con el propósito de que se tutelaran sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia infringidos por la Cámara de Comercio de Medellín mediante la designación de un amigable componedor, a instancias del citado consorcio, para que actúe en nombre de la Empresa.

La acción de tutela instaurada se endereza contra la Cámara de Comercio de Medellín debido a que esa entidad adoptó una decisión el pasado día 11 de marzo del año en curso, emanada de la dirección del Centro de Arbitraje y Conciliación por medio de la cual designó, a solicitud del Consorcio Hispano alemán, un amigable componedor para que actúe a nombre de la ETMVA en el proceso de amigable composición que pretende iniciar el Consorcio en mención, con la finalidad de dirimir conflictos contractuales que actualmente existen entre esta empresa y el contratista constructor del Metro de Medellín, esto en virtud de que tal decisión vulnera los derechos fundamentales consagrados en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política.

Así mismo, la acción instaurada se dirige contra el Consorcio Hispano Alemán, por haber este solicitado la actuación de la Cámara de Comercio de Medellín.

La violación del debido proceso, en la formulación de la entidad accionante, se hace descansar en la consideración de que la Cámara de Comercio al poner en marcha la amigable composición incurrió en grave equivocación, pues impidió que sea el juez natural el que resuelva el conflicto, pues si los amigables componedores llegaren a un arreglo, éste se impondría a la entidad pública contra su voluntad y deberá ser demandado de nulidad. Pero sino se llega a un acuerdo por este procedimiento, la consecuencia sería la de abrir las puertas al arbitraje internacional previsto en la Cláusula Octava del acuerdo del 13 de febrero de 1992, con lo cual, una vez más, la justicia encargada de resolver el conflicto, de manera definitiva e irremediable, será la equivocada, pues hoy en día aquella cláusula no existe, no está vigente. No obstante, se pretende revivir por la Cámara de Comercio, con efectos

perjudiciales e irremediables una jurisdicción que hoy no puede resolver los conflictos de esta entidad pública.

El desconocimiento del derecho al libre acceso a la administración de justicia la basa el accionante en la consideración de que tanto la decisión de la Cámara al designar amigables componedores como el paso siguiente, que será la integración de un Tribunal de Arbitramento Internacional, impide acudir al mecanismo contractual de solución de los conflictos que a su juicio está constituido por el sometimiento de los mismos a Tribunal de Arbitramento Nacional.

## 1. Hechos

En su demanda el peticionario señala como hechos, los que se resumen a continuación, dada su relevancia, para efectos de la revisión que ha de efectuar la Corte:

La ETMVA Y EL CONSORCIO, luego de los trámites legales y con observancia de las disposiciones vigentes celebraron el contrato 049 de 1984 (19 de julio) cuyo objeto fue “el diseño detallado, construcción, suministro, transporte, nacionalización, entrega en funcionamiento, capacitación del personal del Metro para el Valle de Aburrá incluyendo las obras complementarias y accesorias”. En la Cláusula Cuarenta y Cuatro del mencionado contrato se pactó, como mecanismo de solución de los litigios que entre ellas surgieran, el sometimiento a Tribunal de Arbitramento, el cual “será integrado y funcionará de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio; se someterá del todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad de Medellín, República de Colombia. Mientras el Tribunal esté integrado, los plazos correrán normalmente hasta producirse el fallo. Los efectos de la cláusula de caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación, no serán susceptibles de decisión arbitral”.

Que el 13 de febrero de 1992, mediante contrato adicional, con el propósito de lograr mayor expedición en la solución de las controversias contractuales, las partes acordaron (Cláusula Octava) someter las controversias suscitadas, específicamente los reclamos 1 a 18, a amigables componedores designados por las mismas partes; en caso de fracaso de la labor de los amigables componedores las partes acordaron acudir arbitraje internacional, en los términos de la Convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

Arbitramento Comercial Internacional, el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la ley 39 de 1990.

En desarrollo de este acuerdo, las partes establecieron, en el documento denominado "Procedimiento para la integración y funcionamiento de los componedores", del 2 de junio de 1993, el procedimiento de integración de los amigables componedores y determinaron las reglas de funcionamiento.

Posteriormente (Acta de Madrid, 4 de junio de 1993), las partes del contrato acordaron nuevos términos y condiciones para la amigable composición, como los relativos a la nacionalidad del tercer componedor y al nombramiento del mismo.

En el "acuerdo de 14 de junio de 1994", las partes convinieron una modificación al procedimiento de arreglo directo de las controversias contractuales mediante la integración de un comité integrado por representantes de cada una de ellas y vuelven a someter la solución última de los conflictos a arbitramento nacional, operándose a juicio de la Empresa accionante una derogatoria de la cláusula octava del contrato adicional de 13 de febrero de 1992.

Conforme a la opinión de la Empresa, el mecanismo previsto en la Cláusula Octava anterior quedó derogado, pues se dispuso en contrario, que ya no puede regir u operar, pues precisamente para eso se cambió y se estableció una manera diferente de tratar de resolver los conflictos "mecanismo que desde luego estaba sujeto al alea de llegar o no a un acuerdo económico en torno del mismo".

En febrero de 1994 la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá resolvió actuar judicialmente y solicitar ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad absoluta de la estipulación contenida en la Cláusula Octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 y de sus acuerdos complementarios, con el fin de que se definiera sobre la juridicidad de acudir al procedimiento de arreglo directo mediante amigables componedores y posteriormente la integración y sometimiento de las controversias subsistentes por parte de un Tribunal de Arbitramento Internacional.

Al respecto, se debe señalar que, por sentencia de 14 de septiembre de 1995 el Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió declarar la nulidad de los mencionados acuerdos; no

obstante, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera-, en sentencia 26 de febrero de 1998, a la cual se aludirá más adelante, luego de pormenorizado análisis de las fuentes normativas fundamento de los acuerdos mencionados, resolvió revocar la sentencia del a quo y no acceder a las peticiones de la entidad demandante.

Conocida la sentencia del Consejo de Estado, el Consorcio decidió plantear de nuevo a la ETMVA el funcionamiento de la amigable composición, y para ello le propuso el nombramiento de los sendos amigables componedores que deberían designar un tercero para la plena conformación de ese mecanismo de autocomposición. No obstante, la ETMVA no accedió al nombramiento del correspondiente amigable componedor, por considerar que a pesar de la decisión de la jurisdicción contencioso administrativa, a su juicio, el contrato adicional del 13 de febrero de 1992 y los acuerdos adicionales a éste habían sido dejados sin efecto por la común voluntad de las partes al suscribir el documento del 14 de junio de 1994 y determinar en él la integración del comité de arreglo directo mencionado.

Ante la circunstancia anterior, el Consorcio solicitó a la Cámara de Comercio de Medellín que, como tercero escogido al efecto en el contrato adicional del 13 de febrero de 1992, suscrito por ambas partes, procediera a hacer la designación del amigable componedor que correspondía a la ETMVA. Esa designación recayó inicialmente en el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, quien no aceptó y ulteriormente en el Doctor Jesús Vallejo Mejía, quien también declinó el nombramiento.

La ETMVA interpuso recurso de reposición ante la Cámara de Comercio de Medellín con el fin de que esta entidad revocará el nombramiento realizado y se abstuviera de continuar el procedimiento de integración de los amigables componedores. Frente a esa petición, la Cámara de Comercio respondió a la ETMVA que “el nombramiento de un amigable componedor por parte de esta oficina no es en ningún momento un acto administrativo ya que solo estamos obrando como particular delegado debido a un convenio que Ustedes mismos suscribieron con el consorcio Hispano Alemán. Ni siquiera esta oficina está encargada de gestionar el trámite de la amigable composición”.

Reitera la Cámara -Centro de Conciliación y Arbitraje- que no puede, como particular que es, decidir sobre la validez de los actos de la persona jurídica ETMVA y mucho menos acerca de la existencia o interpretación de sus contratos.

En esta respuesta, la Cámara alude también a que la legislación vigente (Ley 446 de 1998, art. 132) en ningún momento dice que el tercero delegado deba analizar sus propia competencia, por lo demás considera que no es posible hablar de competencia de un particular. Por ultimo, expresa que la amigable composición “aunque es un mecanismo alternativo de resolución de controversias, no es un proceso judicial”, que solo produce efectos de transacción, siempre y cuando se llegue a un acuerdo y que los amigables componedores, conforme a la Constitución Política no son particulares habilitados por la ley para administrar justicia (Folio 345 expediente).

Dentro del proceso instaurado por el Consorcio Hispano Alemán ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, contra la Resolución mediante la cual ETMVA declaró el incumplimiento del contrato, esta última entidad propuso demanda de reconvención y dentro ella planteó de manera explícita como petición Tercera “que se declare que la cláusula 8 del contrato adicional de 13 de febrero de 1.992 no está vigente por cuanto por voluntad de las mismas partes, no solo fue modificada mediante el acuerdo de 14 de junio de 1.994, sino que la condición señalada en el nl. 7 de este acuerdo resultó fallida” (Pág. 5, demanda de reconvención).

La mencionada condición se plasma así: “7. En el evento que antes de que se emita el concepto o recomendación por parte del grupo de trabajo se produzca una sentencia en firme o ley vigente e incontrovertible que permita la validez de la cláusula octava del contrato adicional las partes se someterán a esta cláusula y le darán cumplimiento”.

A juicio de ETMVA la sentencia del Consejo de Estado, del 26 de febrero de 1998, no hace pronunciamiento sobre la validez de la cláusula 8a. del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, tan sólo hace consideraciones jurídicas sobre la misma.

- Impugnaciones

Tanto la Cámara de Comercio de Medellín como el Consorcio Hispano Alemán se han hecho presentes en el proceso para impugnar la petición de amparo elevada por la ETMVA.

Las argumentaciones de ambas giran, primordialmente, en torno del carácter de entidades privadas que ellas ostentan conforme a sus actos constitutivos, a la naturaleza meramente contractual de la relación entre la ETMVA y el Consorcio y, por ende, al carácter convencional

de la actuación cumplida por la Cámara de Comercio a solicitud del Consorcio, lo que determina los correspondientes efectos, y de la existencia de otro medio de defensa.

## 2. Pruebas.

Como pruebas en el presente proceso han obrado las documentales anexadas a su demanda por la accionante, Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá -ETMVA-.

## 3. Sentencias objeto de revisión.

Debe la Corte revisar la sentencias proferidas en el asunto de la referencia por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín y por el Tribunal Superior de Medellín – Sala Civil -.

### 3.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de 20 de mayo de 1999 el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín resolvió sobre la acción interpuesta y tuteló transitoriamente los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA invocados en contra de la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán. En consecuencia, ordenó a la Cámara de Comercio de Medellín “que se ABSTENGA de NOMBRAR AMIGABLE COMPONEDOR O ARBITROS para la definición de las reclamaciones 1 a 18 surgidas entre ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán o si ya lo hizo se SUSPENDA dicho nombramiento mientras no exista decisión de fondo de la jurisdicción Contencioso Administrativo o una solicitud suscrita por ambas partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad”. En armonía con la transitoriedad del amparo otorgado se ordenó a la ETMVA que dentro del término máximo de cuatro meses, proceda a instaurar la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa “para que sea ésta quien determine en forma definitiva cual es la cláusula compromisoria vigente por la cual las partes deben buscar la solución a sus diferencias contractuales. De lo contrario, vencido el término indicado cesarán los efectos de lo dispuesto en el presente fallo”.

En los fundamentos de la decisión adoptada, el juez de instancia precisa que el punto de controversia entre las partes se halla en posiciones encontradas respecto del trámite que ha de seguirse en procura de la definición de las controversias conocidas como los reclamos 1 a 18 y si en el momento está o no vigente una cláusula contractual (la Octava del contrato

adicional de 13 de febrero de 1992) o si por el contrario tal cláusula perdió sus efectos por el acuerdo suscrito en mayo de 1994. Aspectos estos que a su juicio “deben ser resueltos previo mayor debate probatorio con un análisis mucho más detallado y por el juez especializado “tratándose del área de la contratación administrativa”.

No obstante, encuentra que someter a la ETMVA a un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, que al modo de ver de esta empresa, no es competente, con razones que el juez encuentra sustentadas jurídicamente pues se basan en que “no está vigente un documento contractual que faculte u obligue a su representante legal a designar un amigable componedor”, sería negarle el derecho a ACCEDER A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO.

Expresa la sentencia de instancia que “tal procedimiento implicaría que la ETMVA se viera abocada a un trámite que, aunque reconoce que pactó, ahora aduce que fue modificado y no es el indicado en este momento para que se tramite lo atinente a las reclamaciones 1 a 18”. Permitir que dicho trámite continúe significa ADMITIR TACITAMENTE que la cláusula octava del contrato adicional suscrito en 1992 ESTA VIGENTE y por lo tanto que son aplicables las normas de competencia en ella fijadas, dejando a la ETMVA como parte contratante, inconforme con tal interpretación, en total indefensión respecto a los pasos a seguir en la definición de sus controversias 1 a 18 con el Consorcio Hispano Alemán, cuando esta decisión de la vigencia, derogatoria o inaplicabilidad de las cláusulas contractuales aludidas, en nuestro sentir, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Finalmente, se expresa que la protección de tales derechos fundamentales, se basa principalmente en la garantía de la IGUALDAD REAL entre las partes, de suerte que de no concederse la protección demandada por vía de Tutela se atentaría también contra este principio. (Folio 107 del expediente y Pág. 10 de la sentencia del Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín).

### 3.2. Sentencia de segunda instancia.

Al conocer de la impugnación, el Tribunal Superior de Medellín – Sala Civil- resolvió revocar el amparo otorgado por el juez de instancia y en su lugar declaró la no prosperidad de la tutela “como petición principal, ni como solicitud subsidiaria”, y dejó sin efecto las actuaciones surtidas en cumplimiento del fallo.

Destaca que la petición formulada por la entidad demandante es clara en el sentido de solicitar que se ordene a la Cámara de Comercio de Medellín, Centro de Conciliación y

Arbitraje, la revocación de la decisión de la propia Cámara mediante la cual nombró un amigable componedor a la ETMVA y, por consiguiente, de abrir el espacio para que posteriormente se instale un Tribunal de Arbitramento, porque con ello se violan los derechos constitucionales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. En subsidio se solicitó al juez que fuera él directamente quien procediera a revocar la decisión tomada por la Cámara de Comercio de Medellín.

El Tribunal, bajo la consideración de que los profesionales del derecho, designados sucesivamente por la Cámara como amigables componedores para representar a ETMVA, no aceptaron la misma, decidió que por sustracción de materia no había sobre que decidir.

Así mismo, pone de presente el Tribunal que, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución, quienes están investidos de la función de administrar justicia son los árbitros y no el Centro de Arbitraje. Y que es necesario distinguir entre la solicitud de convocatoria de un Tribunal y la demanda arbitral, pues no son lo mismo. La función del Centro de Arbitraje la circunscribe el Artículo 16 del decreto 2651 de 1991 a los actos propios del trámite inicial; los árbitros, de acuerdo con el artículo 18 del mismo decreto, son los que deben resolver sobre su propia competencia; es a los árbitros a quienes corresponde estudiar su competencia en su condición de jueces investidos transitoriamente.

Con cita de la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 26 de febrero de 1998, sostiene el Tribunal Superior de Medellín que la amigable composición es una transacción lograda a través de terceros con facultades de comprometer contractualmente a las partes, pero no tiene el carácter de decisión judicial. En cambio, los árbitros son particulares investidos transitoriamente de función de administrar justicia, para emitir fallos en los términos determinados en la ley.

De la misma manera, se expresa que los acuerdos concertados por las partes son ley para dichas partes, si en los contratos están regulados, de manera alguna podrá mediante una acción de tutela aún antes de designar los amigables componedores entrar a decidir, a controlar, previo el inicio del trámite correspondiente, si procede o no, ni posteriormente, en el trámite arbitral, si las pruebas son o no conducentes, etc..

Mediante la tutela, expresa el Tribunal, no puede entrarse a controlar todos los pasos dados en la etapa de amigable composición; así mismo, puntualiza la sentencia del Tribunal, que en

el proceso arbitral todas las decisiones tienen sus recursos y que de manera alguna la institución de la tutela se creó para señalar cual es el proceso que se debe tramitar en determinado asunto y aún en la etapa embrionaria entrar a resolver sobre un debido proceso de lo que apenas está en la etapa inicial.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las providencias proferidas por el Juzgado Décimo del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior de Medellín - Sala Civil-, en desarrollo de las atribuciones conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 6 de septiembre de 1999 expedido por la Sala de Selección Número Nueve de esta Corporación.

### 2. La materia sujeta a examen.

En armonía con los antecedentes expuestos, la controversia planteada en el presente proceso de tutela versa sobre la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al Debido Proceso (C.P., Art. 29) y de acceso a la administración de justicia (C.P., Art. 229) en que pudo incurrirse por la Cámara de Comercio de Medellín, cuando, a solicitud del Consorcio Hispano Alemán, dentro del marco del contrato de 1984 celebrado entre ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán, y en desarrollo de lo estipulado en el Contrato adicional del 13 de febrero celebrado entre las mismas partes, se designó amigable componedor para que represente a ETMVA dentro de la amigable composición pactada contractualmente.

Con el fin de adoptar la decisión, la Corte, teniendo en cuenta el contexto de las relaciones dentro de las cuales ha surgido la demanda de protección de los derechos constitucionales mencionados, debe previamente examinar las siguientes materias: Procedencia de la acción de tutela, habida consideración del origen privado de las entidades accionadas; la existencia o no de medios jurídicos de protección; la subordinación e indefensión de la ETMVA frente a su cocontratante y a la Cámara de Comercio de Medellín ; el carácter irremediable del perjuicio que se cause con la infracción de los derechos fundamentales invocados como

transgredidos y la procedencia del amparo como medio transitorio.

3. La procedencia de la acción de tutela y la naturaleza de las entidades accionadas y las actividades a cargo de éstas.

De acuerdo con el artículo 86 constitucional, y tal como de manera reiterada ha destacado esta Corporación, la acción de tutela puede ser ejercitada por cualquier persona, natural o jurídica, en todo momento y lugar, para obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública.

Así mismo, conforme a la norma fundamental, y en los casos determinados en la ley (Decreto 2591, Art. 42), la acción de tutela procede contra particulares en cualquiera de estos supuestos: que se trate (1) de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o (2) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (3) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la vía de amparo, finalmente, hállese condicionada a que el afectado no disponga de otros medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corporación deberá, entonces, determinar la procedencia de la protección propia de la acción de tutela en el presente caso, ya sea como remedio definitivo o como mecanismo transitorio, para lo cual es pertinente, siguiendo el texto de la disposición constitucional, el análisis de los siguientes aspectos:

3.1. La naturaleza de entidades privadas de las destinatarias de la acción de tutela.

En el presente caso, como ya se expresó, la acción de tutela ha sido formulada contra la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán, por considerar el accionante que la actuación de la Cámara de designar, por solicitud del Consorcio Hispano Alemán, el amigable componedor para que actúe dentro de la amigable composición prevista en el contrato adicional del 13 febrero de 1992 que complementó y modificó en este aspecto el contrato original número 049 de 1984 se violaron sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup>, la Cámara de Comercio de Medellín, debe catalogarse como una institución que, además de sus funciones y actividades como entidad gremial de derecho privado sin finalidad lucrativa, ejerce funciones administrativas en los términos del Código de Comercio y legislación complementaria.

El consorcio Hispano Alemán es, como su denominación lo indica, una unión de empresas pactada con el fin de celebrar y ejecutar el contrato 049 de 1984 integrado por las firmas ya reseñadas.

Ahora bien, siendo las accionadas entidades particulares, sujetas por principio al derecho privado, cabe determinar, de acuerdo con la disposición constitucional y la jurisprudencia de esta Corte, si tales entidades, sin perjuicio de su condición jurídica, están encargadas de la prestación de un servicio público o del ejercicio de funciones administrativas o si frente a ellas la accionante está en condición de subordinación o indefensión.

De antemano, por lo que toca con las relaciones de la accionante con el Consorcio, debe indicarse que ellas se hallan plasmadas en el contrato 049 de 1984 y sus adicionales.

De las cláusulas contractuales, evidentemente, no surge, en principio, y con las salvedades que en esta misma providencia se precisarán, situación alguna de indefensión o de relación de subordinación de la ETMVA hacia el consorcio.

En efecto, las cláusulas contractuales derivadas de la autonomía contractual, dentro del marco legal de la contratación de las entidades estatales, no permiten establecer situaciones como las exigidas por la Constitución y la ley para la procedencia de la acción de tutela. Por el contrario, en el ámbito de la legislación propia de la contratación de las entidades estatales, y con mayor énfasis en la legislación bajo la cual se celebró el contrato 049 de 1984 - Decreto ley 222 de 1983-, el ejercicio de potestades y prerrogativas en la relación contractual como garantía del cumplimiento del objeto contractual, se hallaba claramente establecido, de manera excluyente en favor de la entidad pública contratante (Cláusula de caducidad, principios de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, etc)<sup>2</sup>.

Respecto de la relación de la ETMVA con la Cámara de Comercio de Medellín, por principio, cabe indicar que en el presente caso ella se deriva exclusivamente del encargo que las

partes en el contrato 049 de 1984 convinieron libremente asignarle para que en caso de desacuerdo en la designación de los amigables componedores o de renuencia de una de ellas, pudiese la Cámara suplirlas.

Habida cuenta que las Cámaras de Comercio, sin perjuicio de su condición de entidades privadas, pueden ejercer funciones públicas que la ley les encomienda, es pertinente establecer si la actividad desarrollada por la Cámara de Comercio de Medellín, en el presente caso - nombramiento de amigable componedor para lograr el acuerdo de las partes en litigio - corresponde a actividades propias de su objeto legal, como entidad privada de carácter gremial, o si por el contrario debe catalogarse como actividad de carácter público, otorgada por la ley.

Con ese propósito es necesario, entonces, desentrañar las características de la amigable composición en el derecho colombiano y las del encargo que pueden conferir las partes de un contrato para que terceros designen directamente a quienes hayan de actuar como “amigables componedores”.

### 3.2. Características de la amigable composición en el derecho colombiano.

Como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia de 26 de febrero de 1.998 -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- que puso fin a un proceso que buscaba precisamente la declaratoria de la nulidad de la cláusula octava del contrato de febrero de 1994, y que obra en el expediente, la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes.

Recuerda el Consejo de Estado en la sentencia en cita que:

“.....desde el decreto 01 de 1.984 artículo 218, se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales. Es decir, que la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto 2279 de 1.989, sino que ese decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, dicho sea de paso, en forma incipiente. Por otra parte el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1.970) ya contemplaba la figura de la amigable composición al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1.989, que en las controversias susceptibles

de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, fuerza es concluir que la amigable composición no se sustentó por primera vez en el Decreto 2279/89 sino en normas vigentes por la época en la cual se celebró el contrato. "(Pág. 28)

Así mismo, precisó el Consejo que:

"Desde el Código de Procedimiento Civil de 1.970, la legislación ha previsto la amigable composición; en aquella normatividad en el artículo 677, luego adoptada por los artículos 51 y 52 del Decreto 2279 de 1.989, adicionada por el artículo 16 de la ley 23 de 1.991. No resulta exótica a la legislación colombiana, el pacto de amigable composición en los términos acordados en el convenio demandado. Antes de celebrarse el acuerdo, en el momento de su celebración y hoy, ha existido norma positiva que permite acudir a tal procedimiento como medio extrajudicial de solución de conflictos.(pág. 32)

En relación con el carácter meramente contractual de la amigable composición y la función de los amigables componedores, siguiendo la providencia en cita, debe advertirse que a las partes asiste libertad para pactar lo que estimen conveniente en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición, pues este aspecto no está regulado por la ley. La circunstancia de que se establezca en el correspondiente contrato que la decisión que tomen deba serlo por mayoría, en manera alguna implica que la decisión adquiera carácter judicial, "dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia", conforme lo expresa el Consejo de Estado en la referida sentencia.

Igualmente, no puede perderse de vista que, en la actualidad, siguiendo las disposiciones legales, la amigable composición responde a lineamientos que se avienen con la comprensión tradicionalmente dada a la amigable composición como mecanismo convencional de solución de diferencias y discrepancias entre las partes de un contrato<sup>3</sup>.

En efecto, la Ley 446 de 1998, en esta materia de la amigable composición subroga la legislación anterior y reitera que tal institución es un mecanismo de solución de conflictos cuyas características, siguiendo los artículos 130 a 132, ibidem, pueden tipificarse así: (i) delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable

componedor – que podrá ser singular o plural-, ( iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iiii) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (iiii) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.

Para la Corte, entonces, la actividad cumplida por la Cámara de Comercio de Medellín, al efectuar el encargo derivado del acuerdo de las partes contratantes, se enmarca dentro de su órbita de actividad particular, no significa ejercicio de función pública de aquellas que las entidades de su categoría tienen encomendadas por la propia ley, como las de llevar el registro mercantil (Art. 86, C. de Co.), o la inscripción y registro de personas jurídicas sin fin lucrativo y de ciertos actos de éstas (Decreto ley 2150 de 1995, Art. 40 a 45) o el registro de proponentes para la contratación de las entidades estatales (Ley 80 de 1993).

Así mismo, es claro, en armonía con lo arriba expuesto, que la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública; ella se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad.

Al respecto, la Sala estima conveniente distinguir el supuesto que ocupa su atención, de otros en los cuales la actividad cumplida por particulares, en general, y por los centros de conciliación, como el de la Cámara de Comercio de Medellín, en especial, si ha de encasillarse en el ámbito de las funciones públicas, tal como puso de presente esta misma Corporación, al resolver la acción de tutela interpuesta contra la Cámara de Comercio de Bogotá, en relación con la actuación cumplida por esa entidad dirigida a la organización y funcionamiento de un Tribunal de Arbitramento.

Allí precisó la Corporación:

“En particular, la etapa pre-arbitral aunque sea conducida por los directores de los centros de arbitraje, es objeto de estricta regulación por parte de la ley, que como se ha visto proyecta en ella un conjunto de normas imperativas que no pueden dejar de ser aplicadas por aquéllos. Esta fase inicial está compuesta por una serie de actos de carácter procesal, a los que se adicionan otros de naturaleza puramente material u operativa, necesarios unos y otros para la conformación ulterior del Tribunal. En este tramo preliminar tienen lugar actos tan significativos como el de la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria al Tribunal

de Arbitramento, el traslado y la contestación de la demanda arbitral.

De esta forma de acuerdo a la normatividad vigente - Decreto 2651 de 1991, derogado por la Ley 446 de 1998, compilada en el Decreto 1818 de 1998 -, “las partes pueden dirigir su solicitud de convocatoria al centro de arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar de domicilio de la otra parte, es decir, del demandado”. Luego de presentada la solicitud, según el artículo 121 de la ley 446 de 1998, que hace remisión a los artículos 428 a 430 del Código de Procedimiento Civil, el director del Centro de Arbitraje debe pronunciarse sobre la admisión de la demanda. Teniendo la posibilidad de admitirla, inadmitirla o rechazarla la demanda, y la obligación de resolver el recurso de reposición que pueda ser interpuesto.

Igualmente, en este estadio al director del Centro de Arbitraje incumbe ejercer poderes procesales que traslucen una clara e indubitable función pública como son los relacionados con las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación etc. “(Sentencia SU-600 de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) -Subrayas fuera de texto-.

De manera sucinta se puede, entonces, precisar en torno de la amigable composición, el arbitramento y la acción que pueden desplegar los particulares para la integración de una y otro, lo siguiente:

- La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.

- Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política (Art. 116).

- La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de heterocomposición.

- La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica.

- La amigable composición concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción; el arbitramento concluye en laudo que produce los efectos propios de las sentencias judiciales.

En atención a las características diferenciales enunciadas, se puede concluir entonces que, mientras la amigable composición surge plenamente del contrato, el arbitramento lo hace de la propia Constitución y la ley que dan eficacia al acuerdo de voluntades para que mediante él se derogue la jurisdicción, por principio, privativa del Estado.

De las características de una y otra institución, cabe deducir particularidades acerca de las condiciones que han de reunir los particulares a quienes se encomiende la misión de escoger a los amigables componedores y a los miembros de un Tribunal de Arbitramento, respectivamente.

La integración de la amigable composición puede confiarse a “terceros” ajenos a los contratantes, sean aquellos personas naturales o jurídicas, no están sometidos a calificación especial; en cambio, la integración y puesta en marcha de los Tribunales de Arbitramento, y del proceso arbitral, ha de efectuarse con observancia de procedimientos especialmente ordenados por la ley, ante las entidades privadas que tengan autorización estatal para tal efecto, la cual se otorga previo el cumplimiento de condiciones legalmente previstas para su organización y funcionamiento (Centros de Conciliación y Arbitraje) y en los casos previstos en la ley, en el respectivo contrato o en el compromiso.

Dentro del trámite impulsado para designar los amigables componedores, el particular a quien tal actividad se haya encomendado no puede hacer calificación alguna sobre su aptitud para efectuarlo, ni puede emitir acto vinculante, salvo la propia escogencia del componedor o componedores ; mientras que en el trámite encaminado a la integración del Tribunal de Arbitramento, sí.

Como se destacó por esta Corporación en la ya citada sentencia SU-600 de 1999:

“(…) La regulación procesal de la etapa pre-arbitral le atribuye suficientes facultades al director del Centro de Arbitraje con el objeto de que pueda tomar la decisión sobre su propia competencia como Centro de Arbitraje, la cual no se puede confundir con la jurisdicción o competencia del Tribunal de Arbitramento

13. El examen jurídico que necesariamente ha de realizar el Centro para fijar su competencia como institución arbitral, debe ser suficientemente riguroso y diligente como para permitirle afirmar de manera fundada que aquél corresponde al Centro de Arbitraje acordado y que concurren, de otro lado, los elementos formales indispensables para impulsar la etapa pre-arbitral. No es admisible sostener que el Centro se encuentre impedido para efectuar este escrutinio de su competencia. Hacerlo obedece a un imperativo jurídico y prudencial, que en modo alguno significa dirimir la controversia ni tiene por efecto resolver sobre la validez de los pactos convenidos. Atendida la finalidad de este ejercicio y su alcance restringido al propósito perseguido - fijación de la competencia del Centro de Arbitraje para tramitar por su conducto e impulsar la conformación de un Tribunal de Arbitramento -, la fuente de legitimidad de la actuación del Centro no es distinta de la ley que le asigna distintas funciones a lo largo de la etapa pre-arbitral, entre ellas la de admitir la solicitud convocatoria a un Tribunal de Arbitramento y la de rechazarla, cuyo ejercicio diligente debe ajustarse a las normas legales.” ( Pag 19 y 20)

No siendo, entonces, actividad pública que trasunta ejercicio de funciones administrativas o la prestación de servicio público, la actividad que desarrolla un particular -Centro de Arbitraje o no, persona natural o jurídica- al designar por virtud de acuerdo autónomo de las partes de un contrato, amigables componedores, encuentra la Corte que no se cumplen, por este aspecto, en el caso presente de designación del amigable componedor efectuada por la Cámara de Comercio de Medellín, los supuestos legales básicos exigidos para la procedencia de la tutela contra particulares, en armonía con el artículo 86 de la Constitución, pues como ha quedado establecido, las entidades accionadas son entidades de carácter privado que no ejercen funciones administrativas, o que tengan a cargo la prestación de servicios públicos.

Empero, la Corte debe analizar si la ETMVA se encuentra en estado de subordinación respecto de la Cámara de Comercio de Medellín, de tal manera que ésta entidad pueda

ejercitar potestades que le permitan imponer de manera irresistible para ésta obligaciones a la ETMVA.

Como ya se ha expresado, para la Corte, la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato.

Las partes pueden convenir en resolver ellas directamente las controversias o encomendar a una o más personas que les presenten fórmulas de arreglo o que las adopten, siempre a nombre y en representación de las partes contratantes. La fuerza de su decisión proviene exclusivamente del Contrato. Esa característica comporta la ausencia de formalidades legalmente imperativas tanto para la escogencia de los amigables componedores, como para el desarrollo del trabajo a éstos encomendado. El encargo de la Cámara de Comercio y el “poder” de designación surgen directamente de la voluntad de las partes y en ella misma se agota, por lo que no puede predicarse potestad alguna de la Cámara, y en general de los terceros que reciban encargo similar, para imponer a las partes dicha designación. La aceptación viene dada por el acuerdo de voluntades de los contratantes.

La subordinación, en cambio, como lo ha precisado de manera permanente esta Corporación, “alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen”.<sup>4</sup>

La configuración de la indefensión del accionante y su incidencia en el presente caso se analizará por la Corte a propósito de la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de salvaguarda de los derechos fundamentales ( No. 5).

#### 4. La existencia y procedencia de otra vía judicial.

Si bien es cierto que las consideraciones que se han enunciado llevan a la clara conclusión de la improcedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección de los derechos constitucionales fundamentales invocados por el accionante no es impertinente que la Corte analice a continuación lo relativo a la existencia y procedencia de otra vía judicial.

Conforme a la constitución y a la ley, la procedencia de la acción de tutela se halla condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Art. 86).

Entonces, se debe precisar si en el presente caso el afectado, la ETMVA, cuenta con otro medio de defensa judicial.

Como se ha establecido en los antecedentes, la protección solicitada ha surgido dentro del ámbito contractual y precisamente con ocasión de la petición que hizo el Consorcio a la Cámara de Comercio de Medellín, la cual se funda en la vigencia del acuerdo contractual del 13 de febrero de 1992 y en los acuerdos de desarrollo de 1992.

De otra parte, la posición de la ETMVA, al interponer la acción de tutela contra el acto de nombramiento del amigable componedor, se fundamenta en que, a su juicio, lo acordado en el contrato adicional de febrero 14 de 1992 fue explícitamente superado por las mismas partes en el acuerdo adicional de 1994. Estos convenios han sido celebrados por las partes en desarrollo del contrato 049 de 1984 celebrado en el marco de las normas sobre contratación de la Administración Pública (Decreto ley 222 de 1983) según se evidencia en los enunciados y contenido del mismo, al cual se hizo alusión.

Como es sabido, por principio, el juez de los litigios que surjan con ocasión de los contratos de la administración es el juez de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Ley 80 de 1993, Art. 75). No obstante, como se recuerda en la sentencia citada del Consejo de Estado del 26 de febrero de 1998, ya durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 se autorizaba a las partes de los contratos de la administración la inclusión de cláusulas compromisorias o la celebración de compromisos o pactos comisorios, con el fin de someter a la decisión de árbitros los litigios surgidos del contrato, así como la posibilidad de acudir a mecanismos de arreglo directo de los litigios como el significado por la amigable composición. Esas posibilidades han sido reiteradas por la legislación posterior, como se constata en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 446 de 1998, que en los mencionados aspectos subrogó la Ley 80 de 1993, donde se dispone que las entidades estatales han de buscar en forma ágil, rápida y directa la solución a las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Y con tal fin se autoriza a tales entidades a acudir, entre otros mecanismos, a la conciliación, amigable composición y transacción (Ley 80 de 1993, Art. 68).

En el presente caso, como se ha destacado, la discusión entre las partes ha surgido en torno del contenido de una cláusula contractual y de la vigencia de la misma, teniendo en cuenta que las partes, además del contrato principal donde se incluyó originariamente un mecanismo derogatorio de la jurisdicción del contrato, han celebrado convenios adicionales de aquel mediante los cuales, aparentemente, han modificado los mecanismos de solución de los conflictos que surjan con ocasión de su relación contractual. Se está frente a un asunto que toca de manera directa con la interpretación del contrato y la vigencia o no de las cláusulas del mismo que han de guiar la conducta de las partes, en cuanto a los mecanismos que ellas mismas han previsto, con fundamento en la ley, para la solución de los conflictos como medios de autocomposición o heterocomposición, alternativos a la acción del juez en lo contencioso administrativo.

Precisamente, las partes del contrato, y en especial la entidad accionante en tutela, así lo han entendido al poner en marcha la jurisdicción para que estudiara y resolviera acerca de la validez de la cláusula octava del convenio o contrato adicional al 049 de 1984 que ellas suscribieron el 13 de febrero de 1992 y respecto del cual se pronunció el Consejo de Estado, en segunda instancia, en el sentido de revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que había declarado la nulidad de la citada cláusula y en su lugar, declarar la improcedencia de la petición de nulidad.

En la actualidad, como se expresó en los antecedentes, la propia accionante, dentro del proceso iniciado por virtud de demanda presentada por el Consorcio contratista contra decisiones de terminación unilateral del contrato, tiene planteada, dentro de demanda de reconvención pendiente de resolución por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, la petición de inexistencia de la cláusula octava del pluricitado convenio adicional de 13 de febrero de 1992.

Las anteriores consideraciones han de ser suficientes para llevar a la Corte al entendimiento de que no solo existe una vía alternativa para que las partes contractuales, y en especial la accionante, obtengan solución de sus conflictos contractuales acerca, no exclusivamente, de la normatividad “contractual” aplicable, conforme a lo pactado por ellas mismas, y en relación con las diferencias y discrepancias surgidas de la ejecución del vínculo convencional que en desarrollo de su autonomía las une, sino que está en plena actividad propuesta por la accionante. La circunstancia de que el juez de segunda instancia dentro del proceso de tutela

haya ordenado dejar sin efecto las medidas adoptadas por el a quo en cuanto a la tutela transitoria, condicionada por este último a la formulación ante el juez administrativo de demanda orientada a la solución en el fondo del litigio, no altera la situación actualmente vigente en cuanto al sometimiento a la definición que haga el juez administrativo, como juez del contrato, pues el proceso respectivo ha de seguir su marcha hasta la culminación con sentencia que resuelva de manera definitiva la controversia entre las partes.

No sobra recordar en este punto la permanente jurisprudencia de la Corporación, en cuanto a la falta de idoneidad, por principio, de la acción de tutela para la búsqueda de solución de conflictos contractuales y de la protección de derechos fundamentales que pudieren eventualmente resultar afectados.

Esta Corte siempre ha expresado que la circunstancia de que las relaciones contractuales estén regidas por los principios y valores constitucionales, no significa la constitucionalización de los derechos de las partes, ni de las situaciones subjetivas que de allí surjan :

“El derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones o garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas y pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido”.<sup>5</sup>

La acción de tutela, ha dicho también la Corte, no procede para la resolución de los conflictos derivados de la actividad contractual, pues el particular dispone de otro medio de defensa judicial, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria<sup>6</sup>. Y esa vía ordinaria es, además de la directamente establecida en la ley, la que en ocasiones puede surgir de la voluntad de las partes contratantes, conforme a las disposiciones legales, como sucede con la conciliación, la amigable composición, el arbitraje etc.

Además, la vía de la tutela es acción residual y subsidiaria que no está llamada a proceder como mecanismo alternativo o sustituto de las vías legales de protección de derechos fundamentales<sup>7</sup>.

Ahora bien, la propia Corte ha reconocido que la regla de la improcedencia de la acción de tutela en materia contractual (administrativa, civil, comercial etc.) conoce excepciones cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable<sup>8</sup>, o cuando, de manera general, los demás medios de defensa “se revelen como insuficientes o inidóneos”<sup>9</sup>. Por ello, no obstante el carácter contractual de la relación dentro de la cual ha surgido la controversia sujeta a decisión, a continuación se analizará la posible configuración de situación de indefensión y el perjuicio irreparable.

5. La tutela como mecanismo transitorio, la situación de indefensión y la configuración del perjuicio irremediable.

Procede la Corte, entonces, a establecer si de la actuación surtida por la Cámara de Comercio de Medellín puede configurarse una situación de indefensión de la ETMVA que amerite la protección transitoria de la jurisdicción constitucional conforme al mandato del artículo 86 constitucional, en cuanto de aquella se genere un perjuicio irremediable en el ámbito de los derechos fundamentales invocados por el accionante, es decir los de debido proceso y de acceso a la justicia.

5.1. Dentro de esta perspectiva es pertinente que la Corte se detenga de antemano en el contenido de la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 en cuanto ella ha servido de base para desatar el instrumento en torno del cual se suscita el ejercicio de la acción de tutela.

Las partes del contrato 049 de 1.984, en ejercicio de su autónoma voluntad acordaron que para los efectos de la solución de reclamos presentados por el Consorcio - los que ellas mismas identifican como reclamos 1 a 18- acudirán al mecanismo de la amigable composición. Al respecto previeron que las decisiones de los amigables componedores se fundamentarán en derecho y que si por este procedimiento no se obtienen fórmulas positivas que conduzcan a dirimir con fundamento en la ley y en el contrato las diferencias anotadas, someterán los asuntos pendientes a arbitraje internacional, en los términos de la convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional, el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República de Colombia, mediante la ley 39 de 1990.

La ETMVA y EL CONSORCIO HISPANO ALEMAN establecieron también que en caso de que se

omitire por la parte interesada hacer el nombramiento de su amigable componedor, dentro del plazo previsto en el documento sobre “procedimiento acordado para la integración y funcionamiento de los componedores”, suscrito por las partes el 2 de junio de 1993, el nombramiento lo habrá de realizar para la EMPRESA el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín y para el Contratista el Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. El tercer componedor será designado por acuerdo entre las partes y en defecto de éste una vez superado el plazo establecido por las mismas partes será escogido por la Cámara de Comercio Internacional de París (C.C.I.).

Como se aprecia, la amigable composición está destinada a la solución de las diferencias y discrepancias suscitadas entre las partes, circunscrita a los denominados reclamos 1 a 18, en términos de que la decisión de los componedores es obligatoria para las partes y genera entre éstas los efectos relativos de la transacción, “de cosa juzgada en última instancia”( C.C.C., artículo 2483), es decir, la imposibilidad de debatir ulteriormente sobre las soluciones adoptadas.

Si bien es cierto que de conformidad con la ley, los acuerdos transaccionales pueden ser ulteriormente impugnados, esa posibilidad sólo abarca los supuestos específicos de nulidad y rescisión, en los términos del Código Civil. En el primer caso, si se ha obtenido por títulos falsificados y por dolo o violencia y, en el segundo, si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho al objeto sobre el cual se ha transigido y éstos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos para la parte cuyos derechos favorecen (Artículos 2476 y 2482 del C.C.C.).

5.2. El debido proceso se ha de aplicar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Artículo 29 de la C.P.) y en el entendimiento que de tiempo atrás le ha dado esta Corporación es aquel que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material y constituye garantía de legalidad procesal que pretende dentro de sus fines proteger a los individuos en su dignidad, personalidad y desarrollo frente a eventuales arbitrariedades amparadas en el ejercicio del poder<sup>10</sup>.

En armonía con las características básicas enunciadas es claro que en el ámbito estricto de la amigable composición, en principio no cabe deducir violación alguna de ninguno de los

derechos que alega el accionante. En efecto, siendo la amigable composición actividad que no trasciende el contexto meramente contractual, que no refleja ejercicio de funciones públicas, es claro que no puede hablarse de un proceso en el sentido público y propio del término ; corresponde a las partes determinar cómo entienden que debe adelantarse ese mecanismo de arreglo directo de sus controversias. La ley como ya se expresó solo otorga a la amigable composición los efectos de transacción, entre las partes.

Por lo anterior, es claro, entonces, que del hecho de que las partes hayan convenido acudir de antemano al mecanismo de la amigable composición no se sigue transgresión alguna del debido proceso ni de la garantía de acceso a la justicia. Cualquier desviación en que incurran las partes y sus delegados, pues ese carácter tienen los amigables componedores, habrá de solucionarse de acuerdo con lo previsto en el propio contrato o por el juez competente y no por el juez constitucional pues en esos casos no entran en juego derechos constitucionales fundamentales.

Ahora bien en el caso subjudice las partes pactaron que la amigable composición fuera paso previo necesario para acudir a la instancia judicial, significada ya sea por la sujeción de las controversias, restantes a las resueltas por los amigables compositores, al arbitraje internacional -contrato adicional de 13 de febrero de 1.992- o a un comité conjunto y a ulterior arbitraje nacional- convenio de 14 de junio de 1.994-. Una vez resuelto por el juez del contrato el conflicto suscitado entre las partes sobre cual de esos convenios haya de reputarse vigente y aplicable serán de plena observancia tales derechos fundamentales pues en el desarrollo de los procesos arbitrales si podrían resultar efectivamente transgredidos.

No obstante, para efecto de resolver sobre la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, cabe preguntar si la puesta en marcha de la amigable composición, en la forma en que ha ocurrido en el presente caso, como lo postula el accionante, puede lesionar, con carácter de irremediable el derecho al acceso a la justicia.

Al respecto, es evidente que del desarrollo de la dicha amigable composición, conforme al convenio adicional al contrato 049 de 1984 invocado por el Consorcio ante la Cámara de Comercio de Medellín, se genera, como consecuencia inevitable e inescindible, para la solución de los reclamos no resueltos por los amigables componedores, la convocatoria del arbitraje internacional. Y es precisamente esa consecuencia la que impugna el accionante

para quien la fórmula contractualmente aplicable es, como ya se ha repetido la del arbitraje nacional, previsto en el convenio adicional de 14 de junio de 1.994.

Así las cosas, para la Corte la puesta en marcha de la amigable composición, estando pendiente de resolver por el juez competente la petición sobre definición de la vía idónea para decidir los reclamos formulados por el Consorcio Hispano Alemán, acarrea, como lo entendió el juez de primera instancia y lo postula la accionante, un perjuicio irremediable en contra de los derechos constitucionales fundamentales de la ETMVA al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que amerita, como medida transitoria, que se acceda al amparo y se adopten con ese carácter medidas que suspendan el funcionamiento de la amigable composición.

En efecto, desatar el mecanismo de la amigable composición, con aplicación prevalente del contrato adicional de 13 de febrero de 1.992 puede llevar a que mientras él se adelanta, con las consecuencias contractuales establecidas de continuar hacia la conformación de un arbitraje internacional, sobrevenga decisión definitiva y que ésta pudiere ser contraria a la vigencia y prevalencia de ese mecanismo.

Entonces, en la medida en que hay disputa entre las partes del contrato 049 de 1.984 acerca de la vía de solución de los conflictos surgidos de la ejecución del contrato sin que exista claridad sobre cual de las que aparecen pactadas es la idónea, conforme a la voluntad de ellas mismas, resulta lesivo del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia en los términos definidos por la Corte, el que se imponga sin que medie decisión definitiva del juez del contrato, el seguimiento del procedimiento previsto en el convenio adicional de 13 de febrero de 1.992 y no el dispuesto en el convenio adicional de 14 de junio de 1.994, pues en este evento, según ya se dio cuenta, se genera para el accionante una situación de indefensión que lleva de manera ineluctable a la configuración de un perjuicio irremediable, lo que amerita la actuación del juez constitucional a través de medidas transitorias de amparo.

En este punto ha de recordarse que, como lo ha sostenido esta Corporación desde la sentencia T-290 de 1.993, la indefensión “no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad

de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”.

5.3. Como se ha relatado en los antecedentes, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín otorgó la protección solicitada por el accionante como mecanismo transitorio, mientras se resuelve de manera definitiva por el juez competente sobre la idoneidad del instrumento de solución de los conflictos contractuales derivados del contrato 049 de 1.984. Esa protección se ha proyectado en el sentido de que la Cámara de Comercio de Medellín, mientras se adelanta el proceso respectivo ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, debe abstenerse de efectuar el nombramiento del amigable componedor que de acuerdo con el propio convenio adicional suscrito entre las partes el 13 de febrero de 1.992 tendría vocación para actuar en nombre de la ETVMA.

Aparece dentro del expediente que efectivamente cursa ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la demanda de reconvención formulada por la ETMVA en la cual se incluye la petición para que esa autoridad resuelva sobre el mecanismo contractual idóneo para la solución del litigio contractual que enfrenta a las partes del Contrato 049 de 1.984.

En la sentencia de segunda instancia, acerca del contenido de la petición de tutela tal como se formuló por el accionante en el sentido de que “el juez de tutela ordene la revocación del nombramiento de amigable componedor, o que la efectúe directamente, que se contiene en “la decisión adoptada el pasado día 11 de marzo de 1998, la cual fue confirmada el 30 de marzo del mismo año y por consiguiente de abrir el espacio para que posteriormente se instale un Tribunal de Arbitramento Internacional porque con ello se violan los derechos constitucionales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia”, se hace la observación de que en la medida en que las personas designadas no han aceptado no puede impartirse orden alguna de tutela.

Sobre el particular la Corte precisa que la circunstancia de que las personas designadas no hayan aceptado el nombramiento no releva al juez de la medida transitoria de protección, pues se trata de precaver que no se genere la situación de indefensión que llevaría a la violación de los derechos fundamentales invocados.

En armonía con las consideraciones expuestas y con fundamento en ellas, la Corte no encuentra procedente la acción ejercitada como mecanismo definitivo de protección pero habrá de confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín

que concedió la tutela impetrada como mecanismo transitorio de garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- Confirmar, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de primera instancia proferida el día 20 de mayo de 1999 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín por medio de la cual concedió como mecanismo transitorio de garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia la tutela impetrada por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá contra la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán. Esta medida permanecerá en vigencia hasta tanto se profiera providencia definitiva por el juez competente de la controversia contractual entre las partes.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.091/00

PERJUICIO IRREMEDIABLE A EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA-  
Inexistencia (Salvamento de voto)

El perjuicio irremediable distaba de configurarse, salvo que equivocadamente se sostuviera que las decisiones judiciales (v. gr. del tribunal de arbitramento), que suelen avizorarse en el horizonte de una relación contractual como ocurrencia más o menos probable, generan per se un perjuicio irremediable. Tampoco puede sostenerse la existencia de una situación de indefensión, pues ella no es predicable frente a las autoridades judiciales. Finalmente, no podría alegarse el desconocimiento del juez natural, dado que este extremo sería uno de los aspectos a debatir en sede judicial.

ACCION DE TUTELA CONTRA CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLIN-Conducta que se censura es resultado de ejecución de un contrato (Salvamento de voto)

La conducta de la Cámara de Comercio de Medellín que se censura es el resultado de la ejecución de un contrato, el cual se presume válido mientras que la autoridad judicial no disponga lo contrario. Así las cosas, la situación jurídica de ETMVA se explica en los términos del contrato suscrito. En efecto, la actuación del Consorcio Hispano Alemán y la conducta del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, se inscriben en el marco del contrato estipulado, cuyo alcance puede discutirse entre las partes, sin que la materia se transforme en un asunto constitucional. La conducta ajustada al contrato es legítima; si, en cambio, una parte obra en sentido contrario, según el criterio del otro sujeto contractual, se suscita una diferencia contractual que no permite al juez constitucional, antes de su resolución, calificar como legítima o ilegítima la actuación objetada, salvo que decida

perder su imparcialidad. La única faceta de la controversia contractual que podría tener relevancia constitucional, sería la aparente indefensión del actor ante la actuación contractual de la otra parte que, concretamente, podría conducir a la conformación de un tribunal de arbitramento internacional. Se ha demostrado que aún en esta situación - que no tiene el carácter de amenaza de violación de ningún derecho fundamental, ya que pertenece a la dinámica de una relación contractual-, el actor de la tutela tendría suficientes oportunidades para objetar la validez o vigencia de la cláusula contractual y, en consecuencia, la competencia misma del Tribunal de Arbitramento.

Referencia: expediente T-241.138

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. - ETMVA- contra la Cámara de Comercio de Medellín -Centro de Conciliación y Arbitraje- y el Consorcio Hispano Alemán.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GÁLVIS

1. Con el acostumbrado respeto presento las razones por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria. A continuación transcribo el argumento central de la sentencia de la referencia, el cual no comparto.

“Así las cosas, para la Corte la puesta en marcha de la amigable composición, estando pendiente de resolver por el juez competente la petición sobre definición de la vía idónea para decidir los reclamos formulados por el Consorcio Hispano Alemán, acarrea, como lo entendió el juez de primera instancia y lo postula la accionante, un perjuicio irremediable en contra de los derechos constitucionales fundamentales de ETMVA al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que amerita, como medida transitoria, que se acceda al amparo y se adopten con ese carácter medidas que suspendan el funcionamiento de la amigable composición.

En efecto, desatar el mecanismo de la amigable composición, con aplicación prevalente del contrato adicional de 13 de febrero de 1992 puede llevar a que mientras él se adelanta, con las consecuencias contractuales establecidas de continuar hacia la conformación de un

arbitraje internacional, sobrevenga decisión definitiva y que ésta pudiere ser contraria a la vigencia y prevalencia de este mecanismo.

Entonces, en la medida en que hay disputa entre las partes del contrato 09 de 1984 acerca de la vía de solución de los conflictos surgidos de la ejecución del contrato sin que exista claridad sobre cual de las que aparecen pactadas es la idónea, conforme a la voluntad de las mismas, resulta lesivo del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia en los términos definidos por la Corte, el que se imponga sin que medie decisión definitiva del juez del contrato, el seguimiento del procedimiento previsto en el convenio adicional de 13 de febrero de 1992 y no el dispuesto en el convenio adicional de 14 de junio de 1994, pues en este evento, según ya se dio cuenta, se genera para el accionante una situación de indefensión que lleva de manera ineluctable a la configuración de un perjuicio irremediable, lo que amerita la actuación del juez constitucional a través de medidas transitorias de amparo”.

Como se desprende de esta argumentación, la idea central que sustenta la decisión reside en que se generaría un perjuicio irremediable en caso de que la controversia entre ETVMA y el Consorcio Hispano Alemán, en un momento dado, pudiera ser resuelto por un tribunal de arbitramento. La situación de indefensión es un argumento adicional que apoya esta tesis.

2. Según se indica en los antecedentes de la sentencia, la cláusula octava del acuerdo del 13 de febrero de 1992 disponía que en caso de fracasar la amigable composición, se iniciaría un proceso de arbitramento internacional, en los “términos de la Convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional, el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República mediante la ley 29 de 1990”.

La mencionada convención tiene por objeto regular el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El artículo V de la convención prescribe:

“1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje....”

De esta disposición, a la cual acordaron someter el arbitraje, se desprende que ETMVA tiene la oportunidad de oponerse tanto a la eventual constitución del tribunal como a la ejecución de la sentencia, siempre y cuando el Consejo de Estado profiera su decisión en el sentido de que el contrato adicional del 13 de febrero de 1993 no está vigente, puesto que ello indudablemente implicaría que “[La] constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”.

Lo anterior es prueba suficiente de que aún en el evento de que el tribunal internacional de arbitramento dictara su laudo, no cabe desde ahora afirmar la existencia de un perjuicio irremediable. Antes y después de este acontecimiento puramente hipotético, el actor tiene suficientes defensas jurídicas para ejecutar sus derechos y sustentar sus pretensiones.

3. Si lo anterior no fuera bastante como para haber denegado la tutela, faltaría señalar que en el contrato adicional del 13 de febrero de 1993 se dispuso someter las disputas a la amigable composición y, en caso de que dicho mecanismo no tuviere éxito, se convino que entonces se convocaría un tribunal de arbitramento en los “términos de la Convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional, el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República mediante la ley 29 de 1990”. Dicho tribunal de arbitramento se ajustaría al “reglamento de arbitraje de la comisión de las naciones unidas”.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional expidió la resolución 31/98, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976, mediante la cual se adoptó el reglamento de arbitraje de la CNUDMI. El artículo 21 del reglamento está destinado a regular lo relativo a la “declinatoria de la competencia del Tribunal Arbitral”:

“Artículo 21.

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de

competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entraña ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria.

4. En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.”

Como se puede apreciar, uno de los asuntos que le compete al tribunal resolver es lo atinente a determinar su propia competencia. Ello implica que existía, aún antes de apelar a la “Convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional, el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República mediante la ley 29 de 1990”, la posibilidad de que, por vía judicial -no puede desconocerse el carácter judicial del arbitramento-, se objetara la validez y los efectos del contrato adicional del 13 de febrero de 1993.

Por lo expuesto, el perjuicio irremediable distaba de configurarse, salvo que equivocadamente se sostuviera que las decisiones judiciales (v. gr. del tribunal de arbitramento), que suelen avizorarse en el horizonte de una relación contractual como ocurrencia más o menos probable, generan per se un perjuicio irremediable. Tampoco puede sostenerse la existencia de una situación de indefensión, pues ella no es predicable frente a las autoridades judiciales. Finalmente, no podría alegarse el desconocimiento del juez natural, dado que este extremo sería uno de los aspectos a debatir en sede judicial.

4. De conformidad con lo dispuesto en el contrato adicional del 13 de febrero de 1993, en caso de que ETMVA no nombrara a su amigable componedor, le correspondería a la Cámara de Comercio de Medellín designarlo. De acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la sentencia, el día 11 de marzo de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, a instancias del Consorcio Hispano Alemán, procedió a designar un

amigable componedor, a fin de que se iniciara el trámite de la composición. Este hecho, en opinión de la mayoría, coloca a ETMVA en estado de indefensión, por la ausencia de “posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de” sus derechos constitucionales.

La conducta de la Cámara de Comercio de Medellín que se censura es el resultado de la ejecución de un contrato, el cual se presume válido mientras que la autoridad judicial no disponga lo contrario. Así las cosas, la situación jurídica de ETMVA se explica en los términos del contrato suscrito. En efecto, la actuación del Consorcio Hispano Alemán y la conducta del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, se inscriben en el marco del contrato estipulado, cuyo alcance puede discutirse entre las partes, sin que la materia se transforme en un asunto constitucional.

La conducta ajustada al contrato es legítima; si, en cambio, una parte obra en sentido contrario, según el criterio del otro sujeto contractual, se suscita una diferencia contractual que no permite al juez constitucional, antes de su resolución, calificar como legítima o ilegítima la actuación objetada, salvo que decida perder su imparcialidad.

La única faceta de la controversia contractual que podría tener relevancia constitucional, sería la aparente indefensión del actor ante la actuación contractual de la otra parte que, concretamente, podría conducir a la conformación de un tribunal de arbitramento internacional. Se ha demostrado que aún en esta situación - que no tiene el carácter de amenaza de violación de ningún derecho fundamental, ya que pertenece a la dinámica de una relación contractual-, el actor de la tutela tendría suficientes oportunidades para objetar la validez o vigencia de la cláusula contractual y, en consecuencia, la competencia misma del Tribunal de Arbitramento.

La tutela pierde su esencia tuitiva de los derechos fundamentales, cuando meros intereses y posiciones contractuales se convierten en derechos de esa estirpe. Por el aspecto procesal, también se desnaturaliza la tutela cuando artificialmente se construyen soluciones ad hoc para resolver diferencias contractuales que deben definirse por la vía ordinaria o arbitral que, además, no tienen de suyo ninguna relevancia constitucional.

La Corte, por vía pretoriana, simplemente se ha dado a la tarea de construir un dispositivo procesal para paralizar la actuación contractual de una parte, mientras el juez administrativo

define la validez de la cláusula contractual pertinente. En ausencia de una norma legal que asocie a la instauración de un proceso judicial ordinario, la automática suspensión de la cláusula contractual controvertida, la Corte ha resuelto que la tutela puede cumplir esa función. Se asume que, de lo contrario, el futuro fallo judicial podría ser inocuo. Artificialmente se iluminan escenarios hipotéticos que conducen a una aparente indefensión. Se advierte una violación al debido proceso inexistente, puesto que ninguna autoridad judicial lo ha vulnerado y, obviamente, el quebranto sobre el que se conjetura no puede ser imputado a un simple sujeto contractual particular. Pero, incluso, si este particular se empeña en sujetarse a la cláusula que el actor estima sin vigencia, puede el actor ejercitar en sede judicial o arbitral la debida defensa de la posición contraria.

Resulta extraño al mecanismo judicial de la tutela que por razones de conveniencia contractual que favorecen a una de las partes de un contrato, se le asigne una función que nada tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales: paralizar el comportamiento contractual de un sujeto contractual, mientras se decide en un proceso judicial una pretensión elevada por la otra parte y referida al mismo contrato.

La tutela no puede convertirse en la arcilla fácil para crear soluciones procesales que son del resorte del legislador y que se adaptan a la conveniencia de los intereses contractuales de una persona jurídica. Se ha abierto un capítulo de la tutela corporativa, alejada por completo de lo que debe ser el eje de esta acción: la defensa de los derechos fundamentales.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

3 Sobre las características de la amigable composición en el derecho colombiano, y por su utilidad para el entendimiento de la misma en el caso sub examine, es pertinente traer lo que al respecto enseñaba el tratadista Hernando Morales Molina:

“480. En los mismos casos, en que procede el arbitraje, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores, cuya declaración tiene valor contractual entre ellos,

pero no produce efectos de laudo arbitral (Art. 677). Se trata de que dos personas que tienen una diferencia de las que podrían ser objeto de arbitramento o sea cuestiones declarativas y no ejecutivas, en vez de celebrar un compromiso resuelven, de común acuerdo, someterla a otra u otras personas, cuyo número no tiene límite, que escogen del consuno y se obligan a aceptar su decisión, que no proviniendo del deudor, en su caso jamás puede ser título ejecutivo.

No es entonces un tribunal sino, como su nombre lo indica, la composición de la diferencia por terceros no investidos de jurisdicción, por la cual su fallo carece de fuerza jurisdiccional y solo obliga a las partes contractualmente, vale decir que éstas pueden cumplirlo o no, y su incumplimiento sólo acarrea la indemnización de perjuicios, pues a la decisión no puede hacerse producir efectos ante la justicia ordinaria.

Por tanto, en este caso la cuestión litigiosa queda viva, y podrá plantearse ante los jueces comunes o ante un tribunal de arbitramento legalmente constituido, no obstante la vigencia de la amigable composición, pues ésta no es proceso.

Los amigables componedores son autónomos para oír a las partes en la forma que lo consideren adecuado, y si fuere el caso para recibir las pruebas que ellas les presenten ; también pueden resolver de plano la diferencia y hacerles saber a las partes lo decidido por escrito, para que éstas conozcan la solución. Los amigables componedores no requieren ser colombiano, ni abogados aunque la cuestión fuere de puro derecho. Y para decidir no los obliga sino la equidad”<sup>3</sup>.

4 Sentencia T- 290/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T- 242/93, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Ver, entre otras, las Sentencias T-231 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-340 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara; T-080 de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

7 Ver la Sentencia T 287 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Ver la Sentencia T- 080 de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

9 Ver la Sentencia T 231 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Sentencia T-001-93. M.P. Doctor Jaime Sanin Greiffenstein

11 Sentencia T-400/93. M.P. Doctor José Gregorio Hernandez Galindo