

SU556-16

Sentencia SU556/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Existen recursos de anulación y homologación para controvertir los laudos arbitrales

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional por vulneración de derechos fundamentales

Esta Corte ha sostenido que la tutela contra laudos arbitrales solo procede cuando plantea una “vulneración directa de derechos fundamentales”

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

El defecto sustantivo se configura “cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental”. Un defecto sustantivo se manifiesta en una decisión arbitral cuando se funda “en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto”, o cuando “haya un claro desconocimiento de una norma que genera una afectación iusfundamental”.

El defecto fáctico se configura solo en “eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales”. Un defecto fáctico puede manifestarse en una decisión arbitral, por ejemplo, cuando los árbitros “han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable”.

ACCION DE TUTELA EN RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia por presentar un defecto sustantivo ocasionado por privar irrazonablemente de sus efectos

a las normas pertinentes de la Constitución en la interpretación del negocio jurídico/ACCION DE TUTELA EN RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia por presentar un defecto fáctico por la ostensible valoración irrazonable de los medios de prueba

El laudo presenta tres defectos. Un defecto sustantivo originado en la manifiesta irrazonabilidad de su interpretación de elementos decisivos del negocio jurídico; un defecto sustantivo ocasionado por privar irrazonablemente de sus efectos a las normas pertinentes de la Constitución en la interpretación del negocio jurídico, y por sus visibles extravíos en la aplicación de una regulación y una conceptualización inatinerente al contrato; y un defecto fáctico por la ostensible valoración irrazonable de los medios de prueba. Estos defectos están consecuentemente conexos entre sí, y son jurídicamente dependientes del último, definitivo y más trascendental defecto fáctico y sustantivo por haber aplicado una norma claramente inaplicable al caso, dado que no se daba por demostrada razonablemente la concurrencia del supuesto fáctico previsto en ella.

Referencia: Expediente T-5418478

Acción de tutela presentada por el Banco de la República contra la Sección Tercera-Subsección C- del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A, del otro.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 26 de noviembre de 2015[1]. En sesión del 13 de julio de 2016, y con

fundamento en el artículo 61 del Reglamento interno, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir el conocimiento de este proceso. Mediante auto de la misma fecha, se suspendieron los términos hasta que la Sala Plena adopte la decisión correspondiente.

## I. ANTECEDENTES

Hechos anteriores a la acción de tutela: el negocio, el laudo, el recurso de anulación y el fallo contencioso administrativo que lo decide

La suscripción de la Póliza Global Bancaria 1999 y su Anexo 11

2. Para efectos de claridad expositiva, es útil presentar los hechos anteriores a la acción de tutela. El Banco de la República celebró con las compañías Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. una Póliza de Seguros Global Bancario para la vigencia junio de 1999 - junio de 2000 (en adelante simplemente Póliza o PGB). Dicha Póliza estaba integrada, en parte, por el Anexo No. 11, referido a la 'indemnización profesional', mediante el cual pretendía cubrirse el riesgo derivado de la responsabilidad legal del tomador ante terceros, originada -según el texto del acuerdo- en "la prestación de los Servicios Bancarios por parte del 'Asegurado' tal y como se describen en el formulario de solicitud (PROPOSAL FORM)", y que cumplieran otras condiciones allí especificadas.[2] Esta cláusula remitía a los formularios estándar de solicitud de póliza ('Proposal forms', por su denominación en inglés) que habían sido llenados por el Banco de la República antes de la suscripción efectiva de la PGB. Los formularios de solicitud de póliza mencionados eran, en lo pertinente, formatos estándar del mercado Lloyd's de Londres, elaborados no específicamente para Bancos Centrales. Uno de ellos era el formulario de solicitud general de PGB, y el otro era el específico para póliza de responsabilidad profesional para instituciones financieras. Ambos formularios eran entonces una solicitud compuesta de PGB integrada por el Anexo 11; es decir, solicitaban una Póliza Global Bancaria con cubrimiento por responsabilidad profesional, tal como quedó en el Anexo 11 de la referencia.

3. El Anexo 11 de la PGB definía la cobertura del riesgo por responsabilidad profesional como el derivado de la prestación de 'Servicios Bancarios', tal como se describieron en el

formulario de solicitud. En el formulario de solicitud de PGB general se le preguntaba al tomador: “Considera Usted que el carácter de su negocio es en esencia un: a) Banco Comercial? b) Banco Privado? c) Banco Mercantil? o d) Otro (favor dar detalles)?”, a lo cual en el formulario el Banco de la República expresó: “d) Otro ‘Banco Central’”. [3] El mismo formulario enseguida le solicitaba: “Favor describir brevemente las principales actividades del Banco para ampliar las respuestas (a) - (d)”, espacio que el Banco de la República dejó en blanco. [4] Por su parte, en el formulario de solicitud específico de póliza de indemnidad profesional para instituciones financieras, se le pedía una “Descripción de los servicios financieros prestados”, a lo cual el proponente contestó “Banco Central”. [5]

4. Con fundamento en la PGB así convenida, por intermedio de su corredor de seguros AON, el 8 de septiembre de 1999 el Banco de la República puso en conocimiento de las aseguradoras la existencia de una acción de grupo con pretensiones de responsabilidad de su parte, a causa de la anulación de la Resolución Externa No. 18 de junio 30 de 1995, expedida por su Junta Directiva, “por la cual se dictan normas en relación con las corporaciones de ahorro y vivienda”. En efecto, dicha Resolución regulaba la metodología para calcular la Unidad de Poder Adquisitivo Constante -UPAC-, acto que fue anulado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante fallo del 21 de mayo de 1999. [6] Como consecuencia de ello, se inició una serie de reclamaciones judiciales contra el Banco de la República en procesos de responsabilidad patrimonial del Estado. Posteriormente, se presentaron otras demandas contra el Banco con pretensiones semejantes, las cuales le fueron también comunicadas a Suramericana, como coaseguradora líder. Frente a la pretensión del tomador, las aseguradoras sostuvieron que la PGB, y su Anexo No. 11, cubrían el riesgo por la responsabilidad derivada de los servicios financieros o bancarios prestados por el Banco de la República, entre los cuales no se encontraba su actividad regulatoria o reglamentaria, que fue la causa que motivó las condenas en su contra. Como quiera que en la cláusula Décimo Cuarta de la Póliza Global Bancaria las partes convinieron someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, el Banco lo convocó para dirimir el conflicto referido a los alcances de la Póliza, y sus anexos, en lo pertinente.

5. En la demanda presentada por el Banco de la República al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá se formularon dieciséis solicitudes, de las cuales -según la tutela- son relevantes para este asunto principalmente las peticiones Séptima, Octava y Novena. En ellas se pretendía, en esencia, que el Tribunal de

Arbitramento declarara como amparadas por la PGB las diversas condenas judiciales impuestas contra el Banco de la República en sentencias ejecutoriadas, que lo conminen al pago de cualquier cantidad de dinero “derivada de la forma como fijó la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de las UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE -UPAC-”. [7] La parte convocada al arbitramento, Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A., propuso en lo pertinente, entre otras, la excepción de “inexistencia de cobertura: el seguro de responsabilidad profesional solo aplica a la prestación de ‘servicios bancarios’ descritos en el formulario de solicitud de seguro”. [8]

Laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014 - demandado en tutela-

6. El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir estas diferencias dictó el laudo correspondiente el 12 de noviembre de 2014, [9] y en lo que atañe a las peticiones de la referencia resolvió: “[n]egar las pretensiones séptima, octava, novena, décima y décima primera de la demanda principal, en los términos indicados en la parte motiva”. [10] La resolución de estas pretensiones dependía de la forma como se resolviera la cuestión, que a juicio del Tribunal era la “central” en la controversia, sobre el “alcance de la cobertura otorgada en el Anexo No. 11 de la Póliza”. En específico, sostuvo el Tribunal, “el componente principal del debate” consistía en determinar “si las Aseguradoras asumieron o no los riesgos asociados a la eventual responsabilidad del Banco por razón del ejercicio de las denominadas funciones o actividades regulatorias -al tema se aludirá también con la expresión de riesgo regulatorio-, normativamente asignadas a su Junta Directiva, concretadas, en la hipótesis que interesa a este proceso, en la expedición de la Resolución No. 18 del 30 de junio de 1995”. [11] La respuesta del laudo a esta cuestión fue entonces negativa: las Aseguradoras no asumieron el denominado riesgo regulatorio en la Póliza de la referencia.

7. El Tribunal de Arbitramento valoró los hechos y las alegaciones de las partes, y llegó inicialmente a la conclusión de que el problema central de la controversia se originaba en la interpretación del Anexo 11 de la PGB, el cual a su turno remitía a los formularios de solicitud de la PGB y de la Póliza de Banqueros, documentos en los cuales se definía la cobertura en términos al parecer imprecisos. En efecto, el Panel de árbitros señaló que en el Anexo 11 se sujetaba el amparo a la responsabilidad legal por los “Servicios Bancarios” del

Banco de la República, tal como se habían descrito en el formulario de solicitud. Por su parte, en el formulario de solicitud de la PGB se le pedía al Banco una “Descripción de los servicios financieros prestados”. Luego había en primer lugar que interpretar qué debía entenderse en el contexto del negocio por los términos “Servicios Bancarios” y “servicios financieros”. Pero estos debían leerse integralmente con las respuestas dadas por el tomador en los formularios de solicitud de pólizas, en los cuales describió sus servicios financieros y su actividad bancaria como “Banco Central”. El Tribunal sostuvo que la interpretación e integración de esas expresiones, tanto las de la Póliza - Anexo 11 (‘Servicios Bancarios’)-, como las de los formularios de solicitud (‘servicios financieros’) y las suministradas por el Banco de la República (‘Banco Central’), debían ser interpretadas para establecer si había una intención común de las partes:

“[...] las partes contienen acerca de cuál es el sentido y alcance de las expresiones ‘servicios bancarios’ -y/o ‘servicios financieros’- a propósito del uso por parte del Banco de la República frente a las Aseguradoras de la expresión ‘Banco Central’. [...] Se trata, entonces, de un problema de interpretación e integración contractual, y no propiamente de interpretación de las leyes [...]. En forma gráfica, se busca dilucidar si del encuentro, con ocasión de la negociación y perfeccionamiento de la Póliza, de dos expresiones ‘servicios bancarios’, prevista en el clausulado, y la de ‘Banco Central’, usada en la respuesta del Banco en el formulario de solicitud del seguro que a tal clausulado se incorpora, surge con claridad una intención común acerca del alcance de la cobertura de dicha Póliza o si, por el contrario, hay una ambigüedad que genera dudas al respecto, que deben ser despejadas por el Tribunal interpretando el contrato con base en los ya explicados parámetros y criterios hermenéuticos”. [12]

8. El Laudo sostiene, en síntesis, que la estructura y el contenido de la PGB, y en particular del Anexo 11 integrado por los formularios de solicitud de póliza, ofrecen una duda compleja e insuperable en torno a si las partes estaban de acuerdo con la cobertura del riesgo regulatorio, que originó la controversia. Esa duda se debe a que los términos de las cláusulas y de las respuestas dadas por el Banco de la República fueron en su opinión altamente imprecisas puestas en contexto, y no fue posible -según los árbitros- despejarlas con ninguna de las pruebas o argumentos suministrados por las partes, ni con la integración normativa que proponían, ni con arreglo a la Constitución, a los cánones de interpretación contractual previstos en el Código de Comercio, ni con los estándares de interpretación

principal contenidos en el Código Civil, por lo cual el conflicto se había de reducir a la aplicación de una norma residual de resolución de dudas, contenida en el inciso 1º del artículo 1624 del Código Civil, según la cual “[n]o pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”.

Con fundamento en este estándar, el Tribunal concluyó que la duda debía ser resuelta a favor de las aseguradoras, y en concordancia dirimió el conflicto. Los detalles relevantes del razonamiento del Tribunal son los siguientes:

8.1. En primer lugar, el Tribunal identificó los argumentos de la controversia central como se presentan a continuación:

¿Estaba cubierto el riesgo regulatorio por la PGB –Anexo 11, vigencia junio de 1999 – junio de 2000?

Posición del Banco de la República: Sí lo estaba

Posición de las Aseguradoras:

NO lo estaba

- La anterior descripción de las actividades obligaba al asegurador a informarse sobre las funciones del Banco Central, máxime con la trayectoria general y específica de la parte convocada

- Las Aseguradoras en este caso tenían conocimiento de las funciones del Banco de la República

- Antes de la Póliza 1999, objeto de la controversia, se habían celebrado otras Pólizas durante cerca de 25 años; es decir, incluso antes de la Constitución de 1991, y en ese contexto se mencionaba expresamente a la Junta Monetaria, que únicamente ejercía funciones como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, por lo cual la actividad regulatoria estaba cubierta.

- Ni antes ni después de 1991 las Aseguradoras han manifestado que los riesgos

regulatorios no estuvieran incluidos.

- En la solicitud de póliza de indemnización profesional fueron mencionados con nombre propio los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, quienes precisamente tenían a su cargo la función regulatoria. En la misma solicitud se mencionaron las funciones de los abogados al servicio de la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República, entre las cuales estaba la asesoría en sus funciones como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

- La Póliza 1999 no contiene exclusión expresa del riesgo regulatorio.

- Solo con la Póliza posterior a la que origina esta controversia; es decir, con la Póliza 2000 - 2001, se introdujo la exclusión expresa del riesgo regulatorio. Pero en el proceso de negociación de dicha Póliza obra un correo de la aseguradora líder a los reaseguradores, en el cual se les dice a estos que "pedirle al banco que brinde una lista de aquéllas actividades que lleva a cabo en cuanto a lo que desea para la protección de indemnización profesional o el D&O, sería retroceder muchos años. El banco tendría todo el derecho de decir 'que han asegurado entonces desde que estos anexos han estado en operación???'". Si después de todos estos años el mercado Lloyd's no sabe (sic) cuáles son las actividades del Banco, temo que dejaríamos una pésima sensación ante el plantel ejecutivo del Banco. (-) Como les he mencionado varias veces antes, ¿de qué sirve una cobertura de IP y D&O para un Banco Central is (sic), todas sus actividades como 'autoridad monetaria, crédito y tasa de cambio' quedan excluidas de la cobertura? Por definición, ¡esas son precisamente sus actividades! ".

- En correo de Suramericana a Butcher, Robinson & Staple, de fecha 5 de mayo de 1999, en referencia a otra Póliza denominada D&O (de Directores y Administradores) pero simultánea a PGB dice: "Actividades y función de la Junta Directiva. Exclusión de función real o de hecho regulatoria o gubernamental. Favor explicar esta exclusión. El Banco es parte del estado como entidad pública y la Junta desempeña actividades regulatorias dentro del alcance de las funciones asignadas al Banco. El banco es independiente y no forma parte de la rama ejecutiva, pero la exclusión como se declara es demasiado amplia y poco clara".

- En correo enviado el año 2000 por Suramericana a los reaseguradores, por la intención de estos de excluir expresamente el riesgo regulatorio, dice la aseguradora: “[...] Como ustedes pueden apreciar, estas modificaciones y exclusiones a las coberturas que dispone el asegurado en la póliza que expira son de un carácter altamente restrictivo para los intereses de nuestro cliente, de tal forma que queremos poner en su conocimiento de las mismas, esperando sus comentarios e instrucciones”.

- En la Póliza D&O (para Directivos y Administradores) celebrada simultáneamente con la PGB, se ampara expresamente el riesgo regulatorio.

- Suramericana, como aseguradora líder en el negocio, pagó al Banco de la República el 13 de junio de 2000 la suma de \$230.000.000 para cubrir gastos legales del Banco en los procesos judiciales iniciados en su contra por la anulación de la Resolución 18 de 1995, pago que se hizo a título de indemnización por siniestro, pues en el “recibo de egreso No. 9114571 de mayo 29 de 2000 proveniente de Suramericana” aparece claramente la inscripción: “queda a paz y salvo con motivo de este siniestro” y además, dice “queda subrogada en los derechos del Banco contra los responsables del siniestro”.

- En las Pólizas celebradas en 1999, entre las cuales estaba la que es motivo de la diferencia, había una bonificación a favor del tomador que se causaba en caso de no presentarse el siniestro. Esa bonificación no se le pagó al Banco de la República, por lo cual se asume que para las aseguradoras el siniestró sí acaeció.

- Finalmente, si había oscuridad en la estipulación del Anexo 11, integrado en sus términos, la duda debía resolverse contra quien efectuó la estipulación, en este caso las aseguradoras, en atención a lo previsto en el artículo 1624 inciso 2 del Código Civil.

- El Anexo 11 solo cubre los ‘servicios bancarios’ prestados por el Banco de la República, lo cual excluye su función regulatoria que no es bancaria.

- Las cláusulas de un contrato de seguro que definen el riesgo asegurable son de interpretación restrictiva.

- La expresión 'servicios bancarios' del Anexo 11 deben interpretarse en su sentido natural y obvio, por lo cual no es posible incorporar en ella los servicios que presta solo el Banco de la República, como el regulatorio.
- La Resolución 18 de 1995 no es fruto de un 'servicio bancario' del Banco de la República.
- Los 'servicios bancarios' que buscaba amparar el Anexo 11 eran los remunerados, y el regulatorio no lo es.
- En el curso de las visitas realizadas en Londres para el mercado reasegurador, el Banco de la República nunca mencionó, ni discutió, sus funciones regulatorias.
- La revisión de actas y memorandos internos del Banco de la República durante más de 10 años evidencia que no tuvo la intención de amparar su función regulatoria.
- En las condiciones enviadas por el Banco a los corredores, aseguradores y reaseguradores no aparece una referencia a su intención de cubrir el riesgo regulatorio.
- En Banco de la República sabía que en el mercado reasegurador de Londres el amparo de indemnización profesional no incluye el riesgo regulatorio, porque ese riesgo en ese contexto no es asegurable.
- Las aseguradoras conocían la función regulatoria, pero nunca tuvieron intención de asegurarla en el amparo de indemnización profesional.
- La mención de la Junta Monetaria en las coberturas anteriores a la Constitución de 1991 no buscaban asegurar sus funciones aseguratorias, pues la Junta Monetaria no era persona jurídica, ni dependencia del Banco, ni tenía patrimonio que proteger.
- En carta del Gerente Ejecutivo del Banco de la República a la compañía corredora de seguros, para renovación de la Póliza 2000-2001, que excluía expresamente el riesgo regulatorio, dice "con esta exclusión, al igual que como sucedía con las decisiones de la Junta Monetaria, la responsabilidad de los actos de autoridad de carácter general que adopte la Junta Directiva no quedarían cubiertos".

- El Banco solicitó una cobertura expresa del riesgo regulatorio para la Póliza D&O, y no para la PGB pese a que ambas son del mismo periodo. De ese hecho no se puede inferir que una cobertura similar a la de la Póliza D&O, pero implícita, estuviera en la PGB aunque con valor superior.

8.2. En este contexto, el Tribunal procedió a dilucidar en primer lugar los términos del Anexo 11 de la PGB, integrados a los cuales estaban los de los formularios de solicitud de póliza. Señaló entonces que los términos “Servicios Bancarios”, contenidos en el Anexo 11, y “servicios financieros”, estipulados en los formularios, no tenían definición explícita ni en la Póliza, ni en las leyes. Advirtió que los vocablos ‘Banco Central’ aunque parecían claros, no lo eran en el contexto de este negocio porque “no explican o refieren si todas las actividades que un ‘banco central’ lleva a cabo son o no ‘servicios bancarios’ (o ‘financieros’)”. [13] La expresión “Banco Central”, dijo el Tribunal, no define por sí misma cuáles de sus actividades son propiamente ‘bancarias’ o ‘financieras’, en tanto “más que una descripción por sí misma completa o autosuficiente, viene siendo más bien una forma de alusión o remisión al significado normativo de la expresión ‘Banco Central’, significado éste que [...] incluye actividades catalogables como ‘servicios bancarios’ (o ‘financieros’) y otras que no lo son”. En concepto del Panel de Árbitros, resultaba entonces necesario establecer, en primer lugar, qué debía entenderse por Banco Central, y cuáles son las funciones del Banco de la República, para determinar cuáles de ellas eran en sentido estricto bancarias o financieras, y cuáles no. Para lo cual dijo que era “indispensable y, a la vez, suficiente, examinar [el] marco normativo de rango legal”. Tras examinarlo, concluyó que si bien la legislación no define qué constituye actividad o servicio bancario, es posible advertir que son bancarias las funciones del Banco de la República asimilables a las de los establecimientos bancarios del orden comercial, y no bancarias las demás. Esta conclusión la expone del siguiente modo:

“[...] el hecho de que el Banco de la República no sea uno de esos establecimientos [bancarios regulados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero], no quiere decir que no pudiera, antes de 1991, o que, después de 1991 y hasta hoy, no pueda celebrar o ejecutar actos en desarrollo de su objeto legal, asimilables o análogos a los que desarrollan en forma masiva los establecimientos bancarios a través de sus secciones comerciales o

bancarias, ni que no pueda llevar a cabo actos aislados cuya esencia y naturaleza coincida con actos de los que llevan a cabo los bancos comerciales. La ausencia de identidad subjetiva [entre el Banco de la República y los establecimientos bancarios] radica en la especificidad de la actividad ‘no comercial o no bancaria’ –por así decirlo- del Banco de la República, que le es exclusiva y excluyente, ajena por ende al objeto social de los bancos comerciales; y en lo referente a las actividades afines –por así decirlo- con las que llevan a cabo los bancos, la diferencia básica radica, sobre todo, en el carácter masivo y habitual inherente a la operación bancaria y a las consecuencias normativas que se siguen de ello, muy diferentes a las de considerar un acto o un contrato aislado, cualquiera que sea su régimen especial. [...] así las cosas, es clara su aptitud [del Banco de la República] o capacidad legal para prestar ‘servicios bancarios’, o análogos a éstos [...] pero tales servicios son diferentes de las funciones propias de ‘Banco Central’, que son desarrolladas por el Banco, y de las de autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”. [14]

8.3. El Laudo aclara, sin perjuicio de lo anterior, que aunque la ley desarrolla las funciones del Banco de la República y permite distinguir entre sus actividades las que son bancarias de las que no lo son, los vocablos materia de controversia –“Servicios Bancarios”, “servicios financieros” y “Banco Central”- se deben interpretar en el contexto concreto y específico de la relación comercial que origina el proceso. Para el efecto, señala que la PGB – Anexo 11 delimita el riesgo asegurable sobre la base de la responsabilidad por la prestación de servicios bancarios, tal como estos fueron descritos por el tomador en el formulario de solicitud de póliza. En el formulario de solicitud de Póliza especial para indemnización profesional, el Banco de la República definió sus ‘servicios financieros’ como “Banco Central”, lo cual según el Tribunal de Arbitramento es poco claro porque el Banco de la República “desempeña pluralidad de actividades, operaciones y funciones de variada estirpe, incluidas las regulatorias, además de las que pudieren considerarse, por su naturaleza y/o asimilación como [...] de linaje ‘bancario’”. La oscuridad que ofrece la expresión “Banco Central” se suma a la falta de precisión, por parte del tomador, del detalle de sus actividades, tal como se le solicitaba en el formulario de solicitud general de la PGB. El Banco era, según el Panel de Árbitros, quien debía encargarse de describir con precisión la naturaleza de su “negocio”, máxime teniendo en cuenta que el formato del formulario de solicitud de póliza no estaba diseñado para bancos centrales, y que la interpretación restrictiva de las cláusulas de cobertura en seguros. En este punto concluye:

“advierte el Tribunal que la visión panorámica del contenido volitivo propuesto en la solicitud diligenciada por el Convocante para efectos del otorgamiento del amparo de Indemnización Profesional, plasmado en el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999, ciertamente no otorga claridad para dilucidar el punto de controversia que se examina, pues aporta elementos que pueden apreciarse, objetivamente, en sentidos opuestos: bajo un primer punto de vista, dotado de razonabilidad, es un hecho incontrastable que el banco no hizo mención específica, explícita ni directa, en el contexto de las actividades por las que se le indagaba, de la actividad regulatoria, a sabiendas de que se utilizaba un formato no diseñado para entidades de su naturaleza; y con otra perspectiva, también admisible como planteamiento, es un hecho objetivo que hay mención, indirecta si así puede decirse, por la vía de aludir al Órgano que la ejerce, de la referida actividad regulatoria a cargo de la Junta Directiva del Convocante, además de la posibilidad de esgrimir que ella también se entiende mencionada con la sola expresión de ‘Banco Central’ utilizada en el diligenciamiento del formulario, si se asumiera, por ejemplo acudiendo a la regla de interpretación prevista en el artículo 823 del Código de Comercio, que a dicha mención se incorpora el contenido normativo que regula al Banco de la República, en el que hay reconocimiento expreso de la asignación de dicha función a la Junta Directiva del Banco de la República”. [15]

8.4. El Tribunal agrega los motivos por los cuales la utilización del canon de interpretación contemplado en el artículo 823 del Código de Comercio no dilucida la cuestión central del proceso. La norma mencionada del derecho mercantil prevé que “[l]os términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, [...] se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano”, y agrega que “[e]l sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma”. Señala entonces el Laudo que los vocablos ‘Banco Central’ deben ser interpretados en sentido jurídico o técnico, pero que para el efecto es preciso tener en cuenta el contexto del negocio particular en el cual se encuentran inscritos. En un apartado dice al respecto:

“la referencia a ‘términos técnicos o usuales’, [...] relativa al significado jurídico o técnico, de los que trata el inciso tercero [de la disposición], no puede prescindir del contexto comercial específico del asunto debatido en este proceso, en el que, como se ha visto, intervienen múltiples factores y variables, todos relevantes, que involucran la consideración

de deberes de información, de cargas de la autonomía de la voluntad, de términos particulares del clausulado consentido, de manifestaciones adicionales que se incorporan a dicho clausulado, en fin, de un universo cuyo contenido integral, en el parecer del Tribunal, no se establece con nitidez por el hecho de la utilización de la expresión 'Banco Central', y de esa manera, con base en el artículo 823 del Código de Comercio que aquí se comenta, superar las ambigüedades que muestra el complejo conjunto de elementos de juicio recabados y tenidos en cuenta en el análisis".[16]

8.5. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal sostuvo que "el contenido contractual así descrito no arroja claridad, desde la perspectiva del tenor literal, sobre la común intención de las partes exteriorizada o manifestada en punto a la existencia o no de cobertura respecto del denominado riesgo regulatorio". Por ende, en el Laudo procedió a determinar si con fundamento en otros elementos era posible detectar la intención común de incluir o no el riesgo regulatorio dentro de la cobertura de la PGB - Anexo 11. En primer lugar, remite a la ausencia de una inclusión o exclusión expresas del riesgo regulatorio en la PGB, en contraste con lo que ocurrió en la Póliza D&O para la misma vigencia en la cual se incluyó explícitamente como amparado. En segundo lugar, mencionó una declaración rendida dentro del proceso de una persona que manifestó que si bien la expresión "servicios bancarios" en la Póliza tiene un sentido "que admite discusión", en su concepto de "reconocido experto en la materia" los servicios bancarios de un banco central son "los que corresponden a su objeto". Luego se refirió a las declaraciones de un integrante de Suramericana, en las cuales afirmó que en toda la historia contractual entre las aseguradoras y el Banco de la República nunca hubo intercambio expreso de ideas o posiciones en torno a si el riesgo asegurado estaba cubierto por las pólizas sucesivamente renovadas. También mencionó una declaración de un Gerente Ejecutivo del Banco, quien aseveró que en las reuniones que tuvo el Banco con los aseguradores o reaseguradores no se mencionó expresamente si el riesgo asegurable estaba cubierto por la PGB. Finalmente aludió a la declaración dada por este mismo funcionario del Banco, quien en una oportunidad sostuvo que en las reuniones del Banco en Londres no se mencionaban con detalle, sino en general, las funciones del tomador. A partir de lo cual, el Tribunal infiere que tampoco había claridad sobre intención común de las partes del negocio en torno al amparo del riesgo regulatorio:

"[I]o cierto, en el sentir del Tribunal, es que al margen de la ambigüedad que deriva del

tenor literal del contenido contractual, en el proceso no hay prueba directa, por otra vía, de común intención en alguno de los posibles sentidos anunciados, que confirme, con nivel de adecuada certidumbre, la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades o genuino consentimiento sobre la existencia de cobertura, o acerca de la inexistencia de ella, respecto de las funciones regulatorias normativamente asignadas a la Junta Directiva del Banco de la República, lo que agota la posibilidad de definición interpretativa, de manera directa, en la órbita del artículo 1618 del Código Civil, contentivo del primer y principal parámetro imperativo de la actividad hermenéutica, como en su momento lo advirtió el Tribunal”.[17]

8.6. En vista de la imprecisión de la cobertura en este nivel, el Tribunal de Arbitramento consideró que debían aplicarse las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, previstas en los artículos 1619 a 1623 del Título XIII, Libro Cuarto, del Código Civil. En particular, valoró en su orden los hechos y circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración de la PGB - Anexo 11, alegados por las partes como demostrativos de claridad en torno a la concurrencia o no de cobertura del riesgo regulatorio.

a) En primer lugar, en cuanto a los hechos anteriores a la suscripción de la PGB, advirtió que en el proceso se habían invocado como pertinentes dos en especial: la cobertura de la Junta Monetaria, cuyas funciones eran las de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, en las pólizas anteriores a la Constitución de 1991; y las circunstancias de competencia en las que se dio la escogencia en particular del seguro ofrecido por Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. Ninguna de estas dos circunstancias contribuía a esclarecer la cuestión central del proceso. De un lado, el hecho de que en las pólizas celebradas entre las partes antes de la Constitución de 1991 mencionara a la Junta Monetaria, que tenía competencias como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, no indica que en ellas estuviera cubierto el riesgo regulatorio. Para empezar, no había una inclusión explícita al respecto. Fuera de lo cual, la mención a la Junta Monetaria era escueta, y su alusión se dio en un contexto en el cual no había un amparo específico para la indemnización por responsabilidad profesional. Aparte, la Junta Monetaria ciertamente tenía para entonces las funciones de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, pero en el proceso quedó probado que no era una persona jurídica, ni tenía patrimonio propio, ni era en sentido técnico una dependencia del Banco de la República de la época, por lo cual el amparo de los riesgos contratado por el

Banco no suponía una cobertura por la responsabilidad originada en el ejercicio de funciones de la Junta Monetaria. Por lo demás, lo que aparece como concluyente en el razonamiento del Tribunal es que en correspondencia del Gerente del Ejecutivo del Banco de la República a la compañía corredora de seguros, para renovación de la Póliza 2000-2001, que excluía expresamente el riesgo regulatorio, se observa que el funcionario del Banco dice “con esta exclusión, al igual que como sucedía con las decisiones de la Junta Monetaria, la responsabilidad de los actos de autoridad de carácter general que adopte la Junta Directiva no quedarían cubiertos”. Por tanto, esta no era una circunstancia capaz de dilucidar el alcance del amparo.

De otro lado, el Tribunal constata que en efecto en el proceso de contratación de la PGB 1999-2000, que origina la controversia, el Banco de la República rechazó una propuesta presentada por uno de los corredores de seguros, y aceptó la que finalmente condujo a la PGB materia de examen, por cuanto la primera presentaba la exclusión expresa de “cualquier reclamo que surja directa o indirectamente de acordar políticas financieras, gubernamentales, monetarias, fiscales o de regulación”, mientras la segunda no lo hacía. No obstante, señala que esta no fue la única razón para decidirse entre las alternativas: dice que en la propuesta rechazada había otras exclusiones adicionales, y faltaba respaldo sustentado en el mercado reasegurador; añade que, de hecho, este último factor tuvo mayor peso en la selección, como se aprecia en las comunicaciones internas; y precisa que en todo caso la motivación para optar por una u otra oferta solo se expuso en memorandos y correos internos del Banco de la República, que no trascendieron hacia los aseguradores. En consecuencia, tampoco este elemento determina el sentido del riesgo asegurable.

b) En cuanto a los hechos y circunstancias concomitantes a la celebración de la PGB 1999, menciona la suscripción simultánea de la Póliza D&O (o de Responsabilidad para Miembros de Junta Directiva y Administradores del Banco de la República). Relevante de este convenio paralelo es el hecho de que allí se hizo expresa la cobertura por las actividades de la Junta Directiva “en su carácter de máxima autoridad monetaria, cambiaria y crediticia”. Lo cual conduce al Tribunal a preguntarse: ¿qué habría ocurrido si dicha cláusula no se hubiera incorporado expresamente? Y más aún, ¿qué implicaciones tiene para las pólizas suscritas simultáneamente que no las consagran de forma expresa? A lo cual responde de forma directa: “[s]iendo la emisión de la póliza D&O No. 1999 un acto simultáneo con la expedición de la PGB No. 1999, la inclusión expresa de cobertura del riesgo regulatorio

solamente en la primera, razonablemente sugiere, como opción preferencial de interpretación a juicio del Tribunal, su no inclusión en la PGB”. Pero ni aún esto es tan fuerte y definitivo, según el Panel de Árbitros, pues puede explicarse como forma de complementar la información dada en el formulario de solicitud de póliza. En efecto, en el formulario de solicitud Póliza D&O se le pidió al Banco una “[d]escripción completa de las actividades del negocio”, a lo cual respondió: “[l]as actividades típicas de un banco central, incluyen la emisión de dinero, préstamos de último recurso a entidades financieras, administración de reservas internacionales, control del medio circulante, y agente fiscal del gobierno. Actividades culturales (museo del oro, biblioteca, otras). Actividades industriales (casa de la moneda, taller de imprenta, agencias de compra de oro)”.[18] Así, la inclusión expresa de cubrimiento del riesgo regulatorio en la PD&O, y la no inclusión en la PGB, se podría explicar también como una forma de colmar el vacío que al respecto de la primera, pero no de la segunda, dejó la suscripción del formulario de solicitud de la póliza. Fuera de ello, las dos Pólizas están separadas, y en el proceso de negociación de la PGB no hubo un acuerdo similar. Dado que no hay univocidad tampoco en este punto, la duda originaria del proceso persiste.

c) Finalmente, valora la contribución de tres hechos y circunstancias posteriores a la suscripción de la PGB 1999-2000, Anexo 11, en el esclarecimiento del alcance del amparo. En primer término, la denominada “autorización de gastos de defensa” por parte de la aseguradora líder, Suramericana S.A.. El 13 de junio de 2000, la citada aseguradora le remitió al Banco de la República un cheque por valor de \$230.000.000, correspondientes a anticipo para gastos de defensa “en el proceso de la demanda del caso UPAC”. La propia Suramericana emitió entonces un ‘Recibo de Egreso’, firmado por el Banco de la República, en cuyo recuadro superior aparecía “Concepto: Liq. de siniestros”, “Póliza/Título 1999”, “Siniestro 3419991”, “Riesgo 17000199”, y sobre el cual se hizo constar por las partes lo siguiente: “Por medio del presente documento declaro [...] Que si se indica que el pago es final, la Cía. Suramericana de Seguros S.A. queda a paz y salvo con motivo de este siniestro. Que reconozco y acepto en todas sus partes la liquidación y pagos anteriores y que en virtud de los cuales la Cía. Suramericana de Seguros S.A. queda subrogada en mis derechos contra terceros responsables y extinguidas sus obligaciones para conmigo por concepto de este siniestro”. El Tribunal advierte que según el artículo 1622 del Código Civil las cláusulas de un contrato podrán interpretarse “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”, y señala que el citado

sugiere un “acto de ejecución contractual que se acompaña con la idea de existencia de cobertura respecto del riesgo regulatorio”. Pero luego matiza esto señalando que también puede verse como muestra de que no era evidente la ausencia de aseguramiento del riesgo regulatorio, sino que era dudosa, y es esta precisamente la versión que considera más fuerte. Tiene en cuenta para ello todo el contexto antes aludido de imprecisión de las cláusulas, de falta de referencias expresas sobre la materia en la PGB, y de ausencia de intercambios expresos acerca del punto entre las partes. Pero en especial destaca que el citado fue un hecho no repetido en el tiempo y que, como lo señaló un experto en el proceso, en derecho anglosajón –en el cual se desenvuelve el mercado reasegurador- donde no existe como en Colombia la doctrina de respeto del acto propio, derivado del principio de buena fe, este es un denominado pago “sin perjuicio” (“without prejudice”), el cual no compromete la posición del reasegurador en torno al alcance de la póliza. Todo lo cual se sintetiza en los siguientes pasajes del Laudo:

“[...] se está en presencia de un hecho que no tiene la entidad suficiente, en el contexto del conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas que se han venido relatando [...] para constituir un acto a partir del cual pudiera decirse, con adecuada certidumbre, que el entendimiento de las aseguradoras era que el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999 otorgaba cobertura respecto de las actividades regulatorias [...]. Nótese, incluso, que no se trata de un hecho repetido en el tiempo, que pudiera dar peso específico a la referida conducta [...] El Tribunal entiende que la regla de interpretación de los contratos consagrada en el artículo 1622 del Código Civil, que toma en consideración la conducta de los propios contratantes como pauta interpretativa, y que en este caso apuntaría al cobro de los gastos por parte del Banco y a su pago por parte de las Aseguradoras, para su aplicación supone no solo la claridad de la misma, sino la coherencia de dicho actuar con el conjunto del comportamiento de los contratantes. [...] En este caso, según se ha explicado, las circunstancias previas, coetáneas y posteriores a la celebración del contrato deben ser examinadas en su conjunto para establecer el alcance del mismo [...] y en ese conjunto, a la par de dicho pago y [...] del asunto referente al bono [...] se deben tener en cuenta las consideraciones ya expuestas acerca de la elocuente ausencia de claridad acerca de la inclusión o no del riesgo regulatorio en la cobertura plasmada en el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999, cuestión de hondo calado que no se desvanece por el hecho del pago de gastos de defensa”. [19]

La segunda circunstancia posterior a la PGB 1999 es la decisión, por parte de las aseguradoras, de no cancelarle al Banco de la República el bono pactado en el seguro por no ocurrencia del siniestro. En efecto, la PGB que origina este proceso decía que “[e]n caso de no presentarse siniestro en una cualquiera de las anualidades sucesivas comprendidas entre el 30 de junio de 1999 y el 30 de junio de 2004, habrá una bonificación [...]”. Pues bien, según el Banco, el hecho de que esta bonificación por no ocurrencia del siniestro no se hubiera pagado, quiere decir que el siniestro sí ocurrió. El Tribunal concluyó que también en este caso ese hecho podría sugerir “el entendimiento de las Aseguradoras acerca de la existencia de cobertura del riesgo regulatorio”, pero descarta que este sea el único entendimiento posible. En su concepto, es posible considerar que el no pago de la bonificación se hubiese debido al aviso de eventual siniestro indemnizatorio por los procesos judiciales sobre UPAC, el cual entonces implicaba que no era claro si había siniestro o no, y en consecuencia si el emolumento mencionado debía cancelarse. Este argumento lo expone el Panel Arbitral en los siguientes términos:

“imposible resulta desconocer que en las circunstancias concretas acaecidas, en las que mediaba un aviso de eventual futuro siniestro indemnizatorio por razón de las acciones judiciales de responsabilidad instauradas por terceros contra el Banco de la República, para entonces sin desarrollo suficiente, de la circunstancia fáctica descrita no puede inferirse el reconocimiento ex post, en cabeza de las Aseguradoras, de la existencia de cobertura respecto del riesgo regulatorio. Para el Tribunal, tiene razonabilidad que en medio de la situación que se presentaba, que ciertamente mostraba sorpresa e inquietud para todos los potenciales interesados, nada se hiciera en torno a la aplicación del pacto de bonificación por no reclamación; en las circunstancias advertidas, este componente fáctico no tiene virtualidad suficiente, en opinión del Tribunal, para sustentar la presencia de un entendimiento, de parte de las Aseguradoras, en el sentido de la existencia de cobertura”. [20]

En tercer y último lugar, el Tribunal analiza la circunstancia posterior a la PGB 1999 de haberse excluido expresamente el riesgo regulatorio de la PGB 2000, como consecuencia del conocimiento de los asuntos que dieron lugar a la diferencia arbitral. El Panel de Árbitros advierte que en condiciones “comunes y corrientes”, si en una relación aseguraticia de años se incorpora una exclusión expresa que antes no estaba, ese hecho puede sugerir que la exclusión solo tendría efectos hacia el futuro y no afectaría las vigencias

contractuales anteriores a la nueva estipulación. Pero señala que en este caso no es posible darle a esa lectura del hecho referido un carácter unívoco, pues resulta igualmente válido pensar que la exclusión expresa busca “dejar claro hacia adelante lo que para las partes aparecía que no lo era hacia atrás”. Ciertamente, el Tribunal constata una comunicación mencionada con énfasis por el Banco, entre un integrante de Suramericana y los corredores, surtida en el proceso de renovación de la PGB para la vigencia 2000-2001. En ella, el Gerente de Negocios Estatales de Suramericana manifiesta lo siguiente sobre la exclusión expresa del riesgo regulatorio: “Como ustedes pueden apreciar, estas modificaciones y exclusiones a las coberturas que dispone el asegurado en la póliza que expira son de un carácter altamente restrictivo para los intereses de nuestro cliente”. En el Laudo los árbitros reconocen que esta manifestación parece conducir a la conclusión de que la aseguradora líder entendía cubierto el riesgo regulatorio para la PGB 1999, que era para entonces “la póliza que expira”. Pero luego descarta la fuerza de esa tesis, porque la afirmación citada “proviene de un funcionario cuya cercanía real con el tema no se conoce adecuadamente en el proceso” y distinto a quien administró la relación con el Banco durante muchos años. En cambio, quien sí manejó dicha relación en ese periodo, señaló dentro del proceso que el riesgo regulatorio no estaba cubierto en la PGB 1999. Aparte, sostiene que esa declaración debe leerse en el incierto contexto fáctico y jurídico:

“estima el Tribunal -otra vez- que se está ante un hecho cuya fuerza persuasiva, conforme al contexto descrito, de alguna manera se diluye en el conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas que se han venido relatando, de hondo calado y profunda complejidad, que apuntan en sentidos diversos y en no pocas ocasiones ciertamente opuestos, conjunto a partir del cual no se puede edificar, con la certidumbre requerida, que el entendimiento de las Aseguradoras era que el Anexo No. 11 de la PGB otorgaba cobertura respecto de las actividades regulatorias de la Junta Directiva del Banco de la República”. [21]

8.7. En vista de que las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la PGB 1999 no arrojaban luces suficientes, según el Tribunal, para esclarecer si estaba cubierto el riesgo regulatorio, el Laudo refirió que en el contexto del reaseguro claramente no había amparo sobre ese punto. Reconoce, no obstante, que entre los contratos de seguro y reaseguro hay “independencia jurídica”, pero señala que lo dispuesto en el reaseguro puede informar lo previsto en el seguro, puesto que la relación de reaseguro interesa no solo al sector asegurador sino incluso al tomador de la Póliza, y en este caso se aprecia que

el Banco de la República fue explícito en contar con reaseguradores sólidos, y efectuó reuniones con el fin de conocer el trasfondo del negocio de la PGB. Finalmente, es relevante el espectro de cobertura por los reaseguradores, pues en Colombia las aseguradoras tienen una bajísima retención del riesgo, el cual es entonces absorbido fundamentalmente por los reaseguradores. Pues bien, las declaraciones del sector reasegurador en este proceso muestran que de su parte había un entendimiento de no inclusión del riesgo regulatorio en las pólizas de reaseguramiento. No obstante, tampoco esto indica con suficiencia que el riesgo bajo controversia se hubiese excluido claramente, pues estas son apreciaciones unilaterales del sector reasegurador, que se oponen a las del Banco.

9. Por todo lo cual, el Laudo concluye que a pesar de los elementos contractuales, de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración de la PGB, y de las reglas de interpretación previstas en el ordenamiento, “permanece la ambigüedad pregonada” en torno a la cobertura del riesgo regulatorio. Por tanto, los Árbitros concluyeron que resultaba imperativo acudir a “la preceptiva residual consignada en el artículo 1624 del mismo Estatuto Civil”. El artículo 1624 del Código Civil, advierte, contiene dos reglas que serían un recurso de última instancia para resolver una duda: en el primer inciso se establece que “[n]o pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán la cláusulas ambiguas a favor del deudor” (estándar favor debitoris), y en el segundo se dice que las cláusulas ambiguas “que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (estándar contra stipulatorem). Aclara, sin embargo, que estas no son propiamente reglas de interpretación de cláusulas oscuras en los contratos, sino “en forma gráfica, por así decirlo, se trata de una norma legal que le indica al juez cómo debe inclinar la balanza de la justicia ante una situación ambigua”. Pues bien, señala que la duda a favor del deudor es la regla que debe aplicarse a este caso, y por tanto la duda debe decidirse a favor de las aseguradoras. Ciertamente, observa que la cláusula de cobertura del Anexo 11, referente a la responsabilidad profesional, fue dictada por el grupo asegurador. Así, pareciera entonces que debe resolverse la duda en su contra. Sin embargo, sugiere que una parte de esa cláusula está integrada con el formulario de solicitud de póliza que diligencia el tomador, y fue el Banco quien mencionó como descripción de sus servicios financieros los vocablos “Banco Central”, con lo cual contribuyó a la oscuridad de la PGB. Y aparte, no se puede resolver la duda contra quien dictó la póliza, en este caso concreto, por las

condiciones particulares del Banco, que demuestran su capacidad para precisar la expresión mencionada o exigir su aclaración. Así explica la improcedencia de este estándar:

“si quisiera irse más allá, y se explorara la solución de la controversia involucrando sólo, o preponderantemente, el clausulado de la PGB No. 1999, en especial el de su Anexo No. 11 -lo que en parecer del Tribunal no corresponde a la realidad del contenido contractual materia de interpretación-, aún estando claro, como está, que el mismo fue ‘dictado’ -para utilizar la expresión de la norma- por las Aseguradoras, no es ni mucho menos evidente la concurrencia de la aplicación de la regla de interpretación contra la parte predisponente, de que se tratara de ambigüedad proveniente ‘de la falta de una explicación que haya debido darse por ella’, pues tal calificación supondría involucrar apreciaciones que conducirían a un resultado negativo en relación con el acaecimiento de dicha condición: el perfil del Banco como sujeto no sometido a condiciones de inferioridad con respecto de la contraparte; que contaba con una dependencia interna específicamente encargada del tema de sus seguros; que era atendido por dos reconocidas firmas de corredores en el mercado nacional; que tenía cierta cercanía y conocimiento, desde varios años atrás, del mercado reasegurador de Londres al que se trasladaban, en altísimo grado, los riesgos que contrataba; que, en lo particular, sabía de la procedencia del clausulado que se utilizaba como originario en el medio del reaseguro y diseñado para bancos comerciales, no para bancos centrales; que firmaba las pólizas después de realizar la respectiva revisión; que estaba en posibilidad de no aceptar oferta en los términos en que le era presentada y actuar con margen de negociación”. [22]

10. Uno de los árbitros [23] salvó parcialmente el voto, pues en su concepto la PGB 1999 - Anexo 11 sí cubría el riesgo de responsabilidad originado en las facultades regulatorias del Banco de la República. A esta conclusión arriba tras examinar el texto íntegro de la PGB, las pruebas obrantes en el proceso, y luego de aplicar los criterios de interpretación previstos en el artículo 823 del Código de Comercio, y 1618, 1620 y 1622 del Código Civil, así como la doctrina de los actos propios y las expectativas razonables. Si, en cualquier caso, estas reglas ofrecían una duda, esta debía resolverse contra las aseguradoras por haber sido quienes dictaron las cláusulas originarias de la ambigüedad, y no contra el tomador que se ajustó a ellas. En síntesis, dice:

“Tras un detallado análisis del texto de la Póliza de Seguro Global Bancario #1999,

particularmente de su Anexo N° 11 - 'De indemnización profesional', así como de las pruebas que obran en el expediente, mi conclusión es que la voluntad de las partes de este contrato de seguro, esto es, el Banco de la República como asegurado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. como aseguradoras, era que la responsabilidad derivada del ejercicio de las funciones del Banco, a través de su Junta Directiva, como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, estuvieran amparadas en la cobertura de responsabilidad civil contenida en dicho anexo de la Póliza de Seguro Global bancario #1999. || Llego a esta conclusión mediante la aplicación del artículo 1618 del Código Civil y del artículo 823 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 1620 y 1622, incisos 2º y 3º, del Código Civil, como explicaré más adelante. || De igual modo, la aplicación de la doctrina de los actos propios, y la de las expectativas razonables, conducen, a mi juicio, a la misma conclusión, que me aparta de la decisión adoptada en este Laudo Arbitral.

Ahora bien, si se estima -como lo hizo la mayoría de este panel arbitral-, que en el texto contractual no se refleja claramente la voluntad de las partes, y que, por el contrario, sus estipulaciones son ambiguas, arribo a la misma conclusión por aplicación de la regla subsidiaria de interpretación contractual contenida en el artículo 1624 del Código Civil, pero no con fundamento en su inciso 1º -como lo expresa el laudo-, sino en su inciso 2º; es decir, mediante la aplicación de la regla contra proferentem, y no de la regla favor debitoris".[24]

Recurso de anulación instaurado por el Banco de la República contra el Laudo del 12 de noviembre de 2014,[25] y fallo que lo resuelve, expedido el 8 de julio de 2015 por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado

11. El Banco de la República instauró, ante el Consejo de Estado, recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, en el cual invocó las causales 6ª, 7ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. La causal 6ª invocada autoriza a anular el laudo cuando se haya "fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta". Según el Banco, esa hipótesis de anulación debería aplicarse a este caso por cuanto el Tribunal aplicó las normas civiles sobre interpretación de los contratos de tal suerte que parecía que las disposiciones constitucionales no tuvieron significado alguno. El Laudo, según el recurso, redujo al Banco de la República a la categoría de banco comercial,

con lo cual contrarió la supremacía constitucional. Aparte, se dejó de aplicar el sistema de fuentes pertinente para los seguros: el artículo 823 del Código de Comercio, sobre interpretación de los contratos que usen términos técnicos; el artículo 1058 del mismo Código sobre carga de los aseguradores de informarse sobre la actividad asegurada; los artículos 871 y 1135 de la misma codificación, relativos a la buena fe y a la independencia entre el contrato de seguro y el de reaseguro; el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), sobre el deber de información y consejo de las aseguradoras a tomadores y asegurados; el artículo 98 del EOSF referente al deber de diligencia de las aseguradoras en sus negocios; el artículos 100 y 184 del EOSF sobre el deber de las aseguradoras de redactar sus negocios de forma comprensible; el artículo 1072 del Código de Comercio que define el siniestro; la jurisprudencia que clasifica el de seguros como contrato de adhesión, y establece que la duda debe resolverse a favor del adherente; todo esto, en concordancia con los artículos 58, 83, 150 numeral 19, 189 numerales 24 y 24, 333 de la Constitución Política. La causal 7ª mencionada considera motivo de anulación del laudo el hecho de “[c]ontener la parte resolutive [...] errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”. El Banco sostuvo que se configuró por un error aritmético en la resolución del asunto. La causal 9ª, finalmente, establece como motivo de nulidad el “[n]o haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, pues el Tribunal no se pronunció sobre el monto de las agencias en derecho.

12. La Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, mediante providencia del 8 de julio de 2015[26] decidió declarar infundado el recurso, por cuanto no se daba ninguna de las causales invocadas. En cuanto a las causales 7ª y 9ª señaló, respectivamente, que no había demostración de error aritmético alguno sino una discrepancia respecto de la estimación de la cuantía por concepto de costas, y que el Tribunal sí se pronunció sobre los aspectos referidos a las costas a cargo de las entidades aseguradoras, por lo cual no se configuraban tales causales. En lo atinente a la causal 6ª sostuvo, asimismo, que tampoco concurría, habida cuenta de que un fallo en conciencia se presenta en sentido estricto solo en dos casos: cuando el laudo se apoya en la íntima convicción de los árbitros, y no se motiva o se expone consideración jurídica alguna, o cuando inaplica la ley por considerarla inicua o busca una solución al margen del derecho. Además, subrayó que esta causal solo procedía si su configuración en concreto era manifiesta. Sin embargo, tras valorar los argumentos del recurso concluyó que no había demostración de la existencia de un fallo en

conciencia, y observó que de hecho lo evidenciado era que el laudo se sustentó jurídicamente, pues no solo hizo un estudio pormenorizado de las reglas legales y de la jurisprudencia pertinente, sino además del contrato y de los medios de prueba, y su argumentación fue también jurídica. Dijo que no cabía alegar un deber de inaplicar por inconstitucional el artículo 1624 del Código Civil, pues no demostró que este hubiese sido declarado inexecutable, y es un argumento improcedente en sede de anulación. Dijo, en lo pertinente:

“Funda la primera causal esgrimida [...] en que el Tribunal fundó su decisión en una única norma civil manifiestamente contraria a la Constitución [...]. Pues bien, revisado el laudo [...] se evidencia que no es cierto que el Tribunal haya fundado su decisión únicamente en la regla de interpretación contenida en el inciso 1º del artículo 1624 del Código Civil, pues realizó un análisis y estudio detallado de diversos aspectos relacionados con el asunto sometido a su decisión, sustentando su estudio no sólo en las normas previstas en el Código Civil, en el Código de Comercio, en el Código general del Proceso y otros estatutos sino también en las pruebas arrimadas al proceso, en doctrina y sentencias judiciales proferidas por la Corte Suprema, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. [...] No puede tampoco la recurrente venir a afirmar en sede de anulación de laudo arbitral que la norma contenida en el artículo 1624 del CC [...] es inconstitucional, pues no allegó prueba alguna a través de la cual pudiera demostrar que ésta se encuentra derogada o se haya declarado su nulidad o su inexecutable. Pero en todo, dicho argumento resulta totalmente improcedente [...]. [...] nótese que la decisión del Tribunal con tales razonamientos no puede ser en equidad al prescindir del régimen jurídico aplicable o de las pruebas allegadas, pues precisamente, para decidir tal como decidió, tuvo en cuenta las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia que consideró pertinentes para el caso, así como también las pruebas relevantes para el efecto.

[...]

En segundo lugar afirma el recurrente incurrió en la causal del No. 6, discutiendo el ejercicio interpretativo desplegado por el Tribunal respecto del anexo No. 11 de la Póliza de Seguro Global Bancario. || Semejante argumentación impone que se declare la improcedencia de la causal de anulación que ahora se alega, pues una de las principales funciones que debe emprender el funcionario judicial para efectos de determinar o establecer los derechos y las

obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, es la de interpretación, ejercicio éste que supone un fallo en derecho [...]. Pero además, no es posible que en sede de anulación de laudo arbitral se discuta el ejercicio hermenéutico desplegado por el juez arbitral, pues al juez de anulación de laudo no le es dable entrar a discutir dicho ejercicio, así como tampoco entrar a discutir la valoración probatoria o jurídica efectuada por el juez [...]”.[27]

Acción de tutela interpuesta por el Banco de la República contra el laudo y el fallo que resolvió el recurso de anulación en su contra

13. El Banco de la República sostiene en la acción de tutela que tanto el laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014 como la sentencia del 8 de julio de 2015 presentan defectos que violan sus derechos fundamentales, y por lo mismo ambos deben dejarse sin efectos. Aclara, sin embargo, que el Banco inicialmente interpuso acción de tutela contra el laudo, cuando aún estaba en curso el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, y que la misma fue declarada improcedente por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia del 28 de mayo de 2015, precisamente por no haberse agotado el trámite de anulación. Es por esta razón que ahora, “ya surtido el recurso de anulación, se instaura la tutela contra el laudo y contra la sentencia del Consejo de Estado que no la revocó”. Las razones de la tutela son estas:

Cuestionamiento contra el laudo arbitral

14. El laudo, por una parte, incurre a su juicio en diversos defectos al sostener que el denominado riesgo regulatorio no estaba cubierto por la PGB 1999, pues era claro que el Anexo 11 cubría el riesgo derivado de la responsabilidad legal por actividades bancarias descritas en el formulario de solicitud de póliza, y allí se decía con suficiencia que eran sus actividades como Banco Central. El Banco Central, en la Constitución de 1991, tiene entre sus funciones básicas la de “regular” la moneda, los cambios internacionales y el crédito (CP 371). En virtud de la supremacía constitucional, incluso un contrato como el que origina la diferencia debe interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo cual es aún más claro si se considera que el artículo 823 del Código de Comercio establece que en la interpretación de los contratos comerciales los términos técnicos o jurídicos deben entenderse de acuerdo con su definición jurídica. La cobertura del riesgo regulatorio era aún

más clara si se consideraba el hecho, probado en el proceso, de que las aseguradoras habían cubierto a la Junta Monetaria antes de 1991, desembolsaron ante el Banco un dinero por concepto del siniestro en el contexto de las condenas por UPAC, y no le pagaron la bonificación por no ocurrencia del mismo. Pero si esto conducía a una duda, había otras normas, de rango constitucional y legal, que exigían resolverla a favor del asegurado y no del asegurador, como las que exigen de parte del asegurador una formulación clara y transparente de la póliza, un deber de diligencia en el conocimiento de las funciones del asegurado, un deber de obrar conforme al principio de buena fe, un deber del intérprete de resolver las dudas contra quien las estipuló, entre otras, en virtud de las cuales la supuesta ambigüedad hallada en el negocio era desfavorable al deudor.

15. Pese a que, según el Banco, había un grupo denso de previsiones constitucionales y legales aplicables, en virtud de las cuales era claro que la póliza cubría el riesgo derivado de sus funciones regulatorias, el Tribunal resolvió el caso -en palabras de la tutela- con una suerte de “estrategia del caracol”, toda vez que resulta manifiesto en el laudo el esfuerzo de los árbitros por “horadar el derecho positivo vigente y válido, expulsando a cuenta gotas, esto es, disposición tras disposición, el entero sistema de fuentes llamado a solucionar el caso, hasta prácticamente desechar la totalidad del cuerpo de normas que integran el derecho de seguros”. Esta sería, en su criterio, “una actividad de desmonte del derecho positivo vigente”, llevada a cabo por el Panel de Árbitros para llegar a un “estado adánico” en el cual solo existe una duda originaria e insuperable, susceptible de resolverse únicamente con un estándar último y residual de interpretación de los contratos, el cual obliga a fallar a favor del deudor. En opinión del Banco de la República, el laudo cuestionado se apoya entonces principalmente en una “seudocomplejidad”, toda vez que se edifica sobre la base de una duda “creada artificiosamente a raíz de omitir tomar en serio el régimen constitucional de la Banca Central, ignorar aspectos centrales de la legislación y dejar de apreciar las pruebas determinantes para el fallo (tanto en una perspectiva individual como conjunta)”.

16. De acuerdo con la acción de tutela, el laudo presenta en consecuencia (i) un defecto orgánico dependiente de uno sustantivo, toda vez que no se expidió en derecho vigente y válido, a pesar de que la competencia del Tribunal era para proferir un laudo en derecho; (ii) un defecto sustantivo por cuanto aplica una norma que era inaplicable, deja de aplicar la que es aplicable, y falla en su motivación; (iii) en un defecto fáctico, habida cuenta de que

carecía del apoyo probatorio para aplicar la norma que desató el conflicto. En esencia, estos cargos se sustentan así:

16.1. Supuesto defecto orgánico y sustantivo. El Banco de la República sostiene que el Tribunal de Arbitramento fue convocado para proferir un laudo en derecho, y esto suponía a su juicio que debía dictarse conforme al derecho vigente y válido. No obstante, desde su perspectiva, la posición mayoritaria del Laudo se orientó en la dirección de descartar la fuerza y pertinencia de las normas que en la Constitución, la ley comercial y financiera regulaban el asunto, para llegar a una duda insuperable que solo podía resolverse conforme al artículo 1624 del Código Civil, el cual exige resolverla a favor del deudor. El tutelante señala que por esta vía el Tribunal llegó a sostener que la función regulatoria no se encontraba entre las actividades bancarias del Banco de la República, lo cual contradice la Constitución que la menciona como una de las funciones básicas del Banco Central. De este modo, si bien el artículo 1624 del Código Civil es una norma vigente, y en general válida, en este caso resultaba inconstitucional por sus consecuencias, toda vez que estas contradicen el marco constitucional. Así, dado que el Tribunal de Arbitramento hizo descansar la solución positiva del asunto exclusivamente en la aplicación del artículo 1624 del Código Civil, pero este conducía a una consecuencia inconstitucional y por ese motivo era inválido en el caso concreto, en realidad el laudo no fue en derecho vigente y válido sino en conciencia, y esto constituye no solo un defecto sustantivo, sino además un defecto orgánico por falta de competencia.

16.2. Supuesto defecto sustantivo. La acción de tutela afirma que el laudo no solo aplicó una norma evidentemente inaplicable, sino que además dejó de resolver el caso con las normas que lo controlaban. Señala que “el propio texto del negocio jurídico, la Constitución, las disposiciones del derecho de seguros que constituyen la fuente normativa de mayor proximidad a los hechos centrales e incluso las restantes disposiciones con mayor valor prioritario o preferente del mismo título XIII sobre interpretación de los contratos del Código Civil (Artículos 1618 a 1624), resolvían directa y puntualmente el conflicto, por lo demás absolutamente corriente en el ramo de los seguros”. La acción de tutela sostiene que el Tribunal:

- no interpretó integralmente el formulario de solicitud de póliza, en el cual se mencionan los servicios de su Junta Directiva, y en cuyo contexto de negociación se mencionó que en

1996, cuando por primera vez el Banco de la República llenó un formulario específico de solicitud de póliza de indemnización profesional, como el que dio lugar al Anexo 11, le comunicó al corredor de reaseguros que ese formato no se ajustaba en muchos aspectos a sus actividades como Banco Central:

“[t]enemos entendido que las reaseguradoras reconocen que el Banco de la República es el Banco central de Colombia. El formulario de Propuesta adjunto (Proposal Form) está diseñado para actividades comerciales y en muchos aspectos no se ajusta al tipo de actividades y funciones que desempeña un Banco Central. Para el futuro sería aconsejable diseñar un formulario de propuesta para banco centrales”. [28]

- se abstuvo de aplicar los artículos 371, 372 y 373, en concordancia con el 4, de la Constitución que caracterizan al Banco de la República como “banca central” y le asignan entre otras la función básica de regular la moneda, los cambios y el crédito, lo que ha debido informar la interpretación de la PGB;

- omitió también darles aplicación a los artículos 58, 150 numeral 19 literal d), 189 numerales 24 y 25, y 333 de la Constitución, que elevan la de aseguramiento al rango de actividad de interés público con función social, lo cual suponía de parte de las aseguradoras un deber de transparencia y claridad en el alcance del amparo;

- dejó de aplicar al caso los artículos 83 de la Constitución y 871 del Código de Comercio, que obligan a presumir y actuar de buena fe, principios que habrían sido relevantes para interpretar no solo las cláusulas sino las conductas de asunción voluntaria del siniestro por parte de las aseguradoras;

- neutralizó los efectos de los artículos 28 y 29 del Código Civil, y 823 del Código de Comercio que obligan al intérprete de la ley y de los contratos comerciales a entender los términos técnicos empleados en un acto jurídico en el sentido “jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma”, toda vez que no les asignó a los términos ‘Banco Central’ el sentido jurídico que les da la Constitución y la ley;

- marginó del caso el artículo 1056 del Código de Comercio, según el cual el asegurador asume el riesgo pactado salvo restricciones, pues consideró que en este caso la póliza cubría el riesgo solo cuanto estuviera expresa y claramente pactado;

- privó de efectos al artículo 1058 del Código de Comercio, el cual establece que no hay inexactitud por parte del tomador en la declaración del estado del riesgo, cuando el asegurador “ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias” sobre los que versan los presuntos vicios o inexactitudes, ya que las aseguradoras conocían la actividad regulatoria del Banco de la República, o al menos han debido conocerla por ser esa una función básica de un órgano constitucional;
- dejó de reconocerle los efectos que tenía al artículo 1072 del Código de Comercio, el cual define el siniestro como la realización del riesgo asegurado, por cuanto pese a comprobar que las aseguradoras cancelaron al Banco un dinero por concepto del ‘siniestro’ asumió que esto no constituía muestra del alcance efectivo de la PGB Anexo 11;
- privó de efectos la regla de distribución de cargas de prueba contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio, en virtud de la cual al asegurado le corresponde probar la ocurrencia del siniestro y al asegurador demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, estándar que implicaba exigir a las aseguradoras acreditar que la Póliza excluía el riesgo regulatorio, y no le imponía al tomador demostrar que estaba incluido;
- no le dio el alcance debido al artículo 1135 del Código de Comercio, que consagra el principio de independencia entre los contratos de seguro y de reaseguro, pues se observa que el Tribunal trasladó las exclusiones que consideró observar en los convenios de reaseguro a la póliza de seguro;
- se abstuvo de reconocerle eficacia al artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el cual les asigna a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como es el caso de las aseguradoras convocadas, el deber de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas”, deber que según el Banco en este caso no se cumplió, habida cuenta de que como tomador no fue informado de la exclusión en el amparo de la actividad regulatoria;
- omitió incorporar debidamente a su juicio los artículos 100 y 184 del EOSF, que exigen

redactar las pólizas de tal forma que resulten comprensibles para el tomador, y exponer los amparos básicos y las exclusiones en la primera página de la póliza, pues en este caso el amparo básico estaba determinado por fuera de la póliza, en el formulario de solicitud de póliza, y con expresiones ambiguas como 'servicios bancarios' y 'servicios financieros';

- finalmente, neutralizó el artículo 1624 inciso 2 del Código Civil, según el cual las cláusulas ambiguas que hayan sido dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella, norma que en este caso debía aplicarse a la controversia si persistía la duda asumida por los árbitros, toda vez que este fue un contrato al cual el Banco adhirió, cuyas cláusulas en lo pertinente fueron dictadas por las aseguradoras, y el formulario de solicitud proviene del sector asegurador, de modo que en esta ocasión la duda debía resolverse contra las aseguradoras, y no a favor de ellas, pues de lo contrario se las estaría beneficiando de la propia redacción imprecisa de las cláusulas.

16.3. Supuesto defecto fáctico. Finalmente, el Banco de la República asevera que la decisión del Panel Arbitral se fundó en una "valoración manifiestamente defectuosa de la prueba", que tuvo un efecto determinante en el sentido del laudo. En primer lugar, asegura que el Tribunal desechó el poder de convicción de algunas pruebas decisivas al exigir de cada una de ellas individualmente un principio de razón suficiente que si bien no tenían de forma singular, sí reunían de manera conjunta. Era el caso de las pruebas obrantes en el proceso, conforme a las cuales las aseguradoras le cancelaron al Banco un dinero por concepto de siniestro tras los reclamos por la responsabilidad regulatoria, se abstuvieron de pagarle la bonificación por no acaecimiento del siniestro al renovarse la póliza para la vigencia 2000-2001, y mostraban que en este proceso de renovación las aseguradoras reconocieron el cubrimiento del riesgo regulatorio. En segundo lugar, señala que se les negó valor probatorio a documentos que acreditaban de manera adecuada los hechos materia de controversia, como los registros contables "prueba de rigor en materia comercial, los cuales acreditaban plenamente que la aseguradora reconocía haber realizado algunos pagos a título de siniestro". Finalmente, observa que los árbitros neutralizaron la eficacia de las reglas mercantiles sobre distribución de cargas probatorias, establecidas en el artículo 1077 del Código de Comercio, pues en este caso el Banco de la República, como tomador, probó un vínculo suficiente con la cláusula de cobertura del amparo. Señaló que por haber sido condenado por responsabilidad patrimonial, derivada del ejercicio de sus funciones,

hacía efectiva la póliza de responsabilidad profesional. Luego, en este contexto, según la disposición citada, les correspondía a las aseguradoras demostrar “los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”, y como no lo hizo debía correr con las consecuencias desfavorables.

Cuestionamiento de la acción de tutela contra la providencia del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación contra el laudo arbitral

17. La acción de tutela también plantea dos cuestionamientos esenciales contra la providencia del 8 de julio de 2015, dictada por la Sección Tercera- Subsección C- del Consejo de Estado, que resolvió desfavorablemente el recurso de anulación interpuesto por el Banco de la República contra dicho laudo. En esencia, el Banco de la República sostiene que al resolver el recurso de anulación contra el laudo referido, el Consejo de Estado dejó de darle aplicación debida a la causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ‘Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos’. Esta disposición prevé que los laudos pueden anularse por “[h]aberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. La tutela señala que esta causal no debe concurrir solo cuando un laudo se adopta sin citar disposiciones jurídicas, sino además cuando se funda en previsiones que no son derecho “vigente y válido”. En este caso el laudo, aunque menciona una pluralidad de disposiciones jurídicas, las hace a un lado como insuficientes para resolver el asunto única y exclusivamente con arreglo al artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, que consagra el deber de decidir la duda a favor del deudor. Ahora bien, esa previsión, por acarrear consecuencias inconstitucionales pues despoja de carácter bancario a funciones que son básicas del Banco de la República como Banco Central, ha debido inaplicarse. Si se llega a esa conclusión, resulta que el laudo no fue expedido en derecho, ya que no hay norma jurídica o fuente de derecho que respalde la resolución, y en consecuencia debe anularse.

18. Pues bien, el Banco de la República aduce que la providencia de nulidad incurre en dos defectos conexos. Por una parte, en un defecto procedimental por incongruencia, ya que aun cuando identificó apropiadamente que el recurso de anulación planteaba una excepción de inconstitucionalidad, no la evaluó bajo las condiciones que tiene esta institución en el ordenamiento. Por el contrario, se limitó a decir que no era procedente dicha excepción “pues [el recurrente] no allegó prueba alguna a través de la cual pudiera demostrar que

ésta se encuentra derogada o se haya declarado su nulidad o su inexecutableidad". Lo cual, en criterio del actor, supone supeditar la excepción de inexecutableidad a condiciones que no tiene, y que no podría tener, como que la norma que se considera inexecutable por la parte haya sido expulsada del orden o el sistema jurídico por la vía de un fallo de inexecutableidad o nulidad o de una derogatoria. Sostiene que poner estas condiciones implica poner un "cerrojo absurdo" al acceso de los recurrentes a la supremacía constitucional, y una clara incongruencia constitutiva de un defecto. Sobre el particular señala:

"[d]e la simple confrontación de la sentencia del Consejo de Estado y el texto del recurso de anulación, se puede corroborar que en ningún momento se afirmó que el artículo 1624 había sido derogado o declarado inexecutable, como tampoco se insinuó que el artículo 1624 del Código Civil estuviera llamado a desaparecer del ordenamiento jurídico por tratarse de una norma genérica y universalmente inexecutable. Por el contrario, el cargo se elaboró sobre el presupuesto de reconocer la razonabilidad y legitimidad del artículo 1624 del Código Civil en su contexto genuino, no así cuando se aplica a un caso concreto como el propio de la controversia en el que de manera manifiesta ese precepto legal se torna incompatible con los prescrito en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política. || Esta total incongruencia entre la comprensión más exacta que se tiene de lo pretendido -de lo que da prueba la relación que se hace de los antecedentes- con el nivel diferente en que se ubica el análisis de la Sala al desarrollar sus propias consideraciones con miras a la decisión final, se antoja incomprensible en un organismo que conoce a la perfección los diferentes componentes del control difuso de constitucionalidad y mucho más cuando frente a la excepción de inexecutableidad se pide prueba de que la norma sobre la que se solicita la excepción en un caso concreto haya sido declarada inexecutable [...] lo que de suyo constituye una vía de hecho por interpretación inacceptable".[29]

19. Por otra parte, sostiene el Banco de la República que el Consejo de Estado incurrió en un defecto adicional, esta vez de carácter sustantivo, al señalar que al margen de lo anterior el laudo no puede anularse por la causal 6, debido a que se fundó en derecho pues puede apreciarse un esfuerzo extenso del Tribunal arbitral por citar las disposiciones jurídicas de orden legal y jurisprudencial, así como la doctrina, pertinentes en materia de seguros. Según la acción de tutela, el recurso de anulación en ningún momento planteó que la realidad fuera otra, sino que se usó un discurso aparentemente jurídico para aplicar un

derecho que no era 'vigente y válido', y era esta especialidad de la causal la que debió ser examinada por el Consejo de Estado pero no lo fue. La providencia que resolvió el recurso de anulación asumió implícitamente que la causal 6 de anulación, prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se contrae a autorizar la anulación de los laudos que debiendo ser en derecho tienen la peculiaridad -insólita, según el Banco- de no invocar en sus sustento norma alguna del orden jurídico. Esta concepción, en criterio del actor, conduce a que dicho recurso se convierta en un instrumento de precario valor en la defensa del derecho objetivo y de los derechos subjetivos, toda vez que supone aceptar como jurídicos laudos que se soportan en normas legales inconstitucionales, lo cual desconoce los fundamentos constitucionales del orden jurídico. Al sostenerse en la providencia de nulidad que la causal 6 de anulación invocada no es aplicable, por cuanto el laudo se fundó en derecho pero sin profundizar en la vigencia o validez del derecho efectivamente aplicado, la tutela señala que se deja sin efectos el recurso de anulación:

“de este modo, se llega fácilmente a restar todo alcance a las causales de nulidad de los laudos. Solo en casos inconcebibles, rayanos en la invencible vacuidad y capricho o desfachatez de los árbitros, podría esperarse que un laudo no se profiera por lo menos con la fachada de un acto judicial fundado en normas y análisis de hechos. Si el tipo y el calibre del control que aplica la Justicia estatal se limita a verificar que se citen normas, sentencias y doctrinas, sin detenerse a verificar su índice así sea laxo de relevancia y validez constitucional, no tiene la más mínima justificación que se establezcan causales de nulidad de los laudos y que la correlativa expectativa de justicia sustancial se incorpore en el contenido del derecho al debido proceso”.[30]

Petición de la acción de tutela

20. Con fundamento en lo anterior, la tutela solicita que se declaren vulnerados los derechos al debido proceso y a la igualdad, por parte del Juez Contencioso Administrativo y el Tribunal de Arbitramento, y que “como consecuencia, se deje sin efectos el laudo arbitral demandado y la sentencia que lo sostuvo por constituir tales providencias vías de hecho”.

Contestación de la acción de tutela, e intervención de las aseguradoras

21. El conocimiento de la acción de tutela le correspondió por reparto a la Sección Cuarta

del Consejo de Estado, la cual ordenó notificar a la Sección Tercera –Subsección C- de esa Corporación y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, así como a Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. Dentro del término para allegar contestación a la tutela, se presentaron las siguientes respuestas:

21.1. La Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado, a través del Consejero que fue ponente de la decisión contencioso-administrativa cuestionada, solicitó denegar la tutela. En primer lugar, advierte que el recurso de anulación resuelto por el fallo del 8 de julio de 2015 solo es procedente “por vicios procedimentales o in procedendo, m[a]s no de juzgamiento o in iudicando y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley”. Por lo tanto, el recurso de anulación no procede para provocar una suerte de segunda instancia arbitral, orientada a abordar nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, o el debate probatorio. En segundo lugar, considera que en este caso no están dados dos de los requisitos generales de procedibilidad. Por una parte, el asunto no reviste evidente relevancia constitucional, ya que se trata de un desacuerdo del actor con el laudo y la decisión que declaró infundado el recurso, lo cual no se diferencia de una impugnación para obtener un pronunciamiento de segunda instancia sobre el laudo o sobre el fallo de anulación. Por otra parte, señala que no existe una irregularidad procesal que sea determinante en la sentencia cuestionada, toda vez que no se endilga a la decisión otro defecto que el de haber aplicado la ley adecuadamente, sin convertir el recurso de anulación en una impugnación de instancia. En tercer lugar, arguye que la sentencia acusada no incurre en ningún defecto constitutivo de violación de derechos fundamentales, toda vez que se fundó en el orden jurídico, se basó en los hechos probados, respetó el marco constitucional, aplicó el procedimiento pertinente, y no desconoció el precedente en la materia.

21.2. Los Árbitros del Tribunal que dictó el laudo cuestionado solicitaron negar la acción de tutela.[31] Sostienen que el laudo del 12 de noviembre de 2014 se emitió en derecho, y no presenta ningún defecto constitutivo de vía de hecho. Consideran que el laudo “habla por sí solo”, pero agregan que en él no se observan defectos sustantivos, orgánicos ni fácticos, como los que plantea el tutelante. No es cierto, en su sentir, que el Tribunal careciera de competencia, que se hubiese basado en normas inexistentes o inconstitucionales, o que se hubiese carecido del apoyo probatorio para aplicar el supuesto legal de la norma en que se fundó la decisión. En realidad, este es a su juicio un “debate típico de interpretación

contractual”, en el cual el juez o los árbitros cuentan con un discreto margen de autonomía. En ese margen, el Tribunal de Arbitramento obró conforme al ordenamiento, pues como se aprecia en el laudo trajo a colación normas constitucionales y legales aplicables al contrato de seguros sujeto a interpretación, y examinó con detalle el negocio jurídico tanto como las pruebas regularmente aportadas al proceso. El que el laudo haya sido en derecho, lo demuestra precisamente la existencia de un salvamento de voto, pues este fue fruto de una discusión jurídica en la cual, por su naturaleza, se intercambiaron argumentos de derecho, y no opiniones en conciencia. De tal suerte, descartan que se haya incurrido en defectos orgánico, sustantivo y fáctico. Cosa distinta es que el Banco de la República no esté de acuerdo con la decisión, cuestión que en definitiva es propia del ámbito jurídico. En el memorial de respuesta dice lo siguiente sobre cada defecto endilgado:

“[b]asta con la sola lectura del Laudo para advertir que, de principio a fin (páginas 51 a 350), se trata de un pronunciamiento en derecho, sustentado y razonado, con invocación de normatividad –además de jurisprudencia y doctrina– válida, vigente y aplicable [...] El Laudo pone de presente que el Tribunal se ocupó, a espacio, del examen del régimen normativo –constitucional y legal del Banco de la República, antes y después de la Constitución de 1991, incluidos los tópicos relativos a su función regulatoria y a la diferenciación con los bancos comerciales (páginas 172 a 190) y lo tuvo en cuenta, desde luego en el contexto y con el alcance que correspondía, de cara al contenido contractual íntegro que era materia de interpretación [...] El Laudo da cuenta de la expresa consideración del régimen legal del contrato de seguro que se estimaba relevante para el examen de la controversia (páginas 111 a 131), y lo aplicó en función de las características específicas y particulares de la relación [...] Igualmente, el Laudo incorpora un completo análisis del marco normativo aplicable en materia de interpretación contractual, a partir de las disposiciones del Código Civil, plenamente operantes en materia mercantil, incluyendo la hipótesis de consideración de normas de contenido hermenéutico adicionales o complementarias [...] el Laudo muestra en su contenido que el Tribunal conforme al criterio rector de la sana crítica (páginas 53, 54, 229, 341), hizo la revisión de las pruebas asociadas a los diferentes y opuestos argumentos invocados por cada una de las partes, y lo hizo tanto de manera individual –excediendo incluso las exigencias al efecto previstas en el artículo 304 del C.P.C.–, para ir estructurando el alcance persuasivo de cada uno de ellos, como en conjunto, para con base en ello definir la orientación decisoria en punto a la contrapuesta interpretación planteada por las partes respecto del contrato de seguro”. [32]

21.3. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá presentó informe para sostener que no tiene funciones de intervención en el desarrollo de los Tribunales arbitrales ni de toma de decisiones. Por tanto, aduce falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que a él se refiere, y solicita declarar improcedente su vinculación a este proceso de tutela.

21.4. Las Aseguradoras Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. contestan la tutela para proponer su improcedencia, o en subsidio su improsperidad.[33] Sostienen que el Banco de la República ya había interpuesto una acción de tutela contra el laudo del 12 de noviembre de 2014, la cual fue declarada improcedente por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de mayo de 2015, habida cuenta de que para entonces aún estaba en curso el recurso de anulación contra el mismo laudo ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Dicha decisión no fue impugnada por la parte actora, la cual tampoco solicitó su revisión por la Corte Constitucional. En consecuencia, a su juicio, en primer lugar, la tutela es improcedente debido a que el asunto está protegido por la cosa juzgada constitucional. En segundo lugar, con fundamento en los mismos hechos, la tutela sería improcedente por falta de subsidiariedad, ya que en ese primer proceso de tutela contra el laudo el Banco de la República contaba con otros medios de defensa judicial, como eran la impugnación del fallo de tutela de primera instancia o la solicitud de revisión por la Corte Constitucional, ninguno de los cuales ejerció. En tercer lugar, señala que la acción de tutela es un instrumento de protección de derechos fundamentales que requieran amparo inmediato, en un proceso preferente y sumario, pues así lo prevé el artículo 86 de la Constitución, pero este no es el caso. En cuarto lugar, aduce en varios pasajes que la controversia planteada es puramente contractual, y no tiene ningún nivel apreciable de relevancia constitucional, por lo cual lo que pretende el peticionario es convertir la tutela en una segunda instancia arbitral o del trámite de anulación de laudos arbitrales. Sin perjuicio de lo cual, se refiere particularmente a la procedencia formal y al mérito de los cargos planteados por el Banco de la República del siguiente modo:

a) Sobre el presunto defecto sustantivo y orgánico del laudo. Las Aseguradoras consideran que este cargo es improcedente y no tiene sustento de fondo. Es improcedente, en primer

término, porque ya este asunto se había resuelto en la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 28 de mayo de 2015, en el primer proceso de tutela contra el laudo. En ese caso, por lo demás, el Banco no impugnó el fallo de primera instancia ni solicitó a la Corte Constitucional su revisión, por lo cual la tutela también por este cargo sería improcedente. Por otra parte, considera que este supuesto defecto se funda en la presunta inconstitucionalidad del artículo 1624 inciso 1º del Código Civil para este caso, pero el Banco de la República en ningún momento planteó excepción de inconstitucionalidad durante el proceso arbitral, siendo esta una exigencia de procedencia de la tutela en casos como este [cita en su respaldo las sentencias T-701 de 2004, T-443 de 2008, entre otras]. De hecho, señala que el Banco invocó expresamente en sus alegaciones ante el Panel el artículo 1624 inciso 2 del Código Civil, luego a su juicio hay una deslealtad de parte del tutelante en plantear argumentos que no había presentado, o que de hecho contradicen sus propias actuaciones procesales anteriores. Además, la propia longitud de la tutela, que tiene 167 páginas, así como el contenido de sus cargos orientado a rebatir la valoración probatoria, demuestran que este es un intento de la parte actora de añadir una instancia ordinaria al proceso arbitral, lo cual desconoce la estructura jurídica del arbitraje en el orden nacional. Semejantes cuestiones no son propias de un proceso de tutela, caracterizado por ser preferente, sumario y con vocación de protección inmediata de los derechos. Contra un laudo arbitral cabe el recurso de anulación, que el Banco ya instauró y fue resuelto en sentido desfavorable a sus intereses, y no hay prueba de que sea un instrumento inidóneo de protección de sus derechos. Agrega a lo anterior que este asunto no reviste carácter constitucional, pues el actor se limita a invocar normas constitucionales - como las relativas a la igualdad, al debido proceso, la buena fe, y las que regulan el Banco de la República- sin precisar por qué este sería un asunto de evidente relevancia constitucional. Invocar principios constitucionales es insuficiente para satisfacer los requisitos de procedencia de la tutela contra laudos, pues cualquier tutela invoca derechos fundamentales. En particular, en lo que atañe a la referencia a las normas constitucionales que definen las funciones del Banco de la República, dice:

En cuanto al argumento de fondo, considera que el asunto resuelto en el laudo es distinto de cómo lo presenta el Banco. Dice que en una póliza de seguros, el ámbito de cobertura del amparo no viene definido por la identidad del tomador o el asegurado, sino por lo que el tomador deseaba comprar y lo que había disponible en el mercado de seguros. El hecho de que en el formulario de solicitud el Banco se haya identificado como 'Banco Central' no

supone una asunción automática, por parte de las aseguradoras, del aseguramiento de su función regulatoria. “La cobertura del seguro”, según la contestación, “no depende de quién es el tomador, sino de las actividades y de los riesgos propios del contrato de seguros que existe en el mercado para cubrir esas específicas actividades y riesgos”. Por lo tanto, para definir el alcance del seguro es preciso no solo mirar quién es el tomador sino además el amparo efectivamente pactado. Pues bien, en este contexto es posible advertir que el laudo cuestionado no ignoró la regulación constitucional del Banco de la República, sino que advirtió en ella una diversidad de funciones, entre las cuales clasificó algunas como bancarias, y dentro de ellas no ubicó a las funciones regulatorias, las cuales serían entonces según esto funciones no bancarias. Esto no solo tiene sustento, a su juicio, en la Constitución sino también en un análisis de las funciones reguladas en la Ley 31 de 1992 que contiene el marco legal del Banco de la República. Dado lo anterior, y ante la persistencia de la duda en el Tribunal, era preciso acudir a una regla que la definiera, y para ello acudió al artículo 1624 del Código Civil, que aplica de forma residual a los contratos de seguros, de conformidad con el artículo 1036 del Código de Comercio. Por tanto, no es cierto que no se hubiera tenido en cuenta el diseño constitucional del Banco de la República o el derecho de seguros. Pero, además, el hecho de que se hubiera fundado la decisión en un grupo amplio de normas y doctrina jurídicas, demuestra que no hubo un defecto orgánico por falta de competencia:

“no puede decirse que el Laudo no tomó en cuenta las normas constitucionales sobre la función regulatoria del Banco de la República. Lo que ocurre es que las Aseguradoras explicaron, analizando varios artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que éste y la Ley 31 de 1992 desarrollan los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución, y contienen normas de la mayor importancia para distinguir, entre el conjunto de funciones constitucionales del Banco, descritas en el artículo 371 de la Constitución, las que pueden considerarse regulatorias y las que constituyen, en verdad, ‘servicios bancarios’ o ‘financieros’. No es, pues, verdad, que no se hayan tenido en cuenta en el proceso y en el Laudo las normas constitucionales, sino que, además de tenerlas en cuenta, se aplicaron las normas que, en forma especial, regulan los servicios bancarios y financieros del Banco enumerados en la ley. [...] No tiene fundamento, tampoco, la afirmación según la cual el Laudo se apartó de normas sustantivas e imperativas del ‘derecho de seguros’, de acuerdo con las cuales habría sido posible resolver la controversia sin apelar a la norma residual de un estatuto que tendría lugar secundario en el ‘sistema de fuentes’: el Código Civil. Esa

afirmación contradice la más importante norma del 'derecho de seguros, a saber, el artículo 1036 del Código de Comercio [que define al de seguros como un 'contrato']. Siendo el seguro un 'contrato', no es posible sostener que el Laudo incurrió en 'defecto sustancial' por haber aplicado entre sus fundamentos -no el único, por cierto- una norma del Código Civil diseñada para uso en todos los contratos (el artículo 1624). [...] Por último, y con referencia al supuesto 'defecto orgánico' [...] es fácil observar que, en la demanda, el cargo se funda, únicamente, en el supuesto de que el Laudo se dictó en 'equidad'. Arriba quedó analizado que [...] el Tribunal no omitió la consideración de las normas constitucionales y legales a las que se refiere la demanda".[34]

b) Sobre el presunto defecto sustantivo del laudo, por no aplicar las normas relevantes. Las Aseguradoras sostienen, en primer lugar, que dentro del proceso arbitral el Banco de la República no invocó todas las normas constitucionales y legales que hoy estima no debidamente aplicadas por el Laudo. Dice que en el proceso arbitral, el hoy tutelante solo citó los artículos 371 a 373 de la Constitución, 1058 del Código de Comercio y 1620, 1622 y 1624 inciso 2 del Código Civil. Por tanto, considera que la tutela debe considerarse improcedente para fundar la supuesta vía de hecho en la presunta inaplicación de otras normas constitucionales, del Código de Comercio y del EOSF, pues no fueron planteadas en su momento. No obstante lo cual, se pronuncia sobre el fondo de cada una de las disposiciones supuestamente no aplicadas en el Laudo.

- Señala la contestación que, además de lo dicho anteriormente, en lo cual se aprecia que el Tribunal de Arbitramento sí tuvo en cuenta los artículos 371 y siguientes de la Constitución, en el laudo hay un acápite completo y extenso que se titula "El Banco de la República y su condición de 'Banco Central', antes y después de la Constitución de 1991. La Junta Monetaria como autoridad encargada de las funciones regulatorias. Marco normativo y jurisprudencial relevante asociado a la calificación de los actos del Banco de la República relevantes para la controversia", En ese acápite, el laudo expone las características funciones del Banco de la República, antes y después de la Constitución de 1991, por lo cual mal podría decirse que las normas constitucionales sobre la materia no fueron aplicadas al caso.

- Los artículos 58, 333, 150 numeral 19, y 189 numerales 24 y 25, de la Constitución, que se refieren a la propiedad privada y al orden económico, así como a la autoridad facultada

para regular los seguros, dicen las Aseguradoras que “no se ve cuál es la relación que tienen dichas normas con la controversia”, toda vez que en este caso se trata de un negocio jurídico que atañe exclusivamente a los intereses de las partes.

- El artículo 823 del Código de Comercio, que contempla una regla de interpretación de los vocablos técnicos empleados en documentos orientados a probar contratos u obligaciones mercantiles, fue expresamente considerado y analizado por el Tribunal en un pie de la página 244 del Laudo, por lo cual no puede aseverarse no se tuvo en cuenta.

- El artículo 1624 inciso 2 del Código Civil, que consagra una regla ‘contra proferentem’; es decir, contra quien dictó la cláusula, fue debidamente analizado pero se descartó su aplicación al caso, por cuanto las cláusulas de la PGB y el Anexo 11 fueron construidas de forma bilateral, habida cuenta de que las integraba el formulario de solicitud que el Banco de la República llenó.

- El artículo 1058 del Código de Comercio, del cual se derivan para los aseguradores cargas de información y diligencia, fue examinado e incorporado en el Laudo en las páginas 104 a 105, 109 y 282. Se aprecia además que las Aseguradoras no faltaron a su deber de información y diligencia, pues precisamente para obtener la información necesaria y suficiente del tomador y de las actividades amparadas estructuró el negocio de suerte que el banco llenara en primer lugar el formulario de solicitud de póliza.

- Los artículos 97 numeral 1, 98, 100 numeral 1, y 184 numeral 1 del EOSF no eran aplicables al caso, pues el Banco nunca pidió que se aplicaran, ni las Aseguradoras las violaron toda vez que no se ha probado que “las Aseguradoras hubiesen violado un patrón de debida diligencia en la prestación de sus servicios al Banco; o que la Póliza no hubiese respondido al régimen de libertad de competencia; o que la Póliza no fuese de fácil comprensión, y mucho menos para los expertísimos funcionarios y asesores del Banco”. [35] De cualquier forma, el Tribunal sí se refirió en el laudo al artículo 184 del EOSF.

- El artículo 1072 del Código de Comercio, que define el siniestro como la realización del riesgo asegurado, no fue aplicado al caso por cuanto el siniestro no aconteció. Las dos conductas designadas por el Banco como constitutivas de pruebas de asunción del siniestro por parte de las Aseguradoras, a saber, la cancelación de honorarios para los procesos judiciales por UPAC y la falta de pago de la bonificación por no acaecimiento del siniestro,

fueron debidamente abordados por el Tribunal, y su mérito considerado insuficiente.

- El artículo 1056 del Código de Comercio, el cual establece que con las restricciones legales el asegurador podrá a su arbitrio asumir los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, sí fue incorporado al razonamiento del Tribunal. Solo que la norma no establece, como lo asume el Banco, que las exclusiones sean la única forma de determinar si un riesgo está incluido en el amparo, pues existe otra manera de hacerlo y es la propia definición o descripción de los riesgos cubiertos. Por tanto, lo que hizo el Tribunal fue tomar su decisión con base en ambos elementos, y esto no implica que hubiese desconocido la norma legal citada.

- Finalmente, señala que el laudo no desconoció el artículo 1135 del Código de Comercio, que estatuye el principio de independencia entre los contratos de seguro y reaseguro, por cuanto el Tribunal expresamente señaló esa separación, no obstante la cual consideró relevante tener en cuenta los negocios de reaseguro para interpretar en el contexto negocial apropiado las cláusulas de la PGB y el Anexo 11.

Con fundamento en lo anterior, no existe la vía de hecho por defecto sustantivo, originada en la inaplicación de reglas aplicables, invocada por el tutelante.

c) Sobre el supuesto defecto fáctico del laudo. En este punto, la Aseguradoras recuerdan que el expediente arbitral tiene 68 cuadernos de pruebas y 17 testimonios y experticias, y la valoración probatoria se dio a todo lo largo del laudo. En sus consideraciones se puede observar que el Tribunal expresó razones en todos los casos para acoger o desechar las diversas pruebas y para atribuirles valor dentro del proceso, y cada argumento corresponde a la sana crítica. Por lo mismo, en su concepto no puede hablarse de 'defecto fáctico', toda vez que este presupone un error "ostensible, fragante y manifiesto", que en este caso no se presenta. De hecho, señala, la parte más extensa del laudo se dedica precisamente a valorar los medios de prueba razonablemente. El Tribunal valoró detenidamente el texto de la Póliza, y en particular el Anexo 11, los formularios de solicitud de póliza, los anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración de la PGB, las declaraciones de terceros y los conceptos de expertos, así como las reglas sobre carga de la prueba y la demostración de los elementos estructurales del negocio. Las Aseguradoras resaltan entonces ciertos pasajes del laudo. Muestran, en primer término, que las pólizas suscritas antes de la

Constitución de 1991 incorporaban a la Junta Monetaria como dependencia del Banco de la República, pero señalan que el laudo desestimó razonablemente las implicaciones de este hecho en la definición de la cobertura de la PGB 1999-2000. En especial, destaca las declaraciones de expertos quienes conceptuaron en el proceso que el aseguramiento de la Junta Monetaria no implicaba necesariamente el amparo de los riesgos regulatorios para la época, y una comunicación de un miembro del Banco, surtida en el proceso de negociación de la Póliza siguiente (2000-2001). En esta última se decía que, la pretensión de las aseguradoras de excluir expresamente el riesgo regulatorio, hacía que la Póliza fuera “igual que como sucedía con las decisiones de la Junta Monetaria”, lo cual descartaría que entonces se cubriera el riesgo regulatorio.

Señalan además que el Tribunal tuvo debidamente en cuenta los hechos y circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la PGB. Dice que por una parte en el laudo se examina apropiadamente la normatividad en virtud de la cual el contrato está integrado por el formulario de solicitud de póliza, y que ambos elementos fueron interpretados razonablemente. Igualmente, destaca que la selección de estos aseguradores no se dio porque incluyeran el riesgo regulatorio dentro del amparo, sino porque tenían otras garantías debidamente acreditadas dentro del proceso que no ofrecían las compañías competidoras. En cuanto a la Póliza D&O, el Tribunal explicó adecuadamente que si bien en ella hubo una inclusión expresa del riesgo regulatorio para el mismo periodo de vigencia, eso no implicaba necesariamente que el mismo estuviera incluido en la PGB. Respecto del pago de gastos de defensa en el marco de procesos de reclamación contra el Banco por UPAC, sostiene que el laudo también abordó este punto, así como el de la bonificación por no acaecimiento del siniestro, de modo que no hubo una valoración irrazonable de las pruebas. El hecho de que en la renovación de la PGB se hubiera excluido expresamente el riesgo regulatorio fue valorado también por el Tribunal, en el sentido de que esto por sí mismo no indicaba que en la PGB 1999 dicho riesgo estuviera incluido. Finalmente, en lo que respecta a la comunicación enviada por el Gerente de Negocios Estatales, en la cual reconoce que la exclusión del riesgo regulatorio en la renovación de la PGB supone disminuir la protección antes prevista, también fue apreciada con sana crítica por el Panel de Árbitros. Por tanto, no puede aseverarse que hubiese una valoración irrazonable de las pruebas.

d) Sobre el supuesto defecto procedimental por incongruencia en el fallo de anulación. En

concepto de las Aseguradoras, el argumento de la tutela según el cual el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil es inconstitucional en el caso concreto, y por tanto debía inaplicarse incluso en sede de anulación, debe declararse improcedente puesto que durante el proceso arbitral el Banco no invocó la excepción de inconstitucionalidad. Aparte, en realidad lo que hace la tutela es confundir las nociones de “aplicabilidad” y “validez”, pues aunque pretende sostener que para este caso la norma legal referida es inconstitucional, en realidad su argumentación se dirige a señalar que no es aplicable. Además, la sentencia de anulación no incurre en el defecto endilgado, pues no es cierto que en ella se hubiese considerado improcedente la excepción de inconstitucionalidad sobre la base de no haberse probado su derogatoria o su declaratoria de inexecutable o nulidad, pues en lo pertinente la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado se limitó a sostener que no había elementos suficientes que mostraran una inconstitucionalidad manifiesta. Por lo mismo, el defecto que se le endilga no tiene sustento en la sentencia.

e) Sobre el presunto defecto sustantivo en el fallo de anulación. Las Aseguradoras afirman además que el Consejo de Estado actuó dentro del marco jurídico pertinente a su actuación como Juez de anulación, toda vez que se limitó a constatar si el laudo se expidió en derecho o en conciencia, y no descendió hasta verificar la plausibilidad del modo como el derecho efectivamente se aplicó. Subraya entonces que el recurso de anulación, con fundamento en la causal 6 invocada por el Banco de la República, no es un instrumento para reabrir discrepancias propias de instancias, sino para plantear argumentos que muestren con objetividad la ausencia efectiva de un laudo en derecho. En este caso, el laudo no solo se expidió en derecho, sino que la sentencia que negó la anulación mostró por qué era así, tras revisar la copiosa legislación, doctrina y jurisprudencia referida en las consideraciones de la decisión. Insiste en que el actor confunde las nociones de validez y aplicabilidad, pues sostiene que en este caso no se aplicó derecho válido, pero en realidad lo que arguye es que se aplicó el derecho, solo que en su opinión no era aplicable, lo cual es distinto, y además impropio de las causales de anulación de laudos. En suma, aduce que en el fallo del 8 de julio de 2015 no se advierten los defectos que el actor le achaca.

Decisión judicial de tutela objeto de revisión

22. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, a quien le correspondió el conocimiento de la acción, decidió negar la tutela mediante sentencia del 26 de noviembre de 2015. En primer

lugar, señaló que ni el laudo ni la sentencia de anulación incurrieron en defecto orgánico, toda vez que el Tribunal de Arbitramento derivó su competencia de la “cláusula 14 estipulada en el contrato de Póliza de Seguro Global Bancario No. 1999”, y la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado la deriva del artículo 149 la Ley 1437 de 2011. En segundo lugar, sostuvo que ninguna de las decisiones cuestionadas incurrió en defecto sustantivo, toda vez que algunas de las normas invocadas, como los artículos 823 y 871 del Código de Comercio no vienen al caso, y las demás fueron debidamente analizadas e incorporadas al razonamiento tanto del Tribunal como de la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado. Este último, por otra parte, fundó su decisión de no anular el laudo en la normatividad aplicable a la materia, teniendo en cuenta la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación. El hecho de que no se hubiera aplicado la excepción de inconstitucionalidad no es evidencia de un defecto, toda vez que no se probó la inconstitucionalidad de la norma. En tercer lugar, concluyó que no hubo defecto fáctico, pues el Tribunal estudió la naturaleza del contrato celebrado, analizó la póliza suscrita, el objeto del negocio y sus cláusulas, valoró con razones las pruebas aportadas, interpretó la legislación pertinente y decidió con argumentos. Agregó que la Sección Tercera Subsección C, por otro lado, señaló que conforme a la ley en sede de nulidad no es posible discutir asuntos probatorios o de hermenéutica propios de los árbitros, de modo que no por abstenerse de hacerlo incurre en un defecto. Finalmente, dijo que en el fallo de la Sección Tercera Subsección C tampoco se observa un defecto procedimental, habida cuenta de que está claro que analizó las causales invocadas en el recurso de anulación, conforme a la ley. Esta decisión no fue impugnada, y se remitió entonces directamente a esta Corte.

Intervenciones presentadas en el trámite de selección y revisión del proceso ante la Corte Constitucional

23. El Vicedefensor del Pueblo presentó insistencia ante la Corte para la selección y revisión del expediente de la referencia. Consideró necesaria la revisión del caso, con miras a aclarar el contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso en relación con los tribunales de arbitramento y el sentido de las normas constitucionales que erigen al Banco de la República (artículos 371 a 373 de la Carta) como máxima autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, que implica la potestad de su Junta Directiva para expedir regulaciones en esas materias. Explicó que el laudo cuestionado, al concluir que existía una “duda” sobre el alcance de la cobertura de la PGB, para así absolver a las entidades

aseguradoras sin hacer un análisis de la naturaleza y funciones del Banco de la República, pudo incurrir “en un defecto sustantivo por indebida interpretación normativa, ya que consideró que la póliza no podía interpretarse en el sentido de amparar los riesgos cubiertos de la función regulatoria del Banco”. En su criterio, la PGB estaba enderezada a proteger a las entidades que conforman el sistema financiero contra los principales riesgos derivados del desarrollo de su objeto social, tal como fue informado por la entidad demandante al diligenciar el formato de solicitud de seguro, en el que indicó que su actividad no es la de banca comercial sino la de Banco Central que implica el ejercicio de actividades regulatorias. Por ende, el Vicedefensor indicó que la relevancia constitucional del caso radica en la posibilidad de resolver la tensión que existe entre el valor normativo de la Constitución y el ordenamiento civil y comercial en las disposiciones contractuales, y la eficacia de los seguros vinculados a cubrir daños antijurídicos derivados de la actuación estatal.

24. Las Aseguradoras, por su parte, presentaron un nuevo memorial el 19 de julio del año 2016, en el cual reiteran argumentos ya presentados en su contestación a la tutela. Agregan, en cuanto al fondo del asunto, que en las sentencias C-383 de 1999 y SU-353 de 2013, la Sala Plena de esta Corporación concluyó que el Banco de la República actuó conforme a la ley cuando su Junta Directiva expidió la Resolución No. 18 de 1995, en la que fijó la metodología para señalar el valor UPAC, por la cual no podría imputársele responsabilidad alguna por daño antijurídico a terceros derivada de ese acto. Por consiguiente, consideran que si no hubo daño antijurídico a terceros, no hay interés práctico alguno ni necesidad de protección o reparación para un derecho fundamental y carece de relevancia determinar si la Póliza Global Bancaria amparaba o no al Banco contra los reclamos de los terceros que afirmaban haber sido ilegalmente damnificados por su actuación. Aseveran además que los argumentos de la insistencia presentada por la Defensoría del Pueblo parten de una premisa que no es cierta, como quiera que no es verdad que el Banco haya contratado la PGB para prevenir o amparar los eventuales daños antijurídicos producto de su actividad regulatoria. Resalta asimismo, que la Procuraduría General de la Nación intervino en el proceso de anulación del laudo que se surtió ante el Consejo de Estado, para manifestar que el mismo se profirió en derecho y no incurrió en las irregularidades que advierte el Banco de la República.

## II. CONSIDERACIONES

## Competencia

1. La Sala Plena es competente para estudiar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Reglamento Interno de la Corporación.

Asunto previo. Examen de procedibilidad general de la tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales

2. En este caso el Banco de la República cuestiona el laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 2014 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias con Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A., y contra la providencia del 8 de julio de 2015, dictada por la Sección Tercera- Subsección C- del Consejo de Estado, que resolvió desfavorablemente el recurso de anulación interpuesto por el Banco de la República contra dicho laudo. Por consiguiente, es preciso examinar si la acción de tutela cumple en primer lugar los requisitos generales de procedibilidad de este instrumento cuando se dirige contra providencias y laudos arbitrales.

3. La acción de tutela es un medio de protección de derechos fundamentales cuando “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (CP art 86). La jurisprudencia constitucional ha interpretado que esta disposición autoriza promover el amparo también contra las decisiones de autoridades judiciales, cuando violen o amenacen derechos fundamentales.[36] Actualmente, conforme a la sentencia C-590 de 2005,[37] la tutela contra providencias procede cuando satisfaga dos grupos de causales: por una parte, las denominadas ‘generales’ o ‘requisitos de procedibilidad’, mediante las cuales se establece si la providencia judicial acusada puede ser objeto de estudio por el juez de tutela; y por otra las causales ‘especiales’, ‘específicas’, o ‘de procedibilidad propiamente dichas’, con las cuales se define si una providencia violó los derechos fundamentales.

4. En cuanto a las condiciones de procedibilidad generales o requisitos de procedibilidad, que ocupan a la Corte en el presente acápite, han sido presentadas en los siguientes términos. Es preciso (a) que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional; (b) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de

defensa judicial al alcance de la persona afectada,[38] salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable,[39] o de proteger a un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado;[40] (c) que se cumpla el requisito de la inmediatez;[41] (d) en el evento de hacer referencia a una irregularidad procesal, debe haber claridad en que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora;[42] (e) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre y cuando hubiere sido posible;[43] (f) que no se trate de sentencias de tutela.[44]

5. Esta jurisprudencia sobre procedibilidad general de la tutela contra providencias judiciales se ha aplicado también al examen de procedencia de la tutela contra laudos arbitrales, aunque con ciertas particularidades que lo hacen “más estricto”. [45] Como señaló la Corte en la sentencia SU-174 de 2007, el carácter especial del examen de procedibilidad de las tutelas contra laudos obedece a: (a) su estabilidad jurídica, (b) la naturaleza excepcional y transitoria de la resolución de conflictos mediante arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias ante árbitros y no ante jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.[46] Dado que las partes del conflicto acordaron voluntariamente, y en virtud de la facultad que les da la propia Constitución (CP art 116), apartarse de la justicia estatal para someterse a la decisión de particulares investidos transitoriamente de jurisdicción como árbitros, la intervención de los jueces estatales está en principio vedada, salvo que se presenten las condiciones generales y específicas contempladas en la ley para la procedencia de los recursos de anulación, por ejemplo, o las precisadas en la jurisprudencia para la procedibilidad de la acción de tutela. En este caso es entonces importante dividir el examen de procedencia del amparo contra la sentencia que resolvió el recurso de anulación, del que se hará respecto del laudo arbitral, lo cual además cumple un fin de claridad en la exposición.

Examen de procedencia general de la tutela contra la sentencia del 8 de julio de 2015, que resolvió el recurso de anulación contra el laudo arbitral

6. En este caso se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, por las siguientes

razones:

6.1. (a) Los asuntos que plantea la acción de tutela contra la sentencia de la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado son dos. En primer lugar, sostiene que estudió su excepción de inconstitucionalidad contra el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, bajo condiciones que no son propias de esa institución, toda vez que en criterio del actor le exigió probar la existencia de un fallo de anulación o de inexequibilidad de la norma legal, o bien demostrar su derogatoria. En principio, y sin juzgar el fondo, esta cuestión es de evidente relevancia constitucional, toda vez que la excepción de inconstitucionalidad es precisamente una institución contemplada para que cada juez de la República, en el curso de los procesos ordinarios de su competencia, garantice la supremacía de la Constitución por la vía de aplicar las disposiciones constitucionales en caso de que sean incompatibles con la ley u otra norma jurídica (CP art 4), y sin necesidad de que exista un fallo de nulidad o de inexequibilidad, ni mucho menos una derogatoria.

En segundo lugar, la tutela indica que el fallo de anulación hizo una interpretación demasiado estricta de la causal 6 del artículo 163, Decreto 1818 de 1998, pues esta señala que puede anularse un laudo por “[h]aberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, y debe poderse aplicar no solo cuando los árbitros no aplican el derecho, y lo marginan por completo de su decisión, sino también cuando el derecho que aplican y determina la suerte de la controversia no es válido por ser inconstitucional, pues en ese caso en realidad no se trataría de una decisión en derecho sino desprovista de juridicidad. Sin juzgar su mérito sustancial, puede observarse que el planteamiento no versa exclusivamente sobre la base de que el recurso de anulación, por la causal 6 invocada, permita cuestionar la validez del derecho aplicado por los tribunales de arbitraje, sino que plantea un asunto constitucional de fondo. En efecto, es de evidente relevancia constitucional determinar si el órgano judicial que conoce de un recurso de anulación contra un laudo, con base en la causal 6 mencionada, puede anularlo cuando advierte que el único soporte de la decisión arbitral es una o varias normas inconstitucionales en concreto, pues de eso depende nada menos que la eficacia del recurso de anulación en la defensa de la supremacía constitucional (CP art 4). Por tanto, este requisito se encuentra superado.

6.2. (b) Contra el fallo cuestionado, para solicitar lo que se pretende mediante tutela en

este caso, no procede recurso alguno. En primer lugar, por ser una sentencia proferida además por una Sección del Consejo de Estado, no eran procedentes los recursos de reposición, apelación, queja o súplica (CPACA arts. 242 y ss.).[47] En segundo lugar, tampoco procedía el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, toda vez que este sólo cabe interponerlo contra sentencias dictadas por tribunales administrativos en única o segunda instancia (CPACA art 257). Finalmente, no era posible promover un recurso extraordinario de revisión, pues las razones por las cuales se cuestiona la sentencia no se subsumen en ninguna de sus causales (CPACA art 250 nums 1 a 8). En efecto, no se centran en plantear el hallazgo o recuperación posteriores al fallo de documentos decisivos para el asunto contencioso (num 1). Tampoco se sostiene que la sentencia se hubiese dictado con base en documentos falsos o adulterados, o dictámenes de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición (nums 2 y 3). No se alega, de otro lado, la existencia de un fallo penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia (num 4), o que hubiese motivo de nulidad originado en la sentencia (num 5). Los argumentos de la tutela tampoco plantean que haya aparecido, después de la sentencia demandada, una persona con mejor derecho para reclamar (num 6), ni se trata de una prestación periódica (num 7), ni se aduce que el asunto resuelto por el Consejo de Estado estuviera cubierto por cosa juzgada (num 8). En síntesis, no procedía entonces recurso ordinario o extraordinario alguno contra el fallo ante la justicia contencioso-administrativa.

6.3. (c) En esta ocasión no hay problemas de inmediatez. La sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado se expidió el 8 de julio de 2015, y la acción de tutela bajo examen se interpuso el 16 de septiembre del mismo año. Ninguna de las partes o sujetos intervinientes aduce falta de inmediatez, y ese término de un poco más de dos meses resulta razonable para cuestionar la constitucionalidad de un fallo de anulación. (d) Por otra parte, en este caso la acción de tutela clasifica como procedimental uno de los defectos endilgados a la providencia referida. Se trata del cuestionamiento contra el fallo por haber incurrido presuntamente en incongruencia al identificar adecuadamente la excepción de inconstitucionalidad propuesta en el recurso pero darle un tratamiento distinto e impropio de esa institución. En sentido estricto, más allá de si se trata de una irregularidad procesal, el vicio alegado se produjo presuntamente en la sentencia. De acuerdo con el actor, ese supuesto defecto tuvo efectos trascendentales en la decisión toda vez que fundamentalmente a causa de la misma se habría dejado de examinar el fondo del

cargo propuesto en el recurso, cual era el de la invalidez en concreto del único soporte normativo del laudo. La Corte advierte que la decisión judicial se apoya en parte en ese razonamiento cuestionado por la tutela, y esta expone con suficiencia por qué tuvo efectos trascendentales en el desenlace del asunto. Sin examinar de fondo la plausibilidad de este planteamiento, pues es un juicio impropio de la procedencia general, la Corte observa entonces que se cumple con este requisito toda vez que se presenta con claridad por qué el supuesto defecto fue decisivo para el sentido del fallo.[48]

6.4. (e) La parte actora identificó de manera inteligible los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, pues indicó que en sus alegaciones en el recurso de anulación planteó la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1624 inciso 1 del Código Civil y que no fue resuelta bajo el argumento de que no se aportó fallo de inexecuibilidad o de nulidad de la norma, o prueba de su derogatoria, lo cual vulnera su derecho fundamental a no ser juzgado sino conforme a derecho válido y vigente. Por otra parte, señala que en el recurso también planteó que el laudo no fue en derecho sino en conciencia, por cuanto se fundó en una norma inconstitucional, con lo cual en su concepto se le violó su derecho a la defensa de la posición de no ser juzgado sino por árbitros competentes. Estas cuestiones, al margen de si prosperan, surgen de la sentencia de anulación y no podían entonces plantearse antes del fallo controvertido. (f) Finalmente, la cuestionada no es una sentencia de tutela, sino de carácter contencioso administrativo, contra la cual el Banco de la República no había instaurado acción de tutela con antelación.

7. Por todo lo cual, en definitiva, la solicitud de amparo es procedente y la Sala Plena de la Corte Constitucional la estudiará de fondo tras examinar la procedibilidad de la tutela contra el laudo arbitral.

Examen de procedencia general de la tutela contra el laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014

8. La tutela plantea diversos cargos contra el laudo, la mayoría de los cuales superan las exigencias de procedencia general y pueden estudiarse de fondo.

8.1. (a) Los tres cuestionamientos contra el laudo tienen evidente relevancia constitucional:

8.1.1. Como se indicó, el primero de ellos consiste en un supuesto defecto sustancial y orgánico, derivado de la resolución del asunto con apoyo exclusivo y último en una norma que para el caso concreto era inconstitucional. La acción de tutela señala que la solución de un litigio, cuando descansa exclusivamente en una norma inválida, constituye un defecto sustantivo. Pero, además, cuando quien emite la decisión es un tribunal de arbitramento facultado únicamente para decidir en derecho, incurre también en un defecto orgánico, pues objetivamente su competencia se restringía a la de fallar la controversia conforme a derecho vigente y válido, es decir constitucional, en un territorio. No es este el espacio para dilucidar el problema de fondo, pero la relevancia constitucional de la acción de tutela que lo propone es evidente, toda vez que, de superar los demás requisitos de procedencia, en virtud suya le corresponde a la Corte definir si la norma era inconstitucional y, en caso afirmativo, si un tribunal de árbitros facultado para decidir en derecho tiene competencia para resolver el conflicto que se le somete con derecho inconstitucional para el caso concreto. Lo cual, como antes se indicó, tiene incidencia también no solo en el alcance del principio de supremacía constitucional en el ámbito del arbitraje, sino además en la determinación de los mecanismos para garantizarla.

8.1.2. En segundo lugar, la tutela sostiene que hubo un defecto sustantivo en el laudo, por cuanto el Tribunal no solo resolvió la controversia con una norma inaplicable y además inválida -artículo 1624 inciso 1 del Código Civil-, sino que además dejó de aplicar, o privó injustificadamente los efectos de, un grupo amplio de disposiciones que sí eran aplicables, válidas y vigentes. En ese grupo hay una serie de normas legales, provenientes del Código de Comercio, el EOSF y el Código Civil, pero además los artículos 371, 372 y 373 que regulan la estructura, los principios y las funciones del Banco de la República, en conjunto con diversas normas también de rango constitucional, entre las cuales menciona los artículos 58 (función social de la propiedad), 83 (buena fe), 150 numeral 19 y 189 numerales 24 y 25 (regulación, inspección, vigilancia, control e intervención de la actividad aseguradora), 333 y 335 (el bien común como límite a la iniciativa privada e interés público de la actividad aseguradora) de la Constitución. Sin perjuicio del examen de fondo, este planteamiento tiene evidente relevancia constitucional. En virtud suya, la Corte debe definir si le asiste razón al actor, y en caso de ser así, si un laudo llamado a pronunciarse en derecho se ajusta al derecho fundamental de toda persona a no ser juzgada sino “conforme a leyes” y “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (CP art 29), cuando relega o neutraliza por completo los efectos de un sector amplio y determinante del

ordenamiento, incluido el constitucional, prima facie pertinente. Esto es aún más relevante si se considera que los árbitros con competencia para decidir en derecho están habilitados precisamente para ejercer jurisdicción; es decir, para declarar el derecho vigente, válido y aplicable al caso, y no otro (CP art 116). Por tanto, un cuestionamiento de esta naturaleza apunta a determinar si los árbitros ejercieron efectivamente jurisdicción, para lo que están facultados por la Constitución, lo cual es un problema constitucional relevante.

8.1.3. Finalmente, la parte actora sostiene que el laudo es fruto de un defecto fáctico, originado en la “valoración manifiestamente defectuosa de la prueba”. Este cuestionamiento señala que el Tribunal privó de su poder de convicción a algunos medios de prueba decisivos para el sentido del laudo, al pretender que cada uno de ellos individualmente fuera una razón suficiente para incluir el riesgo regulatorio en el amparo pactado, sin apreciar su contribución singular a la suficiencia del conjunto probatorio. De nuevo, sin juzgar en este punto el mérito o demérito del cargo, la Corte considera que es de evidente relevancia constitucional, y está prima facie justificado. En efecto, la Constitución contempla el derecho fundamental de toda persona “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (CP art 29), pero no como una garantía que se agote en su mera presentación en el foro. Un presupuesto indispensable, y por tanto constitucionalmente vinculado al debido proceso, es que las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso sean valoradas razonablemente, y la tutela está diseñada en parte para cuestionar valoraciones manifiestamente irrazonables, como la que el Banco le endilga al laudo, y por tanto este aspecto es de evidente relevancia constitucional.

8.1.4. Esta Corte ha sostenido que la tutela contra laudos arbitrales solo procede cuando plantea una “vulneración directa de derechos fundamentales” (SU-174 de 2007). Como se observa, en este caso se cumple cabalmente este requisito, pues el primer defecto -orgánico y sustantivo- supondría en caso de prosperar una vulneración directa del derecho fundamental a no ser juzgado sino por autoridad jurisdiccional “competente” (CP art 29). El segundo defecto implicaría, si se constata, una vulneración directa del derecho fundamental a no ser juzgado sino “conforme a leyes” y “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (ídem). El tercero y último defecto -fáctico-, si es cierto que se exterioriza en el laudo, acarrearía un desconocimiento directo del derecho fundamental de las personas a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (ídem),

al cual se adscribe naturalmente el derecho a que las pruebas no se valoren de modo manifiestamente irrazonable. El hecho de que también hubiese existido en el origen de este asunto una controversia económica no implica que la Corte deba abstenerse de conocer el mérito de la tutela, toda vez que actualmente hay notorios problemas de relevancia constitucional ya identificados. Estos no pierden importancia solo porque tenga además un ingrediente patrimonial. De hecho, el que la decisión se funde en una interpretación de normas jurídicas y en una valoración probatoria cuya razonabilidad está cuestionada, cuyos impactos sobre recursos públicos son además ciertos y verificables, es un argumento adicional relevante que refuerza la pertinencia constitucional de la cuestión.

8.2. (b) Contra el laudo arbitral procedía recurso de anulación, y el Banco oportunamente lo agotó. En el recurso de anulación, el hoy tutelante invocó las causales 6ª, 7ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En la primera de ellas encuadró parcialmente dos de los defectos planteados en este proceso mediante tutela bajo la clasificación de defecto sustantivo y orgánico, por una parte, y sustantivo exclusivamente, por otra. En efecto, se puede apreciar que en el recurso el Banco, bajo la causal de anulación por “[h]aberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta”, agrupó sus cuestionamientos contra el laudo por haber aplicado y resuelto el asunto con fundamento en una norma inconstitucional –el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil-, y por haber desplazado o neutralizado un amplio sector del ordenamiento legal y constitucional aplicable al caso. En la tutela bajo revisión, en contraste, esencialmente las mismas alegaciones tienen ciertas variaciones en su conceptualización y orientación jurídica, de tal suerte que en este escenario trascienden el ámbito procesal y se proponen como defectos sustantivos que podrían considerarse –en otro contexto- errores in iudicando. Por otra parte, el defecto fáctico ahora planteado nunca fue propuesto en el recurso de anulación. La Sala debe entonces decidir si esta nueva conceptualización de los cargos, y la adición de un cuestionamiento por presunto defecto fáctico superan el requisito de subsidiariedad de la tutela contra laudos.

En concepto de la Corte Constitucional sí lo superan. El hecho de que el Banco de la República no hubiera planteado el equivalente conceptual a un defecto sustantivo en el recurso de anulación, sustraído del campo de la competencia del Tribunal, se explica por cuanto el recurso de anulación, según sus causales, procede únicamente para plantear errores in procedendo, o en términos generales de carácter procesal.[49] Los errores in

judicando o sustanciales son en sí mismos impropios del recurso de anulación, en el orden jurídico vigente.[50] Por lo mismo, es natural que en el recurso no se esgriman argumentos que luego aparezcan en la tutela como defectos sustantivos. A su turno, el hecho de que no se haya formulado el cargo de un defecto fáctico en el recurso es también explicable por su naturaleza extraordinaria, su carácter excepcional y su catálogo taxativo de causales de anulación, tal como está diseñado en el referido Decreto 1818 de 1998. Puede apreciarse, efectivamente, que entre las causales previstas en el artículo 163 de ese Decreto no existe ninguna dispuesta para controlar defectos por valoración manifiestamente defectuosa de los medios de prueba.[51] En este punto es entonces pertinente reiterar lo sostenido por esta Corte en la sentencia SU-500 de 2015:

“Para el análisis del requisito de subsidiariedad en estos eventos, es preciso tener en cuenta que, tanto en la normatividad anterior (Decreto 1818 de 1998, artículo 163), como en la vigente (Ley 1563 de 2012, artículo 41), el legislador ha restringido la posibilidad del recurso de anulación a unas causales taxativas. De este modo es posible que en el trámite arbitral se produzcan afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y que, por tanto, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación. [...] En efecto, obligar al agotamiento del recurso de anulación en tales casos, significaría un artificio innecesario cuando no se está en presencia de alguna de las causales o se pretendiera forzosamente acomodar la verdadera razón de la afectación del derecho fundamental en una de las causales de anulación. Por consiguiente, al tenor de lo señalado por la jurisprudencia, en estos eventos el requisito de subsidiariedad se vería relativizado en la medida en que exigir el agotamiento del recurso resultaría desproporcionado [...] A este propósito, en el Auto 051 de 2012, la Corte indicó que la idoneidad del recurso de anulación como mecanismo de protección de derechos fundamentales, debe analizarse en el caso concreto, toda vez que este recurso sólo procede por las causales estipuladas en la ley, las cuales están relacionadas con aspectos procesales. En tal sentido, señala la mencionada providencia, la Corte podría admitir —y lo ha hecho— la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral, incluso sin que se hubiese agotado el recurso de anulación”.[52]

8.3. (c) En este aspecto, la tutela no exhibe problemas de inmediatez. En efecto, el laudo se expidió el 12 de noviembre de 2014, y si bien la acción de tutela fue interpuesta el 16 de septiembre de 2015, entre tanto el Banco de la República había instaurado oportunamente

el referido recurso de anulación, y además –como se indicó en los antecedentes- el 25 de marzo de 2015 interpuso una acción de tutela contra el laudo. Más adelante se examinarán las implicaciones que esto tiene para la procedencia de la presente tutela, pero lo anterior muestra que hubo actos demostrativos de diligencia suficiente por parte del Banco en la defensa de sus derechos, y ello sumado al hecho de que esta tutela se interpuso solo un par de meses después de haberse proferido, indican que el accionante obró con inmediatez razonable.[53] (d) Los cargos dirigidos contra el laudo no son en sí mismos irregularidades procesales relacionadas con el trámite, puesto que apuntan a cuestionar la competencia, la aplicación del derecho sustancial y la razonabilidad de la valoración probatoria, pero en todo caso puede advertirse que una hipotética prosperidad de cualquiera de estos cuestionamientos supondría una afectación trascendental para la validez del sentido del laudo, por cuanto pone en duda la constitucionalidad de sus premisas esenciales, como son la atribución del Tribunal para dictarlo así, su fundamento jurídico, y su fundación probatoria. Luego este requisito también se encuentra superado.

8.4. (e) En términos generales, el Banco de la República identificó con la debida suficiencia los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados. En primer lugar, señaló que el laudo hizo descansar su decisión sobre la cuestión central del proceso en el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, el cual en su criterio es inaplicable y contrario a la Constitución. En segundo lugar, individualizó las normas legales y constitucionales que o bien no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, o bien fueron incorporadas en las consideraciones del laudo arbitral pero para sustraerles su eficacia jurídica en el caso concreto. En tercer lugar, mostró los elementos de prueba que desde su punto de vista experimentaron una neutralización en su poder de convicción, como fruto de la racionalización que hizo de ellos el Tribunal. Estos hechos y circunstancias, debidamente descritos en la tutela y referidos en los antecedentes de la presente sentencia, los considera el actor como constitutivos de defectos orgánico, sustantivo y fáctico, y atentatorios de sus derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y al debido proceso, y como antes se señaló en efecto el debido proceso comprende el derecho a no ser juzgado sino “conforme a leyes” y a la Constitución (CP arts 4 y 29), por autoridad jurisdiccional “competente” (CP arts 29 y 116) y a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual presupone el derecho a que las pruebas allegadas no se valoren de modo manifiestamente irrazonable (CP art 29).

Ahora bien, en este proceso las Aseguradoras convocadas al Tribunal de Arbitramento señalan que el Banco de la República, si bien expuso su argumento sobre la excepción de inconstitucionalidad en el recurso de anulación, en ningún momento lo hizo durante el proceso arbitral, pudiendo haberlo hecho. Además, observan que en realidad el Banco invocó uno de los incisos, el segundo, del artículo 1624 del Código Civil para que fuera aplicado en beneficio suyo, luego esto demuestra a su modo de ver que podía en ese momento plantear la excepción de inconstitucionalidad respecto del primer inciso de esa disposición. La Corte advierte, por otra parte, que el Banco de la República en ningún momento probó haber planteado ese argumento de la excepción de inconstitucionalidad antes del laudo, a pesar de que al parecer preveía –más allá de si lo consideraba plausible– una posible duda remanente al final de la valoración jurídica y probatoria, pues precisamente por eso invocó el artículo 1624 inciso 2 del Código Civil, que contempla una regla de resolución de las dudas contra quien dicta las cláusulas. Por lo mismo, tienen razón las Aseguradoras en que este cargo clasificado como defecto orgánico y sustantivo contra el laudo no es procedente, pues la jurisprudencia ha señalado en lo pertinente que en virtud del requisito analizado “corresponde a la parte actora identificar los hechos que generan la violación del derecho, y que ello hubiera sido alegado en el proceso que se examina”. [54] Esto no impide examinar el defecto puramente sustantivo de fondo, que sí ha planteado el Banco a lo largo de la controversia, conforme al cual el negocio no adolecía de ambigüedad, y si la había se debía resolver contra el deudor, por lo cual el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil –que sí invocó durante el proceso– era inaplicable.

“[...] la jurisprudencia constitucional ha sido sensible en la aplicación de este principio a las condiciones materiales del caso. Así, por ejemplo, se asume y demanda del juez una actitud más oficiosa y activa en aquellos casos en los que la tutela la invoca un sujeto de especial protección constitucional o una persona que, por sus particulares circunstancias, ve limitado sus derechos de defensa. De igual forma, el juez no puede desempeñar el mismo papel si el proceso, por el contrario, es adelantado por alguien que sí cuenta con todas las posibilidades y los medios para acceder a una buena defensa judicial”. [56]

Pues bien, con fundamento en lo anterior la Corte constata que en la acción de tutela no se muestra que en efecto el Banco hubiese invocado en el proceso arbitral todas las normas constitucionales y legales que ahora usa para fundamentar el defecto sustantivo. No obstante, es un hecho notorio para esta Sala que el tutelante tenía en ese momento la

capacidad institucional suficiente para esbozar de forma completa su teoría sobre el ordenamiento constitucional y de seguros que ahora considera fue marginado del caso concreto. Por lo mismo, en virtud de lo antes indicado, en concepto de la Corte el defecto sustantivo tal como fue presentado no es procedente, en tanto buena parte de sus elementos integrantes son disposiciones que brotaron en el litigio con posterioridad a la expedición del laudo, y no se expusieron durante el proceso arbitral. En consecuencia, no solo el defecto orgánico y sustantivo es improcedente en su integridad, sino que además el defecto solo sustantivo se contraerá como un cargo por inaplicación o privación de efectos a los artículos 371 a 373 de la Constitución, 1058 del Código de Comercio[57] y 1620, 1622 y 1624 inciso 2 del Código Civil.[58] La Corte no se detendrá entonces a definir si hubo un defecto por la supuesta falta de aplicación de los artículos 823, 871, 1072 y 1135 del Código de Comercio; y 97, 98, 100 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado, en sintonía con una tendencia más amplia en la jurisprudencia y la doctrina constitucional comparada,[59] que las disposiciones del texto de la Carta deben ser entendidas de acuerdo con el principio de “unidad de la Constitución”, conforme al cual cada una de sus previsiones debe concebirse como integrante de “un texto armónico y coherente, que como tal, debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y objetivos perseguidos por el constituyente”.[60] En esa medida, ha considerado que la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional exige aplicar al caso “todas las consecuencias -mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales- previstos en la Carta”.[61] En tal virtud, con independencia de que hayan sido invocadas o no en el proceso arbitral, todas las normas de la Constitución pertinentes para el caso se han de aplicar de forma integral y sistemática al control del laudo cuestionado, y por tanto el análisis de los defectos endilgados a la decisión arbitral se hará teniendo en cuenta la unidad de la Constitución.

Aparte, en la acción de tutela el Banco de la República señala que el Tribunal le negó valor probatorio a documentos que acreditaban de manera adecuada los hechos materia de controversia, como los registros contables “prueba de rigor en materia comercial, los cuales acreditaban plenamente que la aseguradora reconocía haber realizado algunos pagos a título de siniestro”. No obstante, en realidad a esto se limita el cuestionamiento, y no es

entonces claro en la tutela bajo qué términos se solicitó esa prueba, ni cuál era su caracterización jurídica y su poder de demostración específico, ni tampoco se identifica con suficiencia por qué el Tribunal le negó valor probatorio. En consecuencia, la Corte considera que este argumento, en cuanto tal y con independencia de sus relaciones con otros planteamientos, no supera las condiciones de procedencia y se abstendrá de abordar el fondo de la cuestión que plantea.

8.5. (f) Por último, el laudo cuestionado no es una sentencia de tutela.

8.6. Ahora bien, contra la procedencia de la tutela para cuestionar el laudo, las Aseguradoras hacen valer además que el Banco de la República ya había promovido acción de tutela contra esa misma decisión, por las mismas razones, con base en los mismos hechos, y con igual petición, por lo cual aducen que el asunto está cubierto por la cosa juzgada constitucional. La Corte comprueba que el Banco de la República interpuso el 25 de marzo de 2015 acción de tutela contra el laudo arbitral dictado el 12 de noviembre de 2014, invocando en sustento argumentos equiparables a los que formula en esta ocasión. La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de mayo de 2015, decidió “RECHAZAR por improcedente” el amparo, habida cuenta de que –en palabras de esa Corporación– “en la actualidad el actor no solo cuenta con el recurso de anulación, sino que además este ya cursa ante la Sección Tercera de esta Corporación”. Es decir, declaró improcedente la tutela por cuanto se encontraba en trámite el recurso de anulación contra el laudo, ante la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado. Esa decisión no fue impugnada por ninguna de las partes, y el proceso se incluyó al trámite de selección eventual de fallos de tutela a cargo de la Corte Constitucional como el expediente T-5121800. Mediante auto del 15 de septiembre de 2015, la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte Constitucional lo excluyó de selección. Por tanto, conforme a la jurisprudencia constitucional, el asunto allí resuelto hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.[62] No obstante, la Sala debe preguntarse si la cosa juzgada de ese proceso afecta la procedencia de la presente tutela, en cuanto se dirige contra el laudo arbitral, una vez decidido por el Consejo de Estado el recurso de anulación interpuesto.

En concepto de la Sala esta circunstancia no afecta la procedencia de la tutela que es objeto de estudio. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que un asunto de tutela está cubierto por la cosa juzgada constitucional a la cual hizo tránsito un fallo de tutela anterior,

si entre las dos acciones de tutela hay identidad de partes, de causa y de objeto.[63] Pues bien, entre las dos acciones de tutela instauradas por el Banco de la República no hay en sentido estricto identidad de causa (o causa petendi), pues sus fundamentos fácticos jurídico-procesales variaron sustancialmente. En tanto que la tutela anterior, presentada el 25 de marzo de 2015, se instauró mientras estaba en trámite el recurso de anulación y, conforme se indicó, en ese motivo se fundó la improcedencia del amparo, en la acción de tutela que origina el presente fallo ya el Banco de la República había agotado el recurso de anulación y este se había resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, mediante providencia del 8 de julio de 2015. En la jurisprudencia constitucional, casos así se han fallado de fondo sin advertir problemas de improcedencia por cosa juzgada. Por ejemplo, en la sentencia SU-1300 de 2001[64], la Corte Constitucional conoció la tutela instaurada por una persona contra una sentencia de casación y dos fallos de instancia que, a su juicio, vulneraban sus derechos fundamentales.[65] No advirtió entonces ningún problema de procedibilidad del amparo por el hecho, reconocido dentro de la misma providencia, de que previamente el mismo actor hubiera interpuesto acción de tutela contra las mismas dos sentencias de instancia, por los mismos motivos, pero mientras estaba en trámite el recurso de casación. En esa ocasión, la primera tutela había sido declarada improcedente mediante sentencia SU-542 de 1999[66] por estar pendiente la decisión del recurso de casación para la época. En la sentencia SU-1300 de 2001[67] la tutela se falló de fondo. No encuentra esta Sala diferencias con ese caso, ni motivos para separarse de ese precedente, por lo cual, en aplicación del mismo, concluye que en este punto las Aseguradoras no tienen razón y este no es motivo de improcedencia.

#### Planteamiento de los problemas jurídicos

9. El Banco de la República sostiene que el laudo arbitral expedido el 12 de noviembre de 2014 y el fallo del 8 de julio de 2015 que resolvió el recurso de anulación instaurado en su contra, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. El laudo lo hizo, al sostener que la PGB suscrita por el Banco de la República con Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A, con vigencia junio de 1999 – junio de 2000, en la cual se aseguró la responsabilidad por los riesgos derivados de los servicios bancarios prestados por el tomador como Banco Central, no cubría el riesgo derivado de sus funciones regulatorias, y en particular no lo amparaba frente a las condenas judiciales dictadas en su contra a consecuencia de la anulación de la Resolución Externa No. 18 de junio 30 de 1995

“por la cual se dictan normas en relación con las corporaciones de ahorro y vivienda”, expedida por su Junta Directiva. De acuerdo con el escrito de tutela, el fallo de anulación desconoció esos mismos derechos, por cuanto convalidó el laudo arbitral. En específico, el Banco de la República aduce que el fallo de anulación y el laudo incurrieron en los siguientes defectos, a los cuales se oponen el Consejo de Estado, los Árbitros y las Aseguradoras convocadas:

9.1. Contra el fallo que resolvió el recurso de anulación se presentó, en primer término, un cargo por supuestamente haber incurrido en defecto procedimental, originado en incongruencia entre lo pedido e identificado y lo finalmente resuelto. El Banco arguye que en el recurso de anulación se invocó una excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, la cual fue debidamente identificada por el Consejo de Estado pero resuelta en el fallo cuestionado bajo condiciones impropias de esa institución, pues exigió acreditar la derogatoria, inexecutable o nulidad de la disposición legal referida. El Consejo de Estado sostiene en este proceso que en realidad la excepción de inconstitucionalidad respecto de la norma aplicada en el laudo se descartó por ser improcedente en el escenario de anulación, y por no ajustarse a la causal de anulación invocada, y las Aseguradoras aseveran que la excepción no tenía fundamento. Esta controversia plantea el siguiente problema jurídico: ¿Un fallo que resuelve un recurso de anulación de un laudo arbitral incurre en un defecto procedimental por incongruencia y resulta violatorio del debido proceso, cuando juzga improcedente la excepción de inconstitucionalidad planteada en el recurso contra una norma aplicada por el laudo por cuanto no acredita la derogatoria, inexecutable o nulidad de dicha norma, en un contexto en el cual no es este el único argumento para resolver la suerte de la excepción?

9.2. En segundo lugar, contra la sentencia que resolvió el recurso de anulación se aduce un defecto sustantivo. El Banco considera que el recurso fue claro en señalar que la causal 6ª de anulación invocada no se fundaba en la ausencia de apariencia jurídica del laudo, sino en la no aplicación del derecho vigente y válido. No obstante, en su criterio, la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado le dio a ese argumento del recurso una respuesta propia de un cargo distinto, al limitarse a señalar que el laudo no había sido en conciencia pues se había fundamentado con arreglo a las formas jurídicas, y sin profundizar en la vigencia y validez del derecho efectivamente aplicado. Por su parte, el Consejo de Estado y las Aseguradoras señalan en contraste que el recurso de anulación es un

instrumento para plantear errores o problemas in procedendo del laudo arbitral, y no es entonces un recurso de apelación o un instrumento de impugnación integral de la decisión tomada por un Tribunal de Arbitramento, y en tal virtud conforme a la causal 6ª de anulación de laudos no puede plantearse el problema de validez o corrección del derecho efectivamente aplicado. En razón de esta controversia, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Incorre en un defecto sustantivo un fallo que resuelve un recurso de anulación cuando se abstiene de profundizar en la validez del derecho aplicado en el laudo arbitral, como se requiere en el recurso, a propósito de un argumento de anulación por ser el laudo en conciencia debiendo ser en derecho?

9.3. En cuanto al laudo arbitral, la tutela lo cuestiona por los siguientes motivos. El primero de ellos se funda en la supuesta incursión en un defecto sustantivo, por cuanto dejó de aplicar con sus efectos jurídicos plenos los términos del negocio y la normatividad aplicable en la materia, y en particular los artículos 371 a 373 de la Constitución, 1058 del Código de Comercio y 1620, 1622 y 1624 inciso 2 del Código Civil. De acuerdo con el accionante, estas normas indicaban objetivamente que entre los servicios bancarios del Banco Central se encuentra el regulatorio y por tanto, en ausencia de una exclusión expresa, el riesgo por el ejercicio de esta función estaba claramente cubierto por la PGB. Por su parte, tanto los integrantes del Tribunal de Arbitramento como las Aseguradoras convocadas al mismo, señalaron que en el laudo se dio aplicación a las normas referidas, solo que en un sentido distinto de como pretende el actor, y se llegó a la conclusión de que en ausencia de una caracterización de los servicios bancarios del Banco Central no había claridad en torno al alcance del amparo, y esa duda debía resolverse, en virtud de la configuración bilateral del negocio, a favor del deudor. Esta controversia plantea el siguiente problema jurídico: ¿Presenta un laudo arbitral defectos sustantivos violatorios del derecho al debido proceso, cuando concluye que una póliza que asegura el riesgo por responsabilidad derivada de los servicios bancarios prestados por el Banco Central no cubre el riesgo originado en sus funciones regulatorias, en un contexto en el cual la póliza no contiene una especificación de los servicios bancarios del Banco, no excluye ese riesgo expresamente, en uno de sus segmentos establece que sus funciones constitucionales como Banco Central son bancarias, y la Constitución establece que el Banco Central ejerce como “funciones básicas [...] regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”?

9.4. En segundo lugar, la censura sostiene que el laudo presenta un defecto fáctico, originado en una valoración manifiestamente defectuosa de las pruebas, que fue determinante en la decisión pues lo llevó a concluir la existencia de una duda insuperable pese a que había suficientes elementos de juicio para determinar el alcance del amparo. En particular, aduce que fueron privados de su poder de convicción los medios de prueba obrantes en el proceso conforme a los cuales las aseguradoras le cancelaron al Banco un dinero por concepto de siniestro tras los reclamos por la responsabilidad regulatoria, se abstuvieron de pagarle la bonificación por no acaecimiento del siniestro al renovarse la póliza para la vigencia 2000-2001, y en este proceso de renovación un directivo de las aseguradoras reconoció que la PGB 1999 cubría el riesgo regulatorio. Los miembros del Tribunal de Arbitramento y las Aseguradoras señalan que el laudo no incurrió en el defecto fáctico imputado, por cuanto en sus consideraciones se abordó una por una primero, y luego en conjunto, las pruebas referidas y se mostró por qué no tenían poder demostrativo suficiente para determinar el alcance del amparo, o el acuerdo efectivo de voluntades sobre el cubrimiento del riesgo regulatorio[68]. Esta diferencia de criterios plantea entonces el siguiente problema jurídico: ¿Incorre en un defecto fáctico violatorio del derecho al debido proceso un laudo arbitral, cuando concluye que un riesgo no está claramente cubierto por una póliza y en consecuencia que hay una duda insuperable al respecto, en un contexto en el cual el Tribunal primero valora uno por uno los medios de prueba, y después de determinada su contribución al esclarecimiento de los hechos extrae una conclusión de conjunto?

9.5. En último lugar, el Banco de la República asegura que el negocio en el cual se originó la controversia arbitral no daba lugar a duda alguna, y si la había era por cuenta de las cláusulas dictadas por las Aseguradoras, razón por la cual no podía darse aplicación al artículo 1624 inciso 1 del Código Civil. Las Aseguradoras y el Tribunal sostienen, por el contrario, que en el laudo se aplicó la legislación de forma razonable. Por tanto, esta controversia supone que la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Un laudo arbitral que debe expedirse en derecho vulnera el debido proceso cuando aplica una norma legal que resuelve las dudas a favor del deudor, en el contexto de una controversia originada en un contrato de seguro?

10. La Corte examinará primero los defectos imputados a la sentencia de anulación, para concluir con los endilgados al laudo arbitral.

Examen de los defectos endilgados por la acción de tutela a la sentencia del 8 de julio de 2015 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que resolvió el recurso de anulación contra el laudo

12. La Corte constata, por una parte, que la sentencia demandada ciertamente describe en sus antecedentes cómo dentro del recurso de anulación se adujo la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1624 inciso 1 del Código Civil. En efecto, al referir los argumentos del recurso, la Sección Tercera afirma que según el Banco “la aplicación del inciso 1º del artículo 1624 del Código Civil para resolver el caso concreto resultaba manifiestamente contrario a los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política que regulaban la función de la Banca Central”, y que en tal virtud el Tribunal de Árbitros debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad, “potestad que también tenían los jueces administrativos con ocasión de los recursos de anulación”. Igualmente, el Consejo de Estado señaló que en el recurso era claro que “si bien en otros contextos la regla de interpretación [del artículo 1624 del Código Civil] utilizada por el Tribunal para sustentar su fallo resulta válida, su aplicación en el presente asunto no resultaba procedente al generar efectos adversos”. Así, la tesis del recurso, debidamente identificada por el Consejo de Estado al resolverlo, era que el laudo había hecho descansar su decisión final en el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, y que por resultar este inconstitucional en el caso concreto -no en abstracto- el laudo no era en derecho sino en conciencia, lo cual indicaba una extralimitación de competencias.

13. Por otra parte, esta Corporación constata que al resolver el recurso, entre las consideraciones ofrecidas por el Consejo de Estado para abordar esta excepción, se encuentra la que cuestiona el actor. La Sección Tercera señala que el Banco no puede “venir a afirmar en sede de anulación de laudo arbitral que la norma contenida en el artículo 1624 del C.C. aplicada por el Tribunal para adoptar su decisión es inconstitucional, pues no allegó prueba alguna a través de la cual pudiera demostrar que ésta se encuentra derogada o se haya declarado su nulidad o su inexecutable”. Esta afirmación, por sí misma, es contraria a las condiciones para dar cabida a la excepción de inconstitucionalidad. El artículo 4 de la Constitución, que consagra esta institución, establece que “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. En virtud de este precepto, la Constitución tiene fuerza normativa suprema y debe aplicarse de preferencia a cualquier

otro precepto de rango infra-constitucional, sin necesidad de un fallo de inexecutableidad o de nulidad de la norma legal o administrativa respectiva. Si este fuera entonces el único fundamento para resolver la excepción de inconstitucionalidad presentada, sin duda habría un problema de inconstitucionalidad decisivo en el fallo del Consejo de Estado, que esta Corte tendría que enfrentar. No obstante, la Sala observa que ese no fue el único fundamento de la decisión.

14. En efecto, en la sentencia del 8 de julio de 2015 el Consejo de Estado también señaló que el argumento de la inconstitucionalidad del derecho aplicado por el Tribunal “resulta totalmente improcedente en sede de anulación del laudo arbitral y más bien refleja la inconformidad que tiene el recurrente frente a la valoración jurídica y probatoria que hizo el Tribunal”. De acuerdo con el fallo cuestionado, plantear un problema de inconstitucionalidad de las normas jurídicas aplicadas en un laudo, de hecho prueba que el mismo sí se profirió en derecho. Si bien el argumento del recurso es que ese derecho objetivo aplicado no es válido en el caso concreto, en realidad esto no indica según el Consejo de Estado que entonces el laudo haya sido en conciencia o que deba anularse, pues –según el Consejo de Estado– el Decreto 1818 de 1998 establece que la causal de anulación se configura por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, “siempre que esa circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. En consecuencia, la Sección Tercera señala que “no basta con que el juez haya proferido un fallo en conciencia debiéndolo hacer en derecho, sino también que ésta circunstancia sea evidente, palmaria u ostensible en el laudo”. No obstante, en el caso concreto no aparecía de manera manifiesta en el laudo que la decisión hubiese sido en conciencia.

15. Lo anterior indica entonces que incluso si se suprimiera el razonamiento incorrecto del Consejo de Estado, en torno a las supuestas condiciones de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, quedaría incólume la decisión por cuanto tendría una columna independiente de apoyo argumental. La sentencia bajo control, como pudo verse, no descartó la excepción de inconstitucionalidad solo o principalmente sobre la base de la falta de aportación, por parte del recurrente, de pruebas de la derogatoria, inexecutableidad o nulidad de la norma cuestionada. Sin que proceda a evaluar su plausibilidad, la Corte advierte que además de ese se esbozaron dos argumentos a lo largo de la providencia. El Consejo de Estado fundó su decisión, en parte, en que la excepción de inconstitucionalidad de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal no demuestra un fallo en conciencia, sino

una inconformidad con el modo de interpretar y aplicar el derecho objetivo, lo cual prueba -según el Consejo de Estado- que el laudo sí se profirió en derecho. Por lo demás, en sus consideraciones el Consejo de Estado señaló también que según el Estatuto Arbitral aplicable al caso la decisión es anulable cuando se profiere en conciencia debiendo ser en derecho “siempre que esa circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, y que en esta ocasión dicha circunstancia no era manifiesta. Es indudable entonces que estos argumentos obran en la sentencia, y que la decisión se mantiene en virtud suya, así se elimine la interpretación inconstitucional antes indicada. Por tanto, el cargo no prospera.[71]

16. Ahora bien, en segundo lugar la acción de tutela sostiene que el fallo del Consejo de Estado incurre además en un defecto sustantivo, toda vez que el recurso de anulación por la causal 6 fue resuelto desfavorablemente con el argumento de que el laudo sí se había proferido en derecho. En realidad, dice el Banco, el recurso en ningún momento planteó que la decisión no hubiera sido en derecho, sin ulteriores especificaciones, pues no se ha negado que el laudo tenía apariencia de juridicidad. Lo que sostuvo el Banco fue que se usó un discurso supuestamente jurídico para aplicar un derecho que no era ‘vigente y válido’, y era esta especialidad de la causal la que debía ser examinada por el Consejo de Estado pero no lo fue. Al no estudiar el recurso bajo esta modalidad presunta de la causal de anulación, sino bajo la menos exigente que solo demanda una apariencia de derecho, la sentencia del Consejo de Estado habría aplicado al caso un contenido normativo que era impertinente pues no tenía relación material con el asunto realmente planteado. Al respecto, la Corte constata que según la jurisprudencia constitucional puede haber un defecto sustantivo cuando el contenido normativo aplicado no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.[72] No obstante, considera que en esta ocasión el Consejo de Estado no incurrió en ese problema.

17. La sentencia cuestionada ciertamente se abstuvo de anular el laudo con fundamento en la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 tras verificar que los Árbitros expusieron de forma amplia y profunda el derecho aplicable, y resolvieron el asunto en el marco del razonamiento jurídico. Es un hecho objetivo que esa decisión se adoptó sin descender hasta preguntarse por la vigencia y validez del derecho sustancial aplicado en el laudo. No obstante, esto no indica por sí mismo que hubiese existido un defecto sustantivo por aplicación de un contenido normativo inconexo con los presupuestos del caso, pues en realidad se explica es por la asunción razonable del Consejo de Estado de que la causal de

anulación de laudos invocada no se configura por la aplicación arbitral de derecho supuestamente inválido. El argumento para decidir sobre esta base fue en esencia que en virtud de esa causal se pueden anular los laudos arbitrales expedidos en conciencia debiendo ser en derecho, “siempre que esa circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Como se observa, no basta con cuestionar la validez, vigencia o existencia del derecho aplicado, pues además es preciso que el laudo sea en conciencia. Según el fallo censurado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que un laudo es en conciencia “cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescindan de toda consideración jurídica”, o cuando “inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inícuca o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido”. Pero, aparte, la circunstancia de ser en conciencia debe hacerse manifiesta en el laudo. Sin embargo, dado que ninguno de esos elementos se presentaba de manera manifiesta en el laudo, el Consejo de Estado concluyó que no se configuraban los presupuestos de la causal de anulación planteada en el recurso.

18. La Corte no detecta ningún defecto en la decisión, pues conforme a la jurisprudencia contencioso administrativa sobre la materia es razonable interpretar que la causal de anulación 6ª establece en sentido estricto un motivo de nulidad de los laudos que no aplican el derecho, y no una razón para anularlos porque lo aplican de manera incorrecta, así sea que este último motivo se presente bajo el argumento de que un laudo que aplique de forma incorrecta el derecho no es en realidad un laudo en derecho. Es por tanto natural que si en el recurso de anulación se invoca la causal 6ª de anulación con este último fundamento, el juez que lo resuelva se limite estrictamente a las causales y no emita un juicio de validez del derecho efectivamente aplicado. Sostener que un laudo no es en derecho porque el Tribunal aplicó el derecho vigente sin sanear de oficio aparentes problemas de inconstitucionalidad del derecho sustancial puede razonablemente interpretarse como un reproche acerca de la corrección sustantiva de la decisión, y por tanto como impropio del recurso de anulación. El recurso de anulación es un instrumento de impugnación de errores in procedendo; es decir, atinentes al aspecto procesal de la decisión arbitral, y constituye un exceso por parte del juez de anulación que proceda a identificar y controlar además errores in iudicando; es decir, atinentes a la adjudicación sustancial de derechos y obligaciones jurídicas de carácter sustantivo.[73]

19. No es incompatible con la Constitución interpretar la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 en un sentido más amplio, que admita anular laudos arbitrales cuando debiendo ser en derecho se fundan en derecho objetiva y notoriamente inválido, si además esa circunstancia deja al descubierto un fallo en conciencia. Una interpretación en ese sentido contribuiría a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional, sin perjudicar por ese solo hecho la naturaleza excepcional del arbitraje (CP arts 4 y 116). Sin embargo, lo cierto es que esa es una interpretación constitucionalmente posible en abstracto y no obligatoria en concreto de las causales de anulación. De hecho, lo obligatorio en principio es seguir la jurisprudencia contencioso administrativa, que no le da a la causal 6ª de anulación invocada por el Banco ese entendimiento más amplio. Aparte, incluso si ese fuera un sentido normativo vigente en la práctica jurisprudencial, el presente caso no se subsumiría en su hipótesis. La cuestión aquí planteada es que el Tribunal fundó su decisión en normas jurídicas, y empleó para definir su fuerza y alcance un razonamiento susceptible de clasificarse como jurídico, pero aplicó una norma -decisiva para el asunto- sujeta a una controversia razonable sobre su validez. Como se aprecia, incluso si se da por descontada la supuesta inconstitucionalidad de la norma legal aplicada en el laudo, ese solo hecho no deja a la vista un laudo en conciencia, pues por su contenido y forma puede catalogarse como un laudo en derecho, atributo que no es incompatible con que sea un derecho sujeto a cuestionamientos de corrección o validez. Esta postura no deja desprotegida la supremacía constitucional en materia arbitral, toda vez que contra los laudos procede no solo el recurso de anulación sino también la acción de tutela, escenario en el cual puede plantearse la cuestión de constitucionalidad del derecho aplicado por el tribunal de arbitraje. Por tanto, este segundo reproche tampoco prospera.

20. En conclusión, la sentencia del 8 de julio de 2015, expedida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado no incurrió en los defectos procedimental y sustantivo que le fueron endilgados por la acción de tutela. Pasa la Corte Constitucional a los defectos imputados al laudo arbitral.

Examen de los defectos endilgados por la acción de tutela al laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014, expedido por el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A.

21. El Banco de la República sostiene que el laudo arbitral incurrió en defectos sustantivos y fácticos. Si bien desarrolla sus cuestionamientos de forma independiente, también señala que tienen un “sustrato común”. El actor considera que el Tribunal resolvió el caso –en palabras de la tutela– con arreglo a una suerte de “estrategia del caracol”, por cuanto si bien para decidir contaba con un amplio acervo de elementos normativos (cláusulas contractuales, Constitución y ley) y de prueba regularmente aportados, a lo largo del laudo se puso de manifiesto el esfuerzo de los árbitros por descartar la fuerza de cada uno para llegar a un “estado adánico” en el cual solo existía una duda originaria e insuperable en torno al alcance del amparo, susceptible de resolverse únicamente con un estándar último y residual de interpretación de los contratos, contenido en el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, el cual obliga a fallar a favor del deudor. Según la tutela, el laudo empieza por “horadar el derecho positivo vigente y válido, expulsando a cuenta gotas, esto es, disposición tras disposición, el entero sistema de fuentes llamado a solucionar el caso”, y luego desecha con método similar el poder de convicción de las pruebas favorables al convocante al exigir de cada una de ellas individualmente un principio de razón suficiente que si bien no tenían de forma singular, sí reunían de manera conjunta. Esta forma de proceder, según el Banco, condujo al Tribunal a una situación de “seudocomplejidad”, en la cual hay una supuesta duda que en realidad fue “creada artificiosamente a raíz de omitir tomar en serio el régimen constitucional de la Banca Central, ignorar aspectos centrales de la legislación y dejar de apreciar las pruebas determinantes para el fallo”.

22. En concreto, aduce que incurrió en un defecto sustantivo por cuanto dejó de aplicar con su plena eficacia normativa el sistema de fuentes aplicable a la controversia, y en particular las cláusulas del negocio en sus precisos términos, de conformidad con lo previsto en los artículos 371 a 373 de la Constitución, 1058 del Código de Comercio y 1620, 1622 y 1624 inciso 2 del Código Civil. En concepto del Banco, las cláusulas de la PGB 1999 Anexo 11, leídas con arreglo a la Constitución y la ley aplicable a los contratos de seguros indicaban claramente que cubría el riesgo regulatorio. En efecto, la Póliza amparaba los “servicios bancarios” prestados por el tomador como Banco Central, y entre ellos se encuentra objetivamente el servicio regulatorio del crédito, de acuerdo con los artículos 371 a 373 de la Constitución. Esta conclusión, que en concepto del tutelante no admite duda razonable, estaba corroborada por diversos medios de prueba, pues se acreditó que las Aseguradoras le cancelaron al Banco, bajo el concepto de siniestro, un dinero por honorarios originados en los procesos por responsabilidad derivada de sus funciones

regulatorias; se abstuvieron de reconocerle la bonificación por no ocurrencia del siniestro; y uno de los directivos de la Aseguradora líder manifestó, en un correo enviado dentro del proceso de renovación de la PGB para la vigencia 2000-2001, que la PGB 1999 objeto de controversia arbitral amparaba efectivamente el riesgo regulatorio. Al no darles a estos medios de prueba el poder demostrativo que tienen en conjunto, además en el contexto de un negocio cuyas cláusulas no dejaban dudas, el laudo incurrió en defecto fáctico. Todo lo cual condujo a un último defecto, por aplicación del artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, a un contexto en el cual no había ambigüedad, y si la había no era imputable al tomador.

23. Los integrantes del Tribunal de Arbitramento y las Aseguradoras aseveraron que en el laudo se tuvieron en cuenta no solo las cláusulas del contrato, sino además las normas constitucionales y legales que el Banco echa de menos, solo que tras analizarlas no desaparecía la duda en torno al alcance del amparo acordado en la PGB 1999 Anexo 11. De hecho, las Aseguradoras señalan que hubo un completo acápite en el laudo destinado a exponer el régimen normativo -constitucional y legal- del Banco de la República antes y después de la Constitución de 1991, incluido lo atinente a su función regulatoria y a la diferenciación con los bancos comerciales, razón por la cual no puede sostenerse que el Tribunal hubiese marginado el sistema de fuentes aplicable. Fuera de eso, en cuanto a la valoración probatoria, los Árbitros y las Aseguradoras aducen que en el laudo se examinó cada una de las pruebas. La cancelación de dinero para honorarios a título de siniestro dentro de procesos de responsabilidad por ejercicio de la función regulatoria no fue continua, el no reconocimiento de la bonificación por no acaecimiento de siniestro se debió a la falta de certeza en torno al advenimiento eventual de un siniestro efectivo, y la comunicación de la Aseguradora líder surgió de un directivo sin una relación clara con la historia del negocio, mientras otro directivo que sí tenía conocimiento de la relación declaró en el proceso que no había cobertura del riesgo regulatorio. En su decisión final, así como en cada una de las determinaciones que integraron el razonamiento jurídico del laudo, el Tribunal apoyó sus conclusiones con argumentos en derecho, y en esa medida no puede sostenerse que la decisión o una de sus partes determinantes sean defectuosas.

La Corte debe entonces examinar esta controversia.

24. En este caso los defectos alegados por el Banco tienen una relación de dependencia jurídica, pues se fundan en la asunción de que analizados en conjunto e integralmente todos

los elementos normativos y probatorios demostraban que la PGB 1999 Anexo 11 sí cubría el riesgo regulatorio. Esto indica entonces que no puede hacerse un análisis individual sino integrado de los cargos. La jurisprudencia constitucional ya se ha enfrentado a problemas con esta naturaleza compuesta. En la sentencia SU-058 de 2003, la Corte debía decidir la tutela contra un laudo arbitral en el cual se había definido el alcance de un contrato, decisión que era cuestionada no solo con fundamento en un supuesto defecto en la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales y la legislación pertinente, sino además en una irrazonable valoración de los medios de prueba. Esta Corporación sostuvo entonces que no había consenso sobre si el centro de la controversia era un presunto defecto sustantivo o un supuesto defecto fáctico, razón por la cual procedió a hacer un examen del laudo a la luz de ambas acusaciones.[74] Por otra parte, en la sentencia T-244 de 2007, al decidir la tutela contra un laudo cuestionado por sustentarse en “una errada interpretación del Tribunal de arbitraje tanto de los hechos [...] como de las disposiciones”, la Corte manifestó que en ciertos eventos “pueden combinarse elementos sustanciales y fácticos que podrían dar lugar a vulneraciones iusfundamentales de entidad suficiente para hacer prosperar el amparo constitucional”.[75] En el presente asunto, con fundamento en esta jurisprudencia, la Sala Plena analizará y evaluará los dos defectos alegados en conjunto.

25.1. En primer lugar, el defecto sustantivo se configura “cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental”.[76] Un defecto sustantivo se manifiesta en una decisión arbitral cuando se funda “en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto”, o cuando “haya un claro desconocimiento de una norma que genera una afectación iusfundamental”.[77] Al evaluar alegaciones por defecto sustantivo en un laudo arbitral, fundadas en una supuesta interpretación irrazonable de cláusulas contractuales, normas administrativas o legales, el juez de tutela no puede proceder directamente a esclarecer el alcance del contrato, ni de las disposiciones legislativas efectivamente aplicadas por el Tribunal, sino que debe limitarse a controlar la razonabilidad del análisis contenido en el laudo. Esto implica que el juez puede evaluar el razonamiento jurídico del Tribunal sobre los elementos normativos de la controversia “sin que ello implique que [...] realice interpretación alguna de tales documentos” (SU-058 de 2003), por lo cual la Corte no procede a “interpretar directamente el alcance de las obligaciones contractuales” (SU-174 de 2007). En la sentencia T-058 de 2009, una Sala de Revisión de esta Corte concluyó que un laudo había incurrido en defecto

sustantivo, al aplicar sin justificación a una relación contractual normas posteriores a la celebración del contrato, en un sentido además manifiestamente contrario a su contenido normativo.[78]

25.2. En segundo lugar, el defecto fáctico se configura solo en “eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales” (SU-174 de 2007). Un defecto fáctico puede manifestarse en una decisión arbitral, por ejemplo, cuando los árbitros “han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable” (SU-174 de 2007). En la decisión de un cargo contra un laudo por supuesto defecto fáctico, el juez de tutela no puede hacer una nueva valoración independiente de los medios de prueba, sino que le corresponde es “definir si la actuación adelantada por el [Tribunal] respecto de las pruebas aportadas fue arbitraria, caprichosa, ostensible, incorrecta o vulnera el derecho al debido proceso”. En la sentencia T-466 de 2011, la Corte concedió la tutela instaurada contra un laudo arbitral por incurrir en defecto fáctico, tras encontrar que los análisis probatorios del Tribunal lo habían conducido a “extraer del plenario una conclusión probatoria ajena a la realidad de la controversia”. Esta Corporación amparó los derechos del tutelante, luego de advertir que el Tribunal había efectuado una valoración insular irrazonable del medio de prueba que sustentó la decisión, el cual examinado en conjunto arrojaba objetivamente una conclusión exactamente opuesta.[79]

Pues bien, con fundamento en lo anterior, la Corte pasa primero a analizar el razonamiento jurídico y probatorio del laudo, y luego a evaluar si se detectan en la decisión los defectos sustantivo y fáctico que se le endilgan.

#### a. Análisis del razonamiento jurídico y probatorio del laudo

26. La Sala Plena observa que el Tribunal identificó la “cuestión central” de la controversia de la siguiente manera: debía determinar “si las Aseguradoras asumieron o no los riesgos asociados a la eventual responsabilidad del Banco por razón del ejercicio de las denominadas funciones o actividades regulatorias –al tema se aludirá también con la expresión de riesgo regulatorio-, normativamente asignadas a su Junta Directiva, concretadas, en la hipótesis que interesa a este proceso, en la expedición de la Resolución No. 18 del 30 de junio de 1995”.[80] El conflicto surgió, de acuerdo con el laudo, a raíz de

una diferencia de las partes “acerca de cuál es el sentido y alcance de las expresiones ‘servicios bancarios’ -y/o ‘servicios financieros’- a propósito del uso por parte del Banco de la República frente a las Aseguradoras de la expresión ‘Banco Central’”. Por lo tanto, el Tribunal asumió que el problema nuclear de la controversia era “dilucidar si del encuentro, con ocasión de la negociación y perfeccionamiento de la Póliza, de dos expresiones ‘servicios bancarios’, prevista en el clausulado, y la de ‘Banco Central’, usada en la respuesta del Banco en el formulario de solicitud del seguro que a tal clausulado se incorpora, surge con claridad una intención común acerca del alcance de la cobertura de dicha Póliza”. La respuesta a esa cuestión se dio en dos etapas. En la primera sostuvo que ni las cláusulas del negocio, ni la Constitución ni la ley aplicable, ni tampoco los medios de prueba obrantes en el proceso permitían establecer si el riesgo regulatorio estaba cubierto o no, por lo cual había una duda remanente e insuperable. En una segunda etapa, aplicó entonces una regla residual de interpretación de los contratos, prevista en el inciso 1º del artículo 1624 del Código Civil, conforme a la cual esa duda debía resolverse a favor del deudor, en este caso representado por las Aseguradoras. Cada una de estas etapas merece un análisis independiente.

26.1. El Tribunal de Arbitramento comenzó en primer lugar por definir el alcance de las cláusulas de la PGB 1999-2000 Anexo 11. Señaló que en el Anexo 11 estaba cubierto el riesgo derivado de los “servicios bancarios” prestados por el tomador, tal como se describían en el formulario de solicitud de póliza. Asumió que el formulario de solicitud referido era el específico del Anexo 11, y no el más general de la PGB, y que esos “servicios bancarios” a los cuales aludía el Anexo 11 aparecían descritos en el formulario de solicitud de póliza en la Sección A, contentiva de la “Información del Proponente”, segmento en el cual se le pedía al tomador que describiera sus “servicios financieros”, pedido ante el cual había escrito únicamente “Banco Central”, sin ulteriores precisiones. En el formulario de solicitud de póliza de indemnización profesional había, además, otras Secciones. La Sección D del formulario le pedía al Banco que especificara ciertos “Procedimientos”, y el literal b) le solicitaba responder: “¿Suministran los abogados conceptos escritos respecto de la legalidad de cualquier cambio en las políticas de inversión o de administración en relación con las actividades fiduciarias?”, para lo cual el Banco remitió al “Anexo 1”, en el cual manifestaba expresamente: “[y]a que la pregunta se refiere a conceptos legales sobre actividades de fiducia, en este punto quisiéramos señalar que el Banco desempeña las funciones de banco central bancarias de acuerdo con su estructura constitucional y legal”.

El Tribunal, no obstante, a lo largo del laudo usa las expresiones “servicios bancarios”, usadas en el Anexo 11, como equivalentes a “servicios financieros”, usadas en la Sección A del formulario de solicitud de póliza.

26.2. El laudo hace hincapié en que el formulario de solicitud de póliza llevado por el Banco de la República provenía de un formato estándar del mercado Lloyd’s de Londres, elaborado no específicamente para Bancos Centrales, aunque tampoco los excluía. Además, resalta que el tomador no específico, pese a que así se le pedía, cuáles eran sus “servicios financieros”, y que no había una inclusión expresa del riesgo regulatorio. Subraya que en este contexto, la expresión “servicios bancarios”, sistemáticamente identificada a lo largo del laudo con los vocablos “servicios financieros”, ofrece entonces una duda en torno a si los servicios bancarios del Banco Central incluyen la regulación, pues por una parte el carácter del tomador y sus propias respuestas podrían permitir una respuesta afirmativa, pero puestos en contexto su fuerza quedaría erosionada. Para resolver esa duda, el tribunal en su mayoría señala que resulta “indispensable y, a la vez, suficiente, examinar [el] marco normativo de rango legal”. Por lo mismo, acude inmediatamente al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a la Ley 31 de 1992, que regula las funciones del Banco de la República, en busca de una definición expresa de “servicios bancarios” o “servicios financieros”. Aunque no la encuentra, advierte que en esa normatividad sí hay elementos para definir qué es un servicio bancario o financiero. El Tribunal asume entonces, con ciertas precauciones (emplea las palabras “por así decirlo”), que servicios bancarios del Banco Central son los que prestan también -aunque en grado distinto- los bancos comerciales; mientras no bancarios serían los que no pueden prestar los bancos comerciales, como sería el caso de la regulación del crédito:

“[...] el hecho de que el Banco de la República no sea uno de esos establecimientos [bancarios regulados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero], no quiere decir que no pudiera, antes de 1991, o que, después de 1991 y hasta hoy, no pueda celebrar o ejecutar actos en desarrollo de su objeto legal, asimilables o análogos a los que desarrollan en forma masiva los establecimientos bancarios a través de sus secciones comerciales o bancarias, ni que no pueda llevar a cabo actos aislados cuya esencia y naturaleza coincida con actos de los que llevan a cabo los bancos comerciales. La ausencia de identidad subjetiva [entre el Banco de la República y los establecimientos bancarios] radica en la especificidad de la actividad ‘no comercial o no bancaria’ -por así decirlo- del Banco de la

República, que le es exclusiva y excluyente, ajena por ende al objeto social de los bancos comerciales; y en lo referente a las actividades afines –por así decirlo– con las que llevan a cabo los bancos, la diferencia básica radica, sobre todo, en el carácter masivo y habitual inherente a la operación bancaria y a las consecuencias normativas que se siguen de ello, muy diferentes a las de considerar un acto o un contrato aislado, cualquiera que sea su régimen especial. [...] así las cosas, es clara su aptitud [del Banco de la República] o capacidad legal para prestar ‘servicios bancarios’, o análogos a éstos [...] pero tales servicios son diferentes de las funciones propias de ‘Banco Central’, que son desarrolladas por el Banco, y de las de autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”.(énfasis añadido)[81]

26.3. El Tribunal considera que esta conceptualización de los servicios Bancarios, aunque es plausible, no es definitiva. No lo es porque, de nuevo, cuando esas expresiones así entendidas se enmarcan en el cuadro del negocio jurídico se ven afectadas por la imprecisión de sus cláusulas, ya que sigue siendo poco claro qué debe entenderse por “servicios bancarios” o “servicios financieros” de un “Banco Central”, en el contexto de esa póliza en particular. Destaca en un pie de página que según el artículo 823 del Código de Comercio los términos técnicos o jurídicos empleados en un documento destinado a probar obligaciones mercantiles deben interpretarse conforme a su sentido jurídico, y reconoce que de conformidad con esta regla el riesgo regulatorio estaría cubierto pues el servicio de regulación de un Banco Central sería bancario, de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, nuevamente, señala que al devolver estos argumentos al escenario concreto de la póliza esa claridad vuelve a diluirse, por cuanto el negocio tiene unos ciertos elementos que impiden darle ese sentido y alcance al amparo bajo discusión. Dice al respecto:

“advierte el Tribunal que la visión panorámica del contenido volitivo propuesto en la solicitud diligenciada por el Convocante para efectos del otorgamiento del amparo de Indemnización Profesional, plasmado en el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999, ciertamente no otorga claridad para dilucidar el punto de controversia que se examina, pues aporta elementos que pueden apreciarse, objetivamente, en sentidos opuestos: bajo un primer punto de vista, dotado de razonabilidad, es un hecho incontestable que el banco no hizo mención específica, explícita ni directa, en el contexto de las actividades por las que se le indagaba, de la actividad regulatoria, a sabiendas de que se utilizaba un formato no

diseñado para entidades de su naturaleza; y con otra perspectiva, también admisible como planteamiento, es un hecho objetivo que hay mención, indirecta si así puede decirse, por la vía de aludir al Órgano que la ejerce, de la referida actividad regulatoria a cargo de la Junta Directiva del Convocante, además de la posibilidad de esgrimir que ella también se entiende mencionada con la sola expresión de 'Banco Central' utilizada en el diligenciamiento del formulario, si se asumiera, por ejemplo acudiendo a la regla de interpretación prevista en el artículo 823 del Código de Comercio, que a dicha mención se incorpora el contenido normativo que regula al Banco de la República, en el que hay reconocimiento expreso de la asignación de dicha función a la Junta Directiva del Banco de la República [...] [Pie de página] la referencia a 'términos técnicos o usuales', [contenida en el artículo 823 del Código] relativa al significado jurídico o técnico, de los que trata el inciso tercero [de la disposición], no puede prescindir del contexto negocial específico del asunto debatido en este proceso, en el que, como se ha visto, intervienen múltiples factores y variables, todos relevantes, que involucran la consideración de deberes de información, de cargas de la autonomía de la voluntad, de términos particulares del clausulado consentido, de manifestaciones adicionales que se incorporan a dicho clausulado, en fin, de un universo cuyo contenido integral, en el parecer del Tribunal, no se establece con nitidez por el hecho de la utilización de la expresión 'Banco Central', y de esa manera, con base en el artículo 823 del Código de Comercio que aquí se comenta, superar las ambigüedades que muestra el complejo conjunto de elementos de juicio recabados y tenidos en cuenta en el análisis".[82]

26.4. En vista del infructuoso resultado del anterior procedimiento, el laudo se decanta entonces por dilucidar si en los elementos de prueba aportados al proceso se aprecia la existencia de un acuerdo de voluntades expreso en torno a incluir el riesgo regulatorio en la PGB 1999 Anexo 11. Para estos efectos, tiene en cuenta los denominados hechos y circunstancias "anteriores, concomitantes y posteriores". La acción de tutela no cuestiona centralmente la razonabilidad del análisis probatorio de los hechos y circunstancias anteriores y concomitantes a la suscripción de la PGB 1999, sino la de los hechos y circunstancias posteriores a la celebración del negocio.[83] Tres son hechos posteriores al contrato a los que el Tribunal les neutralizó su poder de convicción. (a) En primer lugar, la denominada "autorización de gastos de defensa" por parte de la aseguradora líder, Suramericana S.A.; (b) en segundo lugar, la circunstancia de no cancelarle al Banco de la República el bono pactado en el seguro por no ocurrencia del siniestro; (c) en tercer lugar,

la comunicación suscrita en el proceso de renovación de la PGB para la vigencia 2000-2001 del Gerente de Negocios Estatales de Suramericana. Por la relevancia para el presente caso, se detallan estas circunstancias y la respuesta del Tribunal:

“[...] se está en presencia de un hecho que no tiene la entidad suficiente, en el contexto del conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas que se han venido relatando [...] para constituir un acto a partir del cual pudiera decirse, con adecuada certidumbre, que el entendimiento de las aseguradoras era que el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999 otorgaba cobertura respecto de las actividades regulatorias [...]. Nótese, incluso, que no se trata de un hecho repetido en el tiempo, que pudiera dar peso específico a la referida conducta [...] El Tribunal entiende que la regla de interpretación de los contratos consagrada en el artículo 1622 del Código Civil, que toma en consideración la conducta de los propios contratantes como pauta interpretativa, y que en este caso apuntaría al cobro de los gastos por parte del Banco y a su pago por parte de las Aseguradoras, para su aplicación supone no solo la claridad de la misma, sino la coherencia de dicho actuar con el conjunto del comportamiento de los contratantes. [...] En este caso, según se ha explicado, las circunstancias previas, coetáneas y posteriores a la celebración del contrato deben ser examinadas en su conjunto para establecer el alcance del mismo [...] y en ese conjunto, a la par de dicho pago y [...] del asunto referente al bono [...] se deben tener en cuenta las consideraciones ya expuestas acerca de la elocuente ausencia de claridad acerca de la inclusión o no del riesgo regulatorio en la cobertura plasmada en el Anexo No. 11 de la PGB No. 1999, cuestión de hondo calado que no se desvanece por el hecho del pago de gastos de defensa”. [84]

(b) En segundo lugar, la PGB 1999 decía en una de sus cláusulas, correspondiente a la Sección Tercera literal B del Anexo 1999-1, que “[e]n caso de no presentarse siniestro en una cualquiera de las anualidades sucesivas comprendidas entre el 30 de junio de 1999 y el 30 de junio de 2004, habrá una bonificación [...]”. De acuerdo con esta cláusula, la bonificación se pagaba solo si no había siniestro, y a contrario las aseguradoras se liberaban de esa obligación si el siniestro efectivamente ocurría. El Banco adujo que como esa bonificación no se pagó en el proceso de renovación de la PGB para el periodo 2000-2001, es porque el siniestro sí ocurrió ya que solo entonces las aseguradoras se liberaban del deber de cancelarla. El Tribunal concluyó que también en este caso ese hecho podría sugerir “el entendimiento de las Aseguradoras acerca de la existencia de cobertura del

riesgo regulatorio”, pero descartó ese entendimiento como único posible, pues en su opinión también era posible considerar que el no pago de la bonificación se hubiese debido al aviso de eventual siniestro indemnizatorio por los procesos judiciales sobre UPAC, el cual entonces implicaba que no era claro si había siniestro o no, y en consecuencia si el emolumento mencionado debía cancelarse. Este argumento lo expone el Panel Arbitral en los siguientes términos:

“imposible resulta desconocer que en las circunstancias concretas acaecidas, en las que mediaba un aviso de eventual futuro siniestro indemnizatorio por razón de las acciones judiciales de responsabilidad instauradas por terceros contra el Banco de la República, para entonces sin desarrollo suficiente, de la circunstancia fáctica descrita no puede inferirse el reconocimiento ex post, en cabeza de las Aseguradoras, de la existencia de cobertura respecto del riesgo regulatorio. Para el Tribunal, tiene razonabilidad que en medio de la situación que se presentaba, que ciertamente mostraba sorpresa e inquietud para todos los potenciales interesados, nada se hiciera en torno a la aplicación del pacto de bonificación por no reclamación; en las circunstancias advertidas, este componente fáctico no tiene virtualidad suficiente, en opinión del Tribunal, para sustentar la presencia de un entendimiento, de parte de las Aseguradoras, en el sentido de la existencia de cobertura”. [85]

(c) Finalmente, en el proceso de renovación de la PGB para la vigencia 2000-2001, el Gerente de Negocios Estatales de Suramericana manifiesta lo siguiente sobre la exclusión expresa del riesgo regulatorio: “Como ustedes pueden apreciar, estas modificaciones y exclusiones a las coberturas que dispone el asegurado en la póliza que expira son de un carácter altamente restrictivo para los intereses de nuestro cliente”. El Tribunal reconoce que esta manifestación parece conducir a la conclusión de que la aseguradora líder entendía cubierto el riesgo regulatorio para la PGB 1999, pero luego le resta fuerza a esa tesis, porque la afirmación citada “proviene de un funcionario cuya cercanía real con el tema no se conoce adecuadamente en el proceso” y distinto a quien administró la relación con el Banco durante muchos años. En cambio, quien sí manejó dicha relación en ese periodo, señaló dentro del proceso que el riesgo regulatorio no estaba cubierto en la PGB 1999. Por tanto, sostiene que esa declaración debe leerse en el incierto contexto fáctico y jurídico:

“estima el Tribunal –otra vez- que se está ante un hecho cuya fuerza persuasiva, conforme al contexto descrito, de alguna manera se diluye en el conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas que se han venido relatando, de hondo calado y profunda complejidad, que apuntan en sentidos diversos y en no pocas ocasiones ciertamente opuestos, conjunto a partir del cual no se puede edificar, con la certidumbre requerida, que el entendimiento de las Aseguradoras era que el Anexo No. 11 de la PGB otorgaba cobertura respecto de las actividades regulatorias de la Junta Directiva del Banco de la República”.[86]

26.5. El laudo acto seguido esgrime un último argumento, para intentar dilucidar el alcance del amparo. Sostiene que si bien entre los contratos de seguro y reaseguro hay “independencia jurídica”, esto no impide que lo dispuesto en el reaseguro informe el sentido del seguro. En este contexto, destaca como relevantes las declaraciones del sector reasegurador, según las cuales en las pólizas de reaseguramiento pertinentes era clara la no inclusión del riesgo regulatorio. No obstante lo cual, en concepto del Tribunal, esto tampoco indicaría con suficiencia que el riesgo bajo controversia se hubiese excluido claramente, pues estas son apreciaciones unilaterales del sector reasegurador, que se oponen a las del Banco.

26.6. En vista de esta duda insuperable, el Tribunal pasa a una segunda etapa de la argumentación en la cual señala que es preciso entonces aplicar una regla última y residual de interpretación, como es la contenida en el artículo 1624 del Código Civil. Según sus palabras, este no es en sentido estricto un canon para esclarecer pasajes oscuros del contrato, sino para tomar posición en favor o en contra de una parte: “en forma gráfica, por así decirlo, se trata de una norma legal que le indica al juez cómo debe inclinar la balanza de la justicia ante una situación ambigua”. Es una regla con dos variantes: la primera de ellas obliga a resolver la duda a favor del deudor (favor debitoris) y la segunda en contra de quien dictó la cláusula portadora de oscuridad (contra stipulatorem). En el caso no podía aplicarse esta segunda variante, de acuerdo con los Árbitros, por cuanto no el negocio se había construido bilateralmente. Si bien fueron las Aseguradoras quienes dictaron las cláusulas de la PGB y del Anexo 11, y pertenecía también a la estructura comercial de los aseguradores el uso de los formularios de solicitud de póliza, lo cierto es que el Banco de la República contribuyó a confeccionar el acuerdo al llenar el formulario citado, cuando puso que era “Banco Central”, y se abstuvo de precisar sus servicios financieros. En consecuencia, era preciso aplicar la primera variante de la regla y resolver la duda final y

definitivamente a favor del deudor; es decir, de las Aseguradoras.

Tras este análisis procede entonces la evaluación de la Corte.

b. Evaluación de los defectos sustantivo y fáctico endilgados al laudo arbitral

27. El Tribunal llegó a la conclusión de que había una duda insuperable en el ámbito de cobertura del amparo de la póliza de indemnización profesional, como consecuencia, en primer lugar, de defectos trascendentales en su apreciación y razonamiento sobre el contenido del contrato, y en la aplicación de la Constitución a la interpretación del negocio jurídico. En segundo lugar, sostuvo que esa duda era insuperable con arreglo a los medios de prueba, a causa de una valoración manifiestamente defectuosa de los elementos probatorios. Esta argumentación, en tercer lugar, lo condujo a aplicar una norma cuyo supuesto de hecho es una situación de duda por ambigüedad, a un caso donde era irrazonable el proceso que lo condujo a asumir la existencia de una duda, de modo que en definitiva el asunto se resolvió con fundamento en una disposición legislativa claramente inaplicable.

28. En primer lugar, el laudo presenta defectos en su razonamiento sobre el contenido de la PGB 1999 Anexo 11. El Tribunal efectúa una lectura selectiva, insular e inmotivada de elementos del negocio jurídico que fueron trascendentales para la decisión. Sin que le corresponda a la Corte evaluar el negocio, puede observarse lo siguiente en el laudo. Por una parte, el Tribunal observó que el Anexo 11 de la PGB 1999 cubría la responsabilidad legal del Banco ante terceros derivada de la “prestación de los Servicios Bancarios”, tal y como se describen “en el formulario de solicitud”. Como se observa, el amparo de la Póliza estaba definido en función del “formulario de solicitud”, sin especificaciones ulteriores. Ahora bien, el laudo asume de inmediato, y sin justificación, que los “Servicios Bancarios” descritos en el formulario de solicitud son los descritos en la Sección A del formulario, en el cual sin embargo nunca se le pide al Banco que describa sus “servicios bancarios” sino sus “servicios financieros”. El Tribunal solo marginalmente tiene en cuenta otras secciones del formulario de solicitud, como respuesta a las alegaciones del Banco. Por ejemplo, toma en cuenta la relación de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, y la descripción de las funciones de los abogados al servicio de la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República, entre las cuales estaba la asesoría en sus funciones

como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. Estos otros contenidos del formulario reciben una importancia secundaria, pues apenas se consideran como una mención “indirecta” de los servicios bancarios, y aparte su contribución al esclarecimiento del amparo se toma como alternativa apenas posible.[87] El laudo se abstiene de hacer una interpretación integral del formulario, pese a que el Anexo 11 no circunscribe la pertinencia de ese documento a uno solo de sus segmentos, y a que en otras secciones del mismo se describen como bancarias las funciones constitucionales de Banco Central. Como se observó y lo menciona la tutela, en el Anexo 1 del formulario, Sección D, el Banco responde a esta pregunta: “¿Suministran los abogados conceptos escritos respecto de la legalidad de cualquier cambio en las políticas de inversión o de administración en relación con las actividades fiduciarias?”, en los siguientes términos:

“[y]a que la pregunta se refiere a conceptos legales sobre actividades de fiducia, en este punto quisiéramos señalar que el Banco desempeña las funciones de banco central bancarias de acuerdo con su estructura constitucional y legal”.[88]

Por otra parte, en el laudo se invoca el hecho de que el formulario de solicitud proviene de un formato estándar del mercado Lloyd’s de Londres. Este hecho se recalca en un contexto del razonamiento jurídico, en el cual el Tribunal refuerza la existencia de una ambigüedad en el negocio jurídico, originada en la falta de una descripción pormenorizada de los servicios bancarios por parte del tomador. Esa descripción sería a su juicio tanto más necesaria cuanto que el formulario proviene de un formato “no diseñado” para Bancos Centrales. Puede apreciarse entonces que por su disposición y contenido en el razonamiento, esta indicación del Tribunal insinúa una participación del Banco, por omisión, en la supuesta oscuridad del amparo. Sin embargo, el Tribunal no pone este hecho en el contexto integral del negocio. Ciertamente, el laudo menciona que el formulario de solicitud general de PGB le preguntaba al tomador: “Considera Usted que el carácter de su negocio es en esencia un: a) Banco Comercial? b) Banco Privado? c) Banco Mercantil? o d) Otro (favor dar detalles)?”, a lo cual el Banco de la República contestó: “d) Otro ‘Banco Central’”. Es decir que el formulario de solicitud del negocio no estaba diseñado especialmente para Bancos Centrales, pero eso no necesariamente quería decir que no estuviera diseñado también para ellos. El laudo no pone estos elementos en el contexto argumentativo en el que funda la duda. Además, el Tribunal pasa por alto en esa sección que en el proceso se mencionó que en 1996, cuando por primera vez el Banco de la

República llenó un formulario específico de solicitud de póliza de indemnización profesional, como el que dio lugar al Anexo 11, le comunicó al corredor de reaseguros que ese formato no se ajustaba en muchos aspectos a sus actividades como Banco Central:

“[t]enemos entendido que las reaseguradoras reconocen que el Banco de la República es el Banco central de Colombia. El formulario de Propuesta adjunto (Proposal Form) está diseñado para actividades comerciales y en muchos aspectos no se ajusta al tipo de actividades y funciones que desempeña un Banco Central. Para el futuro sería aconsejable diseñar un formulario de propuesta para banco centrales”. [89]

Por último, el Tribunal de Arbitramento advierte el hecho objetivo de que en el Anexo 11 se define la cobertura de la póliza de indemnización profesional con arreglo a los “Servicios Bancarios” descritos en el formulario de solicitud. Como antes se indicó, esto llevó al Panel Arbitral a remitirse a la Sección A de dicho formulario, el cual no habla sin embargo de “servicios bancarios” sino de “servicios financieros”. A partir de ese momento, de forma sistemática pero sin previa motivación, el Tribunal usa como intercambiables los términos “servicios bancarios” y “servicios financieros”, y establece entre ellos una relación de identidad, lo cual extravía el razonamiento jurídico de la decisión pues sin razones que lo justifiquen se asume, como una posibilidad hermenéutica que oscurece el negocio, que los riesgos cubiertos son solamente los derivados de responsabilidad por servicios bancarios que además sean financieros. Tras interiorizar esta equivalencia no justificada entre “servicios bancarios” y “servicios financieros”, en el laudo se refuerza entonces sin motivación la idea de que la póliza es anfibológica, pues no solo no es claro ahora el ámbito de los “servicios bancarios” de un “Banco Central”, sino que aparte entran en juego además las palabras “servicios financieros”, también semánticamente imprecisas, pese a que a ellas no se alude en absoluto en la cláusula que define la cobertura de la póliza en el Anexo 11.

No es competencia de la Corte señalar el sentido en que debía interpretarse lo referidos elementos del negocio jurídico. Sin embargo, sí lo es destacar que la decisión arbitral cuestionada presenta entonces notorios defectos en su razonamiento interpretativo sobre el contenido del contrato, toda vez que sin motivación escoge los segmentos del negocio que considera relevantes, en lugar de hacer una interpretación integral de sus elementos; omite sin justificación suficiente darles a otros aspectos, que sí describe, el valor de

contribuciones al esclarecimiento del sentido de lo acordado; sustrae del contexto histórico y jurídico un documento contractual esencial, como es el formulario de solicitud de póliza de indemnización profesional, en la parte decisiva del razonamiento para la justificación de la duda; y extrae conclusiones interpretativas sin argumentos, que le agregan dosis innecesarias de imprecisión al problema. Más allá de si los términos internos del contrato, considerados en sí mismos, ofrecían una duda en torno al alcance del amparo de la PGB 1999 Anexo 11, la Corte considera que el Tribunal de Arbitramento llegó a la conclusión de que sí la había, pero a causa de un razonamiento manifiestamente defectuoso de su parte.

29. Ahora bien, el Tribunal estaba facultado para decidir en Derecho, y en tal virtud debía observar no solo lo previsto en el contrato, sino además en la Constitución y la ley (CP arts 4, 29, 116 y 230). En efecto, el negocio empleaba expresiones que los Árbitros consideraban imprecisas, tales como “servicios bancarios”, “servicios financieros” y “Banco Central”, y era entonces necesario verificar si el ordenamiento jurídico proveía una definición al respecto. No obstante, la Corte advierte que en este punto el laudo también ostenta visibles errores trascendentales en la aplicación de la Constitución y la ley a la interpretación del negocio jurídico. El Tribunal neutraliza la eficacia de las normas constitucionales, se abstiene de elucidar una de las expresiones constitucionales que a su juicio le aportan imprecisión al negocio, aplica una regulación manifiestamente inaplicable al negocio, y finalmente descontextualiza los términos y conceptos de referencia del contrato.

El laudo menciona que conforme al artículo 823 del Código de Comercio los términos jurídicos usados en el contrato deben ser interpretados en sentido técnico jurídico, y advierte que los vocablos “Banco Central” tienen una regulación en la Constitución y la ley, y que en tal virtud podría considerarse como bancario el servicio de regulación del crédito. No obstante, acto seguido, el Tribunal señala, en un pie de página, que de ese modo no se puede llegar a un significado plausible de los términos “Banco Central”, porque estos debían interpretarse según el contexto específico del negocio, el cual por ser ambiguo les comunicaba esa misma ambigüedad. La Corte advierte, en primer lugar, que de acuerdo con el razonamiento contenido en el laudo el método de interpretación referido está llamado a perder su efecto útil en casos de duda, toda vez que el valor obtenido como resultado de aplicarlo se tendría que diluir por regla en el contexto de duda que originó su

aplicación. Sin perjuicio del resultado al que autónomamente pueden llegar los árbitros en aplicación de este precepto, es sin embargo irrazonable usar un canon de interpretación para superar una duda, y retornar a ella para desconocer el resultado.[90] Pero, además, este razonamiento neutraliza los efectos de la regulación constitucional del Banco de la República para definir los “servicios bancarios” de un “Banco Central” (CP arts 371 a 373). En específico, quiere decir que el artículo 371 de la Carta no era entonces claramente relevante para esclarecer los términos del negocio, pese a su notoria pertinencia temática: “[e]l Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. [...] Serán funciones básicas: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito [...]”. En realidad, una vez se descarta la eficacia de la Constitución para dilucidar los términos “Banco Central”, el Panel de Árbitros no avanza ninguna tentativa específica ulterior para esclarecerlos.

En segundo lugar, el Tribunal sostuvo que para establecer cuáles actividades del Banco de la República eran bancarias y cuáles no, resultaba “indispensable y, a la vez, suficiente, examinar [el] marco normativo de rango legal” (énfasis añadido). Ciertamente, en un acápite, el laudo se dedica a describir el régimen constitucional y legal del Banco de la República antes y después de la Constitución de 1991. Pero a la hora de atribuirles sentido a las expresiones contractuales a su juicio imprecisas, acude solamente al marco legal. Así, para esclarecer el uso de los términos “servicios bancarios”, en tanto se consideraron equivalentes a los “servicios financieros”, decidió acudir, sin justificación adicional, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normatividad que no tiene como fin regular al Banco de la República, sino a otros entes.[91] Esta operación reforzó la exclusión de la Constitución en la solución de una parte decisiva de la controversia, al señalar que resultaba “suficiente examinar [el] marco normativo de rango legal” a pesar de que el Banco de la República es una persona jurídica de derecho público cuyas funciones básicas las define la Constitución (CP arts 371 a 373). Pero además tergiversó de forma drástica el objeto del razonamiento jurídico, pues con este se buscaba establecer si la función regulatoria del Banco de la República era un servicio bancario, y naturalmente era inverosímil encontrar en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, llamado a regular entidades distintas al Banco de la República, elementos para una definición de “servicios bancarios” que incorporaran los servicios propios o exclusivos de un Banco Central, ya que esa sería una materia radicalmente extraña a la regulación. Una vez dado el paso de buscar allí apoyo para elucidar el alcance del amparo, el Tribunal continúa por un rumbo argumentativo que lo conduce a una duda objetivamente irrazonable.

En tercer lugar, el Panel de Árbitros verificó inicialmente que, pese a no existir una definición expresa de “servicios bancarios” o “servicios financieros”, en el EOSF sí había elementos para construir una, adecuada al caso. Tras cotejar los contenidos del EOSF con los de la Ley 31 de 1992, que regula las funciones del Banco de la República, advirtió que había en esta última ciertos servicios del Banco de la República semejantes a los que prestan los bancos comerciales o privados, y efectuó entonces una asociación inmotivada, según la cual sería posible interpretar que solo son bancarios los servicios prestados por el Banco de la República que sean asimilables a los prestados por bancos comerciales o privados o mercantiles. Los demás servicios, que presta el Banco de la República exclusivamente y no ofrecen los bancos comerciales, serían según esto no bancarios. Desde luego, la Corte no desconoce que el Banco de la República puede ejercer funciones no bancarias.[92] No es el hecho de que sean prestados por el Banco de la República lo que les ha de dar a los servicios su carácter de bancarios. Pero es absurdo asumir que solo sean bancarios los servicios de un Banco Central en tanto sean semejantes a los que se prestan en la banca comercial. La Sala observa que el Banco Central de la República Argentina (Ley 24.144 arts 4 y conc), el Banco Central de Chile (Ley 18840 arts 3 y conc), el Banco de México (Constitución de los Estados Unidos de México art 28 párr 6 y 7), el Banco Central de Reserva del Perú (Constitución Política arts 83 y ss), la Reserva Federal de los Estados Unidos de Norteamérica y el Banco de Inglaterra, entre muchos otros alrededor del mundo, tienen a su cargo, como Bancos Centrales, funciones de regulación de la moneda, el crédito y los cambios internacionales.[93] Doctrina autorizada sobre la materia reconoce por lo mismo que si bien es posible discutir en ciertos casos cuáles son funciones bancarias de los Bancos Centrales, hay un común denominador en el derecho comparado sobre la materia que obliga a incluir entre ellas la regulatoria, bien sea de la moneda, el crédito o los cambios internacionales, pues es una actividad jurídica típicamente bancaria central.[94]

Por lo anterior, no resulta razonable asumir, siquiera como interpretación “posible”, que las únicas actividades bancarias del Banco de la República como Banco Central son las que también desarrollan los bancos del derecho privado, toda vez que esto es descontextualizar injustificadamente la realidad jurídica de las actividades realizadas por un Banco Central. No hay razones suficientes para sostener que las funciones que desarrolla el Banco de la República y que también ejercen muchos otros Bancos Centrales en el derecho comparado no son bancarias, solo porque no las realizan los bancos comerciales en Colombia según algunos preceptos del EOSF, que por su naturaleza ni definen en abstracto qué servicios

son bancarios, ni en específico tienen vocación de gobernar o caracterizar jurídicamente las funciones del Banco de la República. Supeditar el carácter bancario de un servicio del Banco Central de Colombia a su semejanza con los servicios que prestan quienes no son estrictamente sus pares, descontextualiza los términos del negocio que se suscribió con el Banco de la República.

30. El Tribunal además debía valorar las pruebas aportadas al proceso arbitral. No obstante, la Corte advierte que en virtud de un razonamiento probatorio manifiestamente defectuoso, privó de sus plenos efectos los medios de prueba aportados que reafirmaban la inclusión del riesgo regulatorio en el amparo. Por una parte, asumió la función de valorar individualmente cada prueba favorable al convocado y el resultado de ese ejercicio fue sustraerles su valor. Pero los motivos para descartar su fuerza no eran suficientes, ni claros, ni razonables.

- En primer lugar, el pago que hicieron las aseguradoras para gastos de defensa “en el proceso de la demanda del caso UPAC”, y que Suramericana clasificó como “Concepto: Liq. de siniestros”, “Póliza/Título 1999”, “Siniestro 3419991”, “Riesgo 17000199”, [95] fue neutralizado por completo en sus efectos probatorios, por cuanto no fue repetido en el tiempo. Desde luego, forma parte del margen de apreciación de los árbitros definir el grado de fuerza que tiene un medio de prueba como este. Pero es irrazonable privarlo por completo de su poder de convicción, y negarle siquiera su fuerza como una contribución en la elucidación de los hechos, solo porque no se repitió el tiempo. Para la Corte no pasa inadvertido que podía haber explicaciones alternativas, distintas de las de no considerar cubierto el riesgo, para que las Aseguradoras actuaran primero en el sentido de reconocer un siniestro y de luego negarlo. Por tanto, si bien se podía considerar que el medio de prueba no era suficiente, asumir que no probaba nada por no ser repetido constituye visiblemente un defecto.

- En segundo lugar, el no pago de la bonificación por no ocurrencia del siniestro lo descartó el Tribunal con un argumento confuso, según el cual esto no indicaba que el siniestro hubiese ocurrido sino que un siniestro -por el riesgo regulatorio - podía acaecer. En realidad, en el laudo no se explica por qué no se pagó, en el proceso de renovación de la PGB para el periodo 2000-2001, el bono por no acaecimiento del siniestro. La aparente explicación del Tribunal no solo fue poco clara en sus términos, sino que de hecho probaba

que para las aseguradoras la responsabilidad por el riesgo regulatorio sí estaba amparada.

- En tercer lugar, el Panel de Árbitros le restó cualquier tipo de fuerza probatoria a la comunicación del Gerente de Negocios Estatales de Suramericana, que reconocía la cobertura del riesgo regulatorio de la PGB 1999[96], por cuanto no era clara su relación con el negocio, sin destacar el nivel del cargo que ocupaba. Ciertamente, señaló que otro funcionario de las Aseguradoras en el proceso había declarado en sentido contrario. Sin embargo, esa declaración favorable al convocante no debía leerse de forma insular, para cotejarla con otra en sentido opuesto, sino que debía valorarse en conjunto con los demás hechos.

Los argumentos para descartar la fuerza probatoria de cada uno de estos medios, singularmente considerados, no solo no son entonces suficientes ni claros, sino que además se dictan en un marco de valoración fáctica desintegrado y desigual. En efecto, por una parte, aun cuando haya afirmaciones dentro del laudo que insinúen la intención contraria, en realidad el Tribunal nunca hizo una valoración de conjunto de las pruebas. La operación consistió, más bien, en dividir los medios de prueba para analizarlos y valorarlos singularmente en primer lugar y, una vez despojados de su poder de convicción, en tomar sus restos impotentes en una visión de conjunto que desde luego no suministraba ningún aporte al esclarecimiento del asunto. En el análisis de cada prueba, además, el Tribunal contrasta los elementos individuales favorables a la inclusión del riesgo regulatorio con cualquier medio de prueba del acervo probatorio que obra en sentido opuesto. Se trata entonces de una oposición desigual entre, por una parte, los medios de prueba favorables al Banco individualmente considerados, y por otra el acervo probatorio restante opuesto. Los Árbitros parecen haber sido conscientes de que la regla de razonabilidad probatoria, estatuida además en el ordenamiento, les exigía valorar en conjunto las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso sin antes extraerles su fuerza demostrativa en un análisis individual y aislado. Pero al mismo tiempo reconocen de hecho, en el presente proceso, que su valoración probatoria se apartó de este método:

“[...] el Tribunal conforme al criterio rector de la sana crítica (páginas 53, 54, 229, 341), hizo la revisión de las pruebas asociadas a los diferentes y opuestos argumentos invocados por cada una de las partes, y lo hizo tanto de manera individual –excediendo incluso las

exigencias al efecto previstas en el artículo 304 del C.P.C.-, para ir estructurando el alcance persuasivo de cada uno de ellos, como en conjunto, para con base en ello definir la orientación decisoria en punto a la contrapuesta interpretación planteada por las partes respecto del contrato de seguro” (énfasis añadido).

No solo no hubo una valoración conjunta, integrada, equitativa y suficientemente motivada de las pruebas, sino que tampoco se apreció su poder de convicción en un plano comprensivo, compuesto además por los elementos del contrato, de la Constitución y de la ley. En específico, tampoco se les dio a los actos de ejecución contractual por parte de las Aseguradoras los efectos que debían tener en virtud de la buena fe, y de compromiso con las implicaciones del acto propio. Constituye una frustración objetiva de la buena fe, abstenerse de reconocerle siquiera el carácter de contribución probatoria en la definición de cobertura del amparo a hechos demostrados como que las Aseguradoras pagaron un dinero por concepto de siniestro relacionado con el riesgo regulatorio, que se abstuvieron de reconocer el bono por no ocurrencia del siniestro, y que uno de sus más altos directivos -Gerente de Negocios Estatales de Suramericana- hubiese considerado en una comunicación espontánea que el riesgo regulatorio estaba cubierto en la PGB 1999 Anexo 11.

En suma, para definir si estaba cubierto el riesgo regulatorio, el Tribunal nunca se preguntó por lo que significaba, en su conjunto, que en el marco de un contrato que cubría la responsabilidad derivada del riesgo por prestación de servicios bancarios del Banco de la República como Banco Central, tal como se describían en el formulario de solicitud: (i) el formulario mencionara como bancarias las funciones constitucionales del Banco de la República en su condición de Banco Central; (ii) la póliza no excluyera expresamente el riesgo regulatorio del ámbito del amparo; (iii) la Constitución establezca que el Banco de la República “ejercerá las funciones de banca central. [...] Serán funciones básicas: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito [...]”, (iv) la función regulatoria -del crédito- sea ejercida por los Bancos Centrales en distintas partes del mundo y de América, (v) las Aseguradoras hubieran considerado un siniestro el advenimiento de un proceso por responsabilidad derivado del ejercicio de las funciones regulatorias, (vi) las Aseguradoras no hubieran pagado la bonificación por no ocurrencia del siniestro, (vii) un alto directivo de la Aseguradora líder hubiese clasificado como cubierto el riesgo regulatorio en la PGB 1999, y (viii) la Constitución estableciera un principio de buena fe que exige que un compromiso con

las implicaciones del acto propio. No se explica en el laudo cuáles son las pruebas que, en oposición, afectan la fuerza conjunta de esta perspectiva integral de los elementos contractuales, constitucionales, legales y fácticos relevantes en el proceso, pues en vez de eso se hace una partición de cada uno para debilitarlos y restarles el poder jurídico que tienen en su conjunto.

También constituye un defecto en la apreciación probatoria la incorporación de un asunto descontextualizado, como era la cobertura del riesgo regulatorio en el sector de reaseguros. Si bien el Tribunal reconoce que en virtud de lo previsto en los artículos 1080 y 1135 del Código de Comercio hay un principio de independencia jurídica entre los contratos de seguro y los respectivos de coaseguro, afirma luego –sin justificar por qué– que esto no impide tener en cuenta el reaseguro para elucidar las cláusulas del contrato de seguros. Sin embargo, preliminarmente, la consecuencia razonable de la independencia jurídica precisamente excluye que el contrato de reaseguro informe la interpretación jurídica del contrato de seguro. A falta de argumentos en el laudo que justifiquen una conclusión opuesta, debe considerarse que fue irrazonable entonces el proceder del Tribunal. Pero además, al relacionar el lugar del riesgo regulatorio en el sector reasegurador, el Panel de Árbitros se abstuvo de mencionar que las Aseguradoras iniciaron contra las reaseguradoras un pleito arbitral en Londres que había dado como resultado un laudo parcial favorable a las aseguradoras. Para esa controversia, las Aseguradoras le solicitaron al Banco de la República declarar si había conocido del reclamo potencial del UPAC antes de celebrar la PGB 1999. Si se tomaba en cuenta el lugar del riesgo en el sector reasegurador era preciso entonces destacar cuál fue el objeto de ese arbitraje, y cuál su desenlace, a efectos de determinar su real contexto integral. O señalar, si era el caso, su carácter confidencial y la incertidumbre que esto suponía para el proceso. No obstante, el Tribunal se abstuvo de referir estas circunstancias, pese a su necesaria relevancia en la controversia.

31. El laudo presenta entonces en suma tres defectos. Un defecto sustantivo originado en la manifiesta irrazonabilidad de su interpretación de elementos decisivos del negocio jurídico; un defecto sustantivo ocasionado por privar irrazonablemente de sus efectos a las normas pertinentes de la Constitución en la interpretación del negocio jurídico, y por sus visibles extravíos en la aplicación de una regulación y una conceptualización inatinerante al contrato; y un defecto fáctico por la ostensible valoración irrazonable de los medios de prueba. Estos defectos están consecuentemente conexos entre sí, y son jurídicamente dependientes del

último, definitivo y más trascendental defecto fáctico y sustantivo por haber aplicado una norma claramente inaplicable al caso, dado que no se daba por demostrada razonablemente la concurrencia del supuesto fáctico previsto en ella. El Tribunal consideró que había una duda remanente de todo el análisis, insuperable incluso con arreglo a cualquier otro recurso contractual, constitucional, legislativo o fáctico. Por lo mismo, apeló a una regla residual en materia de resolución de dudas contractuales, establecida en el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, conforme a la cual si no hay otro remedio contra una ambigüedad en una cláusula, se escogerá el sentido que obre “a favor del deudor”.

En concepto de la Corte, esa ambigüedad remanente no puede entenderse como una duda psicológica en la conciencia de los árbitros en torno a la univocidad de las cláusulas del contrato, sino como una ambigüedad objetiva, razonablemente demostrada, efectivamente identificable e insuperable por cualquier otro medio de interpretación legal o contractual o por medio de pruebas. Cuando se presente una ambigüedad de esa naturaleza, puede aplicarse la norma que la define en un sentido o en otro. Sin embargo, la ambigüedad sobre la cual en este caso el Tribunal aplicó la disposición referida no fue fruto de una argumentación razonable, sino portadora de manifiestos defectos en cuanto a la interpretación del negocio, de la Constitución, de la ley y de los términos internos del contrato. Más allá de si en efecto había entonces una duda o no, cuestión que no le corresponde definir a esta Corte, lo cierto es que los razonamientos usados para concluir que la había vulneraron de forma directa el derecho fundamental al debido proceso del Banco de la República.

Los árbitros en este caso estaban facultados para decidir en derecho (CP arts 29, 116 y 230), y en tal virtud el derecho al debido proceso les exigía no emitir un juicio sino “conforme a leyes” (CP art 29), lo cual alude a todo el sistema de fuentes formales de derecho y por tanto también a la Constitución y al contrato (que es una ley para los contratantes, según el artículo 1602 del Código Civil). Asimismo, debían garantizarles a las partes el derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (CP art 29), garantía que va aparejada necesariamente a que las pruebas aportadas no se valoren irrazonablemente pues de lo contrario la posibilidad de probar hechos se haría nugatoria. Estos principios, reconocidos por la Constitución, fueron desconocidos directamente por el laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014.

## Conclusión

32. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional revocará el fallo de tutela proferido, en única instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 26 de noviembre de 2015, que negó la protección invocada. En su lugar, concederá la tutela del derecho fundamental al debido proceso del Banco de la República. Por lo tanto, la Corte dejará sin efectos el laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 2014 por el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A, del otro. Ahora bien, en este caso la Corte resuelve una tutela contra un laudo y un fallo de anulación, razón por la cual su competencia se circunscribe a decidir si incurrieron en defectos y, en caso afirmativo, a excluirlos. La definición sobre la cobertura del amparo y demás cuestiones sometidas inicialmente a litigio no son objeto de la justicia constitucional. Lo cual no obsta para declarar que, dadas las reclamaciones en estrados, las decisiones de revocar la sentencia de tutela del 26 de noviembre de 2015 y de dejar sin efectos el laudo arbitral del 12 de noviembre de 2014 no agotan la jurisdicción para dirimir las diferencias entre las partes del negocio jurídico que originó la controversia arbitral. Del mismo modo que, por igual motivo, se entiende enervado el término de prescripción o caducidad de las acciones judiciales procedentes para asuntos como esos.

## III. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del proceso.

Segundo.- REVOCAR el fallo de tutela proferido, en única instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 26 de noviembre de 2015, que negó la protección invocada. En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso del Banco de la República.

Tercero.- En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS el laudo proferido el 12 de noviembre de

2014 por el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A, del otro.

Cuarto.- DECLARAR que dadas las reclamaciones en estrados se entiende enervado el término de prescripción de las acciones judiciales en este caso.

Comuníquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA SU556/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y LAUDOS ARBITRALES-Se debió declarar la improcedencia teniendo en cuenta el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales (Salvamento de voto)/ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procede directamente cuando el recurso de anulación es ineficaz (Salvamento de voto)

La Corte ha determinado que así como sucede con las sentencias judiciales, también pueda acudir a la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones de los tribunales arbitrales. Por ello, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que el reproche de un laudo por medio de la acción de tutela está sometido, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y LAUDOS ARBITRALES-Se debió declarar la improcedencia por falta de relevancia constitucional (Salvamento de voto)

El estudio realizado en la presente sentencia, respecto de la relevancia constitucional del litigio comercial que enfrentaba un tomador de un seguro y las aseguradoras fue laxo. Este análisis laxo de la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, que se fundó en una excepción de inconstitucionalidad inexistente y marginal en el asunto, riñe profundamente con la jurisprudencia de esta Corte en la que se ha considerado que el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela debe ser más estricto y riguroso, cuando la misma es un laudo arbitral.

Referencia: Expediente T-5.418.478

Acción de tutela presentada por el Banco de la República contra la Sección Tercera-Subsección C- del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A., del otro.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito apartarme en esta oportunidad de la decisión adoptada en la sentencia SU-556 de 2016. En mi criterio, por las razones que adelante expongo, la Corte Constitucional ha debido declarar improcedente la acción de tutela, teniendo en cuenta (i) el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, debido al hecho de que, además de ser un providencia judicial, las partes, en ejercicio de su libertad contractual, han decidido dejar en manos de árbitros la decisión de un litigio comercial, más aun cuando para controvertir los laudos arbitrales existe el recurso extraordinario de anulación. Ello puede tener como consecuencia que la Corte se convierta en un tribunal de instancia para revisar hechos y argumentos jurídicos que son del resorte exclusivo de la justicia arbitral; (ii) la falta de relevancia constitucional del presente caso, por tratarse de una controversia económica en la que se discutía si un riesgo soberano estaba o no amparado por un contrato de seguro y el hecho de que la Corte no puede actuar como juez de instancia. De otro lado, aun declarando su procedencia, la Corte ha debido negar la tutela, ya que (iii) esta Corporación no puede, vía tutela, trasladar el riesgo soberano de la regulación monetaria, cambiaria y crediticia a unos aseguradores privados, existiendo un pronunciamiento en contrario de un tribunal arbitral. Para finalizar,

(iv) haré unas consideraciones finales respecto a ciertos aspectos puntuales de argumentación con los que discrepo de la sentencia SU-556 de 2016.

I. El carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales

1. Con el fin de fijar las razones por las cuales me aparto de la presente sentencia, considero pertinente recordar ciertos conceptos básicos en materia de arbitraje, cuyo sentido y alcance, al ser pasados por alto en la presente providencia, tienen como efecto la decisión que considero equivocada.

La Constitución Política, en su artículo 116, de manera expresa confiere la posibilidad de recurrir al arbitraje como un mecanismo para administrar justicia transitoriamente, por parte de los particulares, mediante fallos proferidos en derecho o en equidad, en los siguientes términos: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Así, en la Ley 1563 de 2012 se define el arbitraje como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. De este modo, salta a la vista el carácter voluntario de la justicia arbitral, donde las partes, con fundamento en una “relación contractual existente y [con] un origen consensual de la investidura del árbitro”[97], le confieren a unos árbitros la potestad para dirimir un conflicto, por lo cual a partir de ese momento “el árbitro dispone de una autonomía e independencia -dentro del marco fijado por el pacto arbitral-, propias de su función jurisdiccional”[98].

El alcance público y de carácter jurisdiccional de la función arbitral ha llevado a la jurisprudencia de esta Corte a concluir que el arbitraje no es un simple método alternativo de solución de conflictos en el que los árbitros son particulares investidos por las partes para resolver una controversia, sino que ejercen como verdaderos jueces, habilitados por las partes y facultados por el ordenamiento jurídico para administrar justicia mediante un laudo arbitral que es en realidad una providencia judicial, puesto que el árbitro “ha sido designado para desatar el conflicto: decir el derecho (iuris dicere)”[99], respecto de la cual existe una revisión judicial mediante la interposición, trámite y resolución del recurso

extraordinario de anulación -cuya procedencia y trámite se encuentran taxativamente definidos por la ley[100]-. Visto de este modo, el arbitraje se ha concebido como una actuación eminentemente jurisdiccional, dado que expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado que excepcionalmente permite a los particulares, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, administrar justicia cuando sean habilitados por las partes.

El aceptar que los laudos arbitrales son en esencia sentencias[101], o al menos producen los efectos propios de las mismas[102], lleva a considerar que bajo ciertas circunstancias -que en principio se tienen como excepcionales- deba proceder la acción de tutela contra laudos arbitrales, de manera similar a como procede esta acción frente a providencias judiciales. En efecto, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional “[l]a posibilidad de reprochar una decisión por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia, al menos material, del laudo arbitral con una providencia judicial, pues como se indicó en la Sentencia C-242 de 1997 tales laudos son, también, decisiones eminentemente jurisdiccionales”[103].

Debido a esta equivalencia material, la Corte ha determinado que así como sucede con las sentencias judiciales, también pueda acudir a la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones de los tribunales arbitrales. Por ello, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que el reproche de un laudo por medio de la acción de tutela está sometido, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, los cuales fueron sistematizados en la sentencia C-590 de 2005 y fueron clasificados en dos categorías a saber: los requisitos generales y los requisitos específicos.

A pesar de lo anterior, vale la pena destacar que la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales no siempre fue aceptada por esta Corte[104]. En una primera etapa, se consideró que por existir el recurso extraordinario de anulación contra ellos, no procedía el recurso de amparo constitucional, pues debido al carácter residual de la tutela, ésta no podía ser promovida simultáneamente con otros recursos legales que como el de anulación, habían sido dispuestos por el ordenamiento jurídico para proteger el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son parte en una actuación judicial[105]. Así mismo, durante esta etapa la Corte consideró que tampoco era procedente como

mecanismo transitorio mientras se decidía de manera definitiva el recurso extraordinario de anulación, pues no lograba comprobarse en este evento un perjuicio irremediable[106].

Más adelante, en una segunda etapa, la Corte resolvió aceptar la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales, a pesar de la existencia del recurso extraordinario de anulación[107]. En esta línea, señaló que las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra las actuaciones arbitrales son excepcionales y exigen la configuración de “vías de hecho”[108], es decir actuaciones por fuera del derecho que vulneren en forma directa derechos fundamentales, lo cual se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante 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 permanentes, y (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros[109].

Bajo este panorama, si bien comparto el desarrollo realizado por esta Corte en cuanto a la equivalencia material entre laudos arbitrales y providencias judiciales, la cual ha llevado a que en la actualidad se acepte la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, considero preciso reiterar el carácter ciertamente excepcional de la acción de amparo contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento, teniendo en cuenta el carácter especial de la justicia arbitral, el cual hace que el examen de procedibilidad, tanto de los requisitos generales como especiales, deba ser más estricto[110].

2. La razón por la que el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso de los laudos arbitrales deba ser más estricto radica, fundamentalmente, en el hecho de que se está ante un escenario en el cual las partes han expresado su voluntad de apartar un litigio de la jurisdicción ordinaria y someterlo a la decisión de un tribunal de arbitramento. En estos casos, nos encontramos ante la existencia de un pacto arbitral[111] que tiene como consecuencia investir a los árbitros de una iurisdicció que no es del todo asimilable a la del juez, puesto que la arbitral “es eminentemente temporal; en virtud de la relatividad de las convenciones no vincula sino a las partes; y sólo está al servicio de quienes, en relación con derechos sobre los cuales tienen la libre disposición, han concurrido al pacto arbitral”[112]. En efecto, las partes, en ejercicio de su libertad

contractual[113] y mediando una habilitación constitucional y legal, han decidido sustraer el asunto bajo controversia de la jurisdicción estatal para someterla al juicio de unos terceros que, sin ser funcionarios públicos y, como fue mencionado, han sido habilitados por las partes y facultados por el ordenamiento jurídico para administrar justicia.

De la decisión libre y autónoma de las partes, amparada por el ordenamiento legal, de sustraer un litigio determinado de la justicia estatal, para radicar su resolución en la justicia arbitral, y exclusivamente en ésta, se desprende igualmente la vocación de permanencia de la decisión adoptada por medio del laudo, la cual, en principio, no podría verse sometida a una ratificación o cuestionamiento posterior por parte de la jurisdicción estatal permanente, a la que las partes inicialmente renunciaron. Lo anterior se evidencia en la ausencia del trámite de impugnación ante la justicia estatal, “pues someter el laudo a las instancias propias de la justicia ordinaria significaría desconocer la misma voluntad de las partes que previeron un mecanismo alternativo de solución de conflictos”[114].

Por ello, las vías para controvertir los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas pues, por un lado, se erigen como una excepción válida a la existencia de una segunda instancia, y, por el otro, fueron creadas por el legislador para controvertir aspectos del procedimiento, y se limitan a unas causales taxativas expresamente señaladas en la ley. En ese sentido, como lo expresó la Corte en la sentencia SU-174 de 2007:

“Tales recursos han sido concebidos como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral, no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir en el ámbito contencioso administrativo al recurso de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia”.

3. En consecuencia, teniendo en cuenta que por un lado, el legislador restringió las vías judiciales para controvertir los laudos arbitrales, procediendo únicamente un recurso excepcional y con causales de procedencia taxativas (como lo es el recurso extraordinario de anulación ante el Consejo de Estado) y, por el otro, las partes han decidido apartar su litis de la justicia estatal para someterla a una justicia ad hoc, el examen de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales se hace más estricto y excepcional que aquel

que procede contra providencias judiciales[115], pues en este caso “la tutela dista de ser el único o el más elevado de los instrumentos de protección de los derechos constitucionales [en la medida que] ciertamente hay varios más, y no son pocos [para el caso en concreto, el recurso extraordinario de anulación] aquellos en relación con los cuales la Corte Constitucional no juega ningún papel -ni tiene por qué jugarlo”[116].

En el análisis de procedibilidad adelantado en la sentencia de la cual me aparto, si bien se reiteran las diferencias entre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias (in genere) y laudos arbitrales, el efecto práctico es que termina por equipararlos, desconociendo que en este tipo de procesos las partes gozan de un amplio margen de libertad para determinar asuntos como el procedimiento que debe seguirse, fijar el objeto de la litis, escoger a los árbitros, etc., así como que, una vez conformado el tribunal arbitral, éste se encuentra habilitado para determinar su competencia, pero ante todo, como bien lo reconoce el artículo 116 de la Constitución, para decir en derecho o en equidad, lo que le otorga -temporalmente- a dicho tribunal la autonomía e independencia propia de los jueces a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas (cuando el arbitraje se decida en derecho). En efecto, puede afirmarse que cualquier intervención de la jurisdicción estatal, que es la regla general, resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y como tal debe ser excepcional, cuando por ésta vía se pretenda poner en entredicho la obligatoriedad del laudo arbitral, garantizando así que se tenga en cuenta:

“(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) 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 (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”[117].

4. Bajo este panorama, si como se vio, la excepcionalidad de la acción de tutela se ve reforzada por el hecho de que las partes han decidido apartar su conflicto del conocimiento de la jurisdicción estatal, dotando a la decisión del tribunal arbitral de un alto grado de autonomía y firmeza que impide acudir a los mecanismos convencionales de controversias, la procedibilidad de la acción de tutela, sólo tendría sentido ante la trascendencia de los bienes jurídicos que la acción busca proteger, esto es, ante la verificación, en primera

medida, de la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento del juez de tutela, y, además, ante el hecho de que los árbitros, a pesar de la independencia y autonomía que supone la justicia arbitral, no están exentos del deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales, y en particular el debido proceso. Por ello, con miras a que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional y buscando igualmente que se respete el margen de decisión de los árbitros, la actuación del juez de tutela debe limitarse a las afectaciones graves, directas y evidentes de los derechos fundamentales en el proceso arbitral. En efecto, el juez de tutela está aquí frente a un caso en que debe ejercer su función de control estrictamente judicial[118], con especial prudencia y auto-restricción (self-restraint), evitando usurpar las funciones que las partes voluntariamente otorgaron a los árbitros o las del juez natural de control de los laudos arbitrales, que en este caso es el Consejo de Estado a través del recurso extraordinario de anulación, lo cual precisamente se echa de menos en la sentencia de la cual me aparto.

En consecuencia, además de los requisitos generales y especiales establecidos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la procedibilidad de esta acción contra laudos arbitrales está sujeta igualmente a la verificación de unos criterios que la Corte estableció en la sentencia SU-174 de 2007, que son los 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, los (sic) 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 de mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de

contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo”[119].

5. Finalmente, debo señalar que esta Corte ha sido enfática en resaltar que la acción de tutela contra laudos arbitrales no puede utilizarse para discutir meras “discrepancias argumentativas” con respecto de la decisión tomada en el laudo arbitral. En este sentido, expresó la Corte en la sentencia T-466 de 2011 que:

“La naturaleza voluntaria del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene un impacto trascendental en el examen que debe realizar un juez de tutela con el fin de determinar si un Tribunal de Arbitramento ha incurrido en una vía de hecho por defecto sustantivo. En efecto, el hecho que hayan sido las partes en contienda aquellas quienes hayan designado – por razones de confianza y conveniencia – la solución de una determinada disputa a un grupo de árbitros y que el ordenamiento jurídico vigente carezca de mecanismos para impugnar las apreciaciones sustantivas realizadas por aquellos, impone necesariamente que el error en el entendimiento y aplicación del derecho sea especial y manifiestamente irrazonable, arbitrario, caprichoso y equivocado. En consecuencia, tratándose de laudos arbitrales la Corte ha manifestado de manera categórica que las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no son de suficiente magnitud para configurar una vía de hecho por defecto sustantivo. En realidad, la labor de interpretación de la ley y el contrato de los árbitros goza de una “sólida protección constitucional”, debido a que aquellos son, por expresa disposición de las partes en contienda, los jueces naturales para resolver la controversia. Resulta indudable que, aún cuando los árbitros son por voluntad expresa de las partes los jueces naturales de la controversia, y en consecuencia gozan de un amplio margen de interpretación de la ley y de los hechos, pueden sin embargo incurrir en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando sus interpretaciones de las cláusulas del contrato o de las disposiciones normativas pertinentes carezcan de cualquier sentido mínimo de razonabilidad y coherencia. Debe enfatizarse que, en virtud de los principios de voluntariedad y estabilidad jurídica de la justicia arbitral, la prosperidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales resulta marcadamente excepcional” (negrilla fuera del texto original).

Por ello, en el presente caso resulta cuando menos paradójico que se haya analizado de

fondo el contenido del laudo arbitral, luego de haber dejado en firme la decisión del Consejo de Estado, sobre la que también recae la acción de tutela y en la que se dispuso no anular dicho laudo. En consecuencia, prima facie se seguiría que no existen reproches frente a la decisión del tribunal arbitral en razón a una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, pues precisamente el recurso extraordinario de anulación:

No obstante lo anterior, en la decisión que me aparto, se valoró de fondo la controversia dirimida por el laudo arbitral, lo cual está vedado incluso al Consejo de Estado, quien es el juez natural tratándose del recurso extraordinario de anulación contra dichos laudos, de acuerdo con lo sostenido por dicha Corporación:

“Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.”[121](negrilla fuera del texto original).

6. En conclusión, quisiera destacar que si bien la jurisprudencia constitucional ha previsto la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ésta no puede convertirse en un instrumento para reabrir, por la puerta de atrás, las discusiones propias del tribunal de arbitramento o para por esta vía modificar el alcance del recurso de anulación o desconocer sus efectos, tal como sucedió en el presente caso, pues al considerar que la tutela era procedente, la decisión terminó resolviendo un asunto netamente comercial, en el que el problema jurídico consistía en la identificación de la intención de las partes de un contrato de seguros y en la aplicación de la regla de interpretación favorable al acreedor o en contra de quien redactó la cláusula confusa. Es decir, el asunto considerado como de evidente relevancia constitucional consistía en saber si la norma aplicable era el inciso primero o el inciso segundo del artículo 1624 del Código Civil[122] o los artículos 1620 y 1622 del mismo Código, así como el artículo 1058 del Código de Comercio, tal como se verá a continuación. Se trataba de una cuestión que por su

significativo componente de interpretación legal, carecía de relevancia ius fundamental. No resulta posible, sin anular las competencias del legislador y de los jueces, traducir cualquier disputa jurídica en un problema de derechos fundamentales. Ese tránsito debe ser especialmente cuidadoso.

## II. Falta de relevancia constitucional del presente caso

7. Como lo he señalado a lo largo de este salvamento, si bien comparto que la tutela deba proceder excepcionalmente también respecto de laudos arbitrales, ya que éstos no pueden ser medios exentos de control cuando desconozcan derechos fundamentales, dicho control debe ser verdaderamente excepcional. Este carácter garantiza que la acción de tutela no suplante y pervierta el reparto y funcionamiento ordinario de la administración de justicia. Así, como se vio, para establecer este equilibrio entre la necesidad de la protección subsidiaria de los derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, el carácter subsidiario de la misma y la independencia y autonomía judicial, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido unas condiciones estrictas para que proceda la acción de tutela contra laudos arbitrales, los cuales ha asimilado con los requisitos generales y específicos que fueron sistematizados por la sentencia C-590 de 2005 para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Sin que sea necesario aquí hacer un recuento de los mismos, basta con poner de presente que el primero de los requisitos se refiere a la relevancia constitucional del asunto.

El estudio adecuado de este elemento implica entender que a pesar de que la fuerza normativa de la Constitución Política haya permeado, moldeado y guiado todas las ramas del derecho, la constitucionalización del mismo no es un argumento suficiente para que cualquier litigio desatado ante los jueces competentes en lo arbitral, lo civil, laboral, de familia o de lo contencioso administrativo, por ejemplo, tengan necesariamente relevancia constitucional. Un entendimiento contrario, o un examen superfluo de esta condición, harían que la acción de tutela mute de un mecanismo subsidiario para proteger derechos fundamentales, en una instancia ordinaria más para controvertir cualquier decisión arbitral o judicial. La exigencia de relevancia constitucional que justifica la intervención, no puede ser genérica, sino que debe ser específica, lo que ocurriría cuando se desconocen absolutamente las normas legales o se vulnera de manera evidente un derecho fundamental. En este sentido, por ejemplo, la sentencia T-240/93 indicó:

“(…) la relevancia de la Constitución es general y su contenido normativo dotado de particular fuerza expansiva debe proyectarse efectivamente sobre todo el ordenamiento y permearlo, pero ello no puede traducirse en restar pertinencia a las fuentes normativas inferiores ni vaciar sus presupuestos de actuación. Lo contrario equivaldría a sobrecargar la dimensión constitucional y la jurisdicción de este nombre, olvidando que todos los jueces están vinculados por la Constitución y todas las normas deben interpretarse de conformidad con su texto, sus valores y principios.

La situación materia de la tutela, nacida al amparo de un contrato y regulada por éste, sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la Constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional. Tampoco se está en presencia de una decisión judicial que en el caso planteado haya omitido una consideración constitucional fundamental que permita concederle al asunto relevancia constitucional directa como para ser avocada por esta Jurisdicción” (negritas agregadas).

8. Ahora bien, el estudio realizado en la presente sentencia, respecto de la relevancia constitucional del litigio comercial que enfrentaba un tomador de un seguro y las aseguradoras fue laxo. Se trató de entender que la relevancia constitucional del asunto se fundaba en una excepción de inconstitucionalidad del artículo 1624 del Código Civil, utilizado por los árbitros para motivar el laudo controvertido. Evidentemente la excepción de inconstitucionalidad es un asunto de relevancia constitucional. No obstante, para la parte vencida en el proceso arbitral, la supuesta inconstitucionalidad de la norma utilizada por los árbitros se derivaba, en realidad, de que esta norma era inaplicable al caso concreto y esto fue expuesto para sustentar el recurso extraordinario de anulación, ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Esto quiere decir que a más de no tratarse de una verdadera excepción de inconstitucionalidad, el argumento no fue esgrimido durante el proceso arbitral, sino únicamente en sede del recurso extraordinario de anulación. Ello implica autorizar que un medio de defensa relevante pueda ser invocado después del trámite del proceso, trasladando el escenario natural de discusión ante el juez de tutela, viéndose así la otra parte sorprendida.

El pronunciamiento del Consejo de Estado respecto de la supuesta excepción de

inconstitucionalidad fue efectivamente equivocado, en cuanto exigió que para su prosperidad, el actor debería haber aportado prueba de que la norma había sido objeto de un fallo de anulación o de inconstitucionalidad, por los mismos argumentos. En el fondo, y más allá de la imprecisión conceptual enunciada, lo que se deduce de la lectura de la sentencia del Consejo de Estado es que entendió que la excepción de inconstitucionalidad alegada no estaba ni explicada, ni fundamentada y que, ni siquiera realizando un control oficioso de la constitucionalidad de la norma, se evidenciaba que el artículo 1624 del Código Civil debía ser inaplicado para el caso concreto, por contrariar la Constitución. Es decir que la aparente excepción de inconstitucionalidad era un asunto secundario en la resolución del caso, pese a lo cual, la sentencia de la que me aparto, consideró que había, por esta razón, “evidente relevancia constitucional” que abría las puertas para la procedibilidad de la acción de tutela. De hecho, a pesar de que la procedibilidad de la acción en gran medida se basó en la existencia de la excepción de inconstitucionalidad, en el numeral 20 de la sentencia la Corte afirmó que la decisión del Consejo de Estado “no incurrió en los defectos procedimental y sustantivo que le fueron endilgados por la acción de tutela”. De esta manera, la Corte abrió las puertas, ya no para valorar las posibles vulneraciones al debido proceso por parte del Consejo de Estado en el proceso de anulación, sino el fondo del laudo arbitral, vulnerando el margen de decisión autónoma de los árbitros y pronunciándose sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento[123].

Este análisis laxo de la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, que se fundó en una excepción de inconstitucionalidad inexistente y marginal en el asunto, riñe profundamente con la jurisprudencia de esta Corte en la que se ha considerado que el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela debe ser más estricto y riguroso, cuando la misma es un laudo arbitral, de acuerdo con las sentencias de unificación 174 de 2007 y 500 de 2015. A más de las razones expuestas en estas importantes sentencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional para la mayor exigencia en cuanto a la procedibilidad de la tutela contra laudos arbitrales, considero que su fundamento se encuentra en la contradicción que acarrearía permitir que las partes voluntariamente decidan excluir el asunto del conocimiento de los jueces del Estado, para que sean éstos los que, en ausencia de relevancia constitucional específica y vía acción de tutela, tengan de manera ordinaria la última palabra en el asunto. Con un análisis tan poco riguroso de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, poco a poco la tutela se convertiría en la segunda instancia de los tribunales de arbitramento y la Corte Constitucional en el superior

jerárquico de los tribunales arbitrales y ésta no es ni su objeto, ni su función constitucional.

La decisión tomada por la Corte Constitucional fue equivocada

9. Si el asunto que justificaba la relevancia constitucional y que llamaba la atención de la Corte Constitucional era la posible inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 1624 del Código Civil en el caso en concreto, ¿tenía competencia la Corte para decidir que, a pesar de tratarse de la aplicación inconstitucional de una norma, no era la adecuada para resolver el litigio en cuestión? En mi opinión, no. Es cierto que el error en la escogencia de las normas para resolver el litigio se encuadra en un defecto sustantivo, corregible mediante la acción de tutela, pero este ejercicio no debe estar desvinculado de la relevancia constitucional del asunto. En otras palabras, si independientemente de la importancia constitucional del problema, la Corte Constitucional controla indiscriminadamente la pertinencia en la escogencia de las normas aplicables al caso concreto, e incluso a la interpretación que debe dárseles, la acción de tutela terminaría convertida en un inaudito recurso de casación en contra de todos los laudos arbitrales[124]. La elección de las normas aplicables es también un proceso interpretativo comprendido por la autonomía de los árbitros.

En esa medida, como lo manifesté anteriormente, al considerar que la tutela era procedente, la decisión que no comparto terminó resolviendo un asunto netamente comercial, en el que el problema jurídico consistía en la identificación de la intención de las partes respecto de si un riesgo estaba amparado o no en un contrato de seguros y en la aplicación de la regla de la interpretación favorable al acreedor o en contra de quien redactó la cláusula confusa. Es decir, que el asunto considerado como de evidente relevancia constitucional consistía en saber si la norma aplicable era el inciso primero o el segundo del artículo 1624 del Código Civil o los artículos 1620 y 1622 del mismo Código, así como el artículo 1058 del Código de Comercio.

Ahora bien, a pesar de considerar que la Corte Constitucional no tenía competencia para convertirse en juez de instancia del asunto e invadir el margen de decisión autónoma de los árbitros, tampoco comparto la decisión del litigio que materialmente se tomó, por las razones que expondré a continuación.

III. El traslado del riesgo soberano de la regulación monetaria, cambiaria y crediticia a unos aseguradores privados

10. En efecto, era perfectamente razonable, coherente y plausible concluir, como lo hizo el tribunal arbitral, que el riesgo derivado de la actividad regulatoria del Banco de la República no estaba cubierto por la Póliza Global Bancaria suscrita y sus anexos. La inadaptación del formulario diligenciado por el tomador respecto de la actividad regulatoria, al tratarse de un documento propio de seguros de actividades bancarias comerciales, denotaba que la intención de las aseguradoras era la de prohiar las actividades bancarias (*iure gestionis*), mas no las de regulación económica (*iure imperii*). Además, el hecho de haber expresamente excluido este riesgo respecto de la vigencia siguiente del contrato de seguro no necesariamente probaba que con anterioridad las aseguradoras entendían que este riesgo se encontraba cubierto, sino que, al haber ocurrido la anulación de la Resolución Externa No. 18 del 30 de junio de 1995 “por la cual se dictan normas en relación con las corporaciones de ahorro y vivienda” expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, querían dejar claro que este riesgo no se encontraba dentro de la cobertura del seguro.

De hecho, en virtud de la prerrogativa que el Código de Comercio le otorga a los aseguradores en el artículo 1056, en el sentido que salvo “las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”, en el plano teórico, es posible que un asegurador decida expresamente asumir o no un riesgo derivado de la actividad regulatoria, sin que ello implique desconocer un mandato constitucional de asumirlo. Es precisamente esto último lo que podría llegar a interpretarse como consecuencia de la decisión adoptada en la presente sentencia, teniendo como consecuencia una ‘hiperconstitucionalización’[125] del régimen del contrato de seguros, que a todas luces lo desnaturaliza jurídicamente y desdibuja su carácter consensual. Adicionalmente, la decisión de la que me aparto desconoce el hecho que la práctica comercial ha excluido la asegurabilidad de este tipo de riesgos regulatorios, en la medida en que son considerados como riesgos bastante altos e indeterminados y cuya capacidad de mitigación y control es muy baja.

Ante la duda sobre si dicho riesgo estaba o no cubierto por la Póliza Global Bancaria

suscrita y sus anexos, el Tribunal Arbitral, al aplicar las disposiciones legales y valorar el material probatorio puesto a su disposición concluyó que el riesgo derivado de la actividad regulatoria del Banco de la República no estaba cubierto allí, conclusión que, como se pone de presente, resulta razonable y plausible a la luz de la naturaleza de dicho contrato de seguro[126], así como por la práctica comercial en la materia, por lo cual no resulta razonable ni proporcional que por la vía de una acción de tutela se transfiera a un asegurador privado la responsabilidad por un riesgo soberano.

11. Sumado a ello, considero pertinente destacar que, con esta decisión, la Corte Constitucional, profiere una decisión que lo que en efecto hizo fue transferir el riesgo soberano de la regulación monetaria, cambiaria y crediticia, que estaba en cabeza del Banco de la República, a unos aseguradores privados, existiendo un pronunciamiento en contrario del laudo arbitral.

En efecto, por medio de la sentencia C-700 de 1999 se determinó que le correspondía a la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), y que ésta se había equivocado en la fijación de la fórmula, pues no debía hacerse sobre la base de las tasas de interés[127]. Esto, en la práctica, generó que el riesgo soberano de regulación se encontrara en cabeza del mismo Banco de la República.

Posteriormente, en el laudo arbitral que puso fin a la disputa entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A., del otro, el cual es objeto de la acción de tutela que aquí se analiza, se determinó que este riesgo regulatorio no estaba amparado por la Póliza Global Bancaria. A pesar de esto, la decisión tomada por la Corte (en torno al contenido de la Póliza cuya vigencia era de junio de 1999 a junio de 2000) en este caso particular, diez y siete años más tarde, determina que el riesgo regulatorio sí se encontraba amparado por ésta póliza, lo que en la práctica incluye en una Póliza Global Bancaria, de manera irrazonable y desproporcional, el riesgo soberano derivado de la actividad regulatoria monetaria, cambiaria y crediticia del Banco de la República.

Sin el ánimo de entrar al fondo del litigio arbitral, al hacerlo, esta Corte debió tomar en

consideración la distinción que debe hacerse sobre las funciones del Banco de la República[128], pues mientras algunas de ellas responden a las propias del *iure imperii*, es decir, van directamente encaminadas a satisfacer una finalidad pública y son, por su naturaleza, de ejercicio exclusivo del Estado (v.gr. autoridad monetaria, crediticia y cambiaria[129] y la determinación y características de la moneda legal[130]), otras tienen la naturaleza *iure gestionis*, es decir, no se encaminan directa y exclusivamente, a satisfacer una finalidad pública, y a su vez, se puede señalar, que el órgano estatal se sitúa en el papel de un particular (v.gr. administración de reservas internacionales[131] y banquero y prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito[132]), y son precisamente los riesgos de estas últimas funciones bancarias los que se encamina a cubrir una Póliza Global Bancaria, pues la naturaleza de esta póliza radica en que “fueron diseñadas para bancos comerciales, otorgan protección respecto de los riesgos propios de la prestación de los servicios bancarios”[133]. En definitiva, la errónea interpretación de la Corte Constitucional de las características de una Póliza Global Bancaria, así como de la naturaleza de las funciones que realiza el Banco de la República, tiene como consecuencia la transferencia vía tutela de la responsabilidad por riesgos en la función reguladora del Banco hacia unas aseguradoras privadas, que de acuerdo con una decisión arbitral razonable y coherente, proferida en derecho, no la habían amparado.

#### IV. Consideraciones finales

· Al leer el numeral 28 de la sentencia de la cual me aparto, se señala que no “le correspond[e] a esta Corte evaluar el negocio” pero a continuación dedica 3 párrafos a discutir la naturaleza de la Póliza Global Bancaria, del contenido del formulario de propuesta de tal póliza y de la interpretación, que a su juicio, debieron dar los árbitros a las expresiones “servicios bancarios” y “servicios financieros”, lo cual, era precisamente una de las discusiones determinantes del litigio, y que fue decidida en derecho, de manera autónoma e independiente por los árbitros.

· En el numeral 34 de la providencia se señala que “no es competencia de la Corte señalar el sentido en que debía interpretarse los referidos elementos del negocio jurídico”, pero a continuación pasa a ocuparse de ello, llegando al punto de determinarle el método hermenéutico que deben utilizar los árbitros a la hora de dictar un laudo, negando así la autonomía e independencia que la Constitución, la ley y la jurisprudencia les han

reconocido.

Finalmente, escapan al suscrito magistrado las razones por las cuales al finalizar el numeral 30 de la sentencia, la Corte Constitucional procede a fijar el que considera debió haber sido objeto de la litis, cuando se está en un sistema de resolución de conflictos ampliamente dispositivo y que parte de la voluntad de las partes, tal como se señaló al comienzo en la breve caracterización teórica del arbitraje.

Así pues, no se está en presencia de un juez constitucional auto-restringido y prudente, que busca únicamente –como la Constitución y la jurisprudencia se lo mandan en estos casos– proteger los derechos fundamentales, sino ante un juez que funge como árbitro entre las partes para la resolución del fondo de la controversia, y que incluso parece ampliar su competencia a órbitas que trascienden lo jurídico, pues no de otra forma puede explicarse que la Corte base sus reproches a un laudo arbitral en afirmaciones como la incluida en el apartado 31 que señala “esa ambigüedad remanente no puede entenderse como una duda psicológica en la conciencia de los árbitros en torno a la univocidad de las cláusulas del contrato”.

13. Finalmente, aprovecho este salvamento de voto para advertir que el considerando 18 de la sentencia, incluido en la página 64 de la misma, utiliza de manera inadecuada la palabra adjudicación. En dicho aparte se lee lo siguiente: “errores in iudicando; es decir, atinentes a la adjudicación sustancial de derechos y obligaciones jurídicas de carácter sustantivo”. En español, las palabras iudex, iudicando y iudicata, se traducen como juez, juzgamiento y juzgada, no adjudicatorio, adjudicación, ni adjudicada. Es cierto que las palabras se parecen, pero no son equivalentes. Hay que recordar que la locución latina Res iudicata (cosa juzgada) debe traducirse como errores en el juzgamiento o en la decisión, no en la adjudicación. Se trata de una inadecuada influencia del inglés adjudication function, anglicismo que hace referencia a la función de los jueces, lo que ha llevado a ciertos autores a sostener, equivocadamente, que la función de los jueces es una “función de adjudicación”.

14. En conclusión, en la presente sentencia la Corte Constitucional (i) fungió como juez de instancia en un proceso arbitral, a pesar de existir un laudo en firme, sobre el que el juez estatal permanente que tiene a su cargo decidir el recurso extraordinario de anulación no

encontró reproche alguno en la labor del tribunal arbitral; (ii) hizo una interpretación y valoración de la Póliza Global Bancaria y unas discrepancias interpretativas en torno al negocio jurídico celebrado entre el Banco de la República y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. que no reviste de trascendencia constitucional, sino que tuvo como consecuencia dirimir una controversia de índole contractual, suplantando así al tribunal arbitral e invadiendo su autonomía; (iii) al decidir la controversia contractual, incluyó el riesgo soberano, que por sus propias características no es comercialmente asegurable, en una Póliza Global Bancaria, destinada a cubrir servicios bancarios, y (iv) puso en entredicho el valor de la cosa juzgada[134], puesto que al reabrir una discusión de fondo de un laudo arbitral, no para fungir como garante de los derechos fundamentales, sino habilitándose para conocer un asunto cuya relevancia constitucional no resulta evidente, desconociendo, además, el carácter voluntario y dispositivo del arbitraje, pone en entredicho la seguridad jurídica, toda vez que el ciudadano deja tener la capacidad de conocer y calcular los resultados que el Derecho atribuirá a sus actos[135], pues concretamente, pone en duda la capacidad de decir el derecho (iuris dicere) de manera definitiva por parte de la justicia arbitral.

En estos términos, dejo planteado mi salvamento de voto respecto de la sentencia SU-556 de 2016.

Con el debido respeto,

Fecha ut supra

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

A LA SENTENCIA SU556/16

Referencia: Expediente T-5418478

Acción de tutela presentada por el Banco de la República contra la Sección Tercera-Subsección C- del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado para desatar las diferencias entre el Banco de la República, de un lado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A, del otro.

María Victoria Calle Correa

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito expresar las razones por las cuales me aparto de la decisión adoptada por la Sala Plena.

1. En primer lugar, siendo la providencia cuestionada un laudo arbitral, el análisis de procedencia de la acción de tutela debía ser más estricto en el presente caso. Al respecto, cabe recordar lo dicho por esta Corte en Sentencia SU-500 de 2015[136]:

“En tales términos, resulta evidente que la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, no es automática, pues tratándose de estos últimos, la excecpcionalidad de la tutela se ve reforzada por el hecho de que las partes han decidido apartarse del actuar de la justicia convencional, y han dotado a la decisión del tribunal de arbitramento de una autonomía y firmeza que escapa de la actuación de los mecanismos de controversia convencional. La procedibilidad de la acción de tutela, en este grado de excecpcionalidad, sólo encuentra sentido en la trascendencia de los bienes jurídicos que el procedimiento de amparo tiene como objeto proteger y en que los árbitros. no obstante la autonomía e independencia que supone la justicia arbitral, no están exentos de garantizar los derechos fundamentales.”

Aplicados los anteriores criterios al presente asunto, considero que no cabía un pronunciamiento de fondo, porque el amparo, más que plantear un asunto de relevancia constitucional que hiciese imperativa la intervención del juez de tutela, se orientaba a formular, en una nueva sede, las discrepancias del accionante con la decisión adoptada por los árbitros en el ámbito de sus competencias.

2. En segundo lugar, estimo que si la Corte consideraba que estaban satisfechos los

requisitos de procedencia para emitir un pronunciamiento de fondo en el asunto de la referencia, debía haber llegado a la conclusión de que no existieron los defectos que se le atribuían al laudo arbitral.

En este contexto, la controversia que debió resolver el tribunal de arbitramento surgía de la necesidad de precisar si en un contrato comercial de seguros, un determinado riesgo se encontraba o no amparado. Encuentro que la línea argumental empleada por los árbitros para resolver el asunto, no solo es clara y debidamente soportada en las disposiciones normativas aplicables, sino que, además, parece ser la que mejor responde a la racionalidad del asunto objeto de consideración. Bajo esta perspectiva, y dado que no está en cuestión la ausencia de claridad sobre el alcance de la cláusula contractual objeto de debate, discrepo de la opinión mayoritaria, según la cual el laudo adolecía de los defectos señalados, entre ellos, el defecto material o sustantivo “ocasionado por privar irrazonablemente de sus efectos a las normas pertinentes de la Constitución en la interpretación del negocio jurídico, y por sus visibles extravíos en la aplicación de una regulación y una conceptualización inatinerante al contrato.” En el presente caso, la ambigüedad de la cláusula surgió del mismo formato diligenciado por la parte accionante, que no fue diseñado para un Banco Central. De ahí que, precisamente, se señaló la categoría del negocio como “d) Otro -Banco Central”. La simple referencia a lo anterior, no implicaba que el riesgo reclamado por el Banco de la República automáticamente quedara cubierto por la póliza, pues para ello, al menos, habría sido necesario que brindara información precisa sobre sus actividades en la casilla correspondiente y que al respecto se hubiese llegado a un expreso acuerdo de voluntades.

En todo caso, la Constitución no resolvía la ambigüedad referida y tampoco la equivalencia entre funciones bancadas y regulatorias, expuesta en los siguientes términos:

“si bien es posible discutir en ciertos casos cuáles son funciones bancadas de los Bancos Centrales, hay un común denominador en el derecho comparado sobre la materia que obliga a incluir entre ellas la regulatoria, bien sea de la moneda, el crédito o los cambios internacionales, pues es una actividad jurídica típicamente bancada central”.

Al existir funciones del Banco Central que no son propiamente bancarias, como las regulatorias, en el presente asunto no era posible establecer el alcance de la cláusula con

certeza y, ante la duda, se aplicó la regla del artículo 1624 del Código Civil[137].

Conforme a lo dicho y a la extensa valoración del negocio jurídico realizada por los árbitros, estimo que su interpretación no podía calificarse como irrazonable.

Considero, por el contrario, que la interpretación que se propone en la decisión mayoritaria conduce a una conclusión inaceptable, conforme a la cual en un contrato de seguros suscrito entre una aseguradora y un banco central, en el que se emplea para ello el formato que se utiliza en los contratos de seguros con la banca comercial, la ausencia de previsión expresa deba interpretarse en el sentido de que las partes han convenido amparar el riesgo de la actividad de regulación que ejerce la autoridad bancaria central del Estado. Y considero que dicha interpretación es inaceptable, porque ante la magnitud en la variación del riesgo asegurado que la misma comporta, la cobertura no podría derivarse de una voluntad implícita, sin que, por ejemplo, ni siquiera se hubiese alegado por los interesados el ineludible impacto que una variación de esa magnitud produce en el objeto del contrato y que debía reflejarse en la prima acordada para el seguro. Esto es, resulta perfectamente razonable una interpretación en la que se concluya que, si para un contrato de seguros, las partes, aseguradora por un lado y Banco de la República por el otro, acuden a una Póliza Global Bancaria y utilizan para ello un formulario tipo, no es posible deducir fuera de toda duda, que la voluntad negocial hubiese sido la de incluir en el seguro el riesgo de la función de regulación del banco central, pues, por el contrario, puede entenderse que, sobre la materia podía predicarse, al menos, la existencia de una ambigüedad, para cuya resolución era preciso acudir a las normas generales de interpretación de los contratos.

3. Lo anterior me lleva a mi tercer reparo a la decisión mayoritaria, referente a que en el presente caso, la Corte desplazó las competencias del tribunal de arbitramento, para resolver la controversia que le había sido planteada a aquel, siguiendo una aproximación interpretativa, que no solo no le correspondía hacer en su calidad de juez de tutela, sino que, además, considero profundamente equivocada. De este modo, la sentencia contiene una argumentación propia de un juez de instancia dirigida a solucionar el problema jurídico dilucidado por los árbitros, a saber, si la Póliza General Bancaria cubría el riesgo derivado de la función regulatoria del Banco Central. El siguiente aparte da cuenta de lo anterior:

“(…) este razonamiento neutraliza los efectos de la regulación constitucional del Banco de

la República para definir los “servicios bancarios” de un “Banco Central (CP arts. 371 a 373). En específico, quiere decir que el artículo 371 de la Carta no era entonces claramente relevante para esclarecer los términos del negocio, pese a su notoria pertinencia temática: ‘[e]l Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. [...] Serán funciones básicas: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito [...]’.”

En la aproximación de la decisión mayoritaria, de la sola circunstancia de que uno de los extremos en el contrato de seguros era el banco central, y de que es posible entender que los servicios bancarios que le corresponden al mismo incluyen los derivados de la función de regulación, era imperioso concluir que esa atribución estaba comprendida en el objeto del contrato. Para los árbitros, por el contrario, la ausencia de una previsión contractual expresa sobre la materia, permitía entender que sobre el particular existía una ambigüedad en el contrato, la cual, conforme a la legislación aplicable, debía resolverse a favor del deudor, como se dispone en el citado artículo 1624 del Código Civil.

Ante esa dualidad en la aproximación al problema, el análisis realizado por la mayoría desconoce el “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 (...)”, criterio de procedibilidad de la tutela contra laudos arbitrales, expuesto en Sentencia SU-174 de 2007[138].

Por las razones expuestas, discrepo de la decisión adoptada.

Fecha ut supra.

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Magistrado

[1] El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional, mediante auto del 29 de abril de 2016.

[2] Cuaderno de pruebas No. 6, folio 88.

[4] Ídem.

[5] Cuaderno de pruebas No. 3, folio 298 reverso (se cita por la traducción oficial del documento al español).

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). (CP. Daniel Manrique Guzmán). Radicación número: 1001-03-27-000-1998-0127-00(9280).

[7] Folio 23, cuaderno principal.

[8] Cuaderno de pruebas No. 3. Folio 10.

[9] El Tribunal estuvo integrado por los árbitros José Armando Bonivento Jiménez, Jorge Pinzón Sánchez y José Vicente Guzmán Escobar –quien salvó parcialmente el voto-.

[10] El laudo fue aprobado integralmente por dos de los árbitros, pues el tercero de ellos salvó parcialmente el voto por estar en desacuerdo con la resolución del referido al alcance de la cobertura de la Póliza, y particularmente del Anexo 11.

[11] Cuaderno de pruebas No. 5, folio 111 (laudo arbitral). Además de esta cuestión central, el Tribunal señaló que había otras como las relativas a la prescripción y a la ineficacia del negocio jurídico.

[12] Cuaderno de pruebas No. 5. Páginas 172 y siguiente del Laudo.

[13] Ídem. Página 239 del Laudo.

[14] Ídem. Páginas 182 y ss del Laudo. El Tribunal agrega algunos casos en que las funciones del Banco de la República serían bancarias, por su afinidad con las actividades de los bancos comerciales: “se debe precisar que en los casos de la realización de operaciones de mercado abierto, al cual ya se había aludido el Tribunal, o de la intervención en el mercado cambiario, se debe distinguir entre los respectivos actos reguladores, que constituyen el ejercicio propiamente dicho de la actividad regulatoria, y las operaciones mediante las cuales estas se llevan a la práctica, como los reportos sobre títulos, la compraventa de divisas o la emisión o colocación de títulos representativos de las mismas, actos éstos en los cuales también se puede hablar de ‘servicios bancarios’, dada su evidente afinidad con actos de los que llevan a cabo los establecimientos bancarios e

instituciones financieras en general. || También se encuentran previstas en el Título II de la Ley 31, en su capítulo séptimo, las denominadas 'Actividades conexas', que consisten en la administración de un depósito de valores (artículo 21), el servicio de compensación interbancaria (artículo 23) [...] actos cuya descripción como 'servicios bancarios' -aunque distintos de los que prestan los bancos comerciales -es, simplemente, indudable”.

[15] Ídem. Páginas 243 y siguiente del Laudo.

[16] Ídem. Página 244 del Laudo (pie de página No. 272).

[17] Ídem. Página 249 del Laudo.

[18] Ídem. Páginas 171 y siguiente del Laudo.

[19] Ídem. Páginas 262 y 263 del Laudo.

[20] Ídem. Página 263 del Laudo.

[21] Ídem. Páginas 266 y siguiente del Laudo.

[22] Ídem. Páginas 283 y siguiente del Laudo.

[23] El doctor José Vicente Guzmán Escobar.

[24] Ídem. Página 2 del salvamento parcial de voto al Laudo.

[25] Cuaderno de pruebas No. 6, folios 189 y ss.

[26] Radicado 11001-03-26-000-2014-00195-00 (52.969)

[28] Hecho mencionado como probado en el salvamento de voto del Árbitro, página 28. Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 196, reverso.

[29] Cuaderno principal, folio 123.

[30] Cuaderno principal, folio 137.

[31] Los Árbitros doctores José Vicente Guzmán Escobar, Jorge Pinzón Sánchez y José

Armando Bonivento Jiménez. Si bien el primero de ellos salvó el voto, suscribe conjuntamente con los demás este memorial.

[32] Cuaderno principal, folio 209.

[33] Si bien en el fallo de tutela de instancia el Consejo de Estado, Sección Cuarta, señaló que las aseguradoras guardaron silencio, esto se debió a un error de ubicación de la contestación en otro expediente. Ese error luego fue subsanado, pues mediante auto del 18 de enero de 2016 la Consejera ponente de la decisión de primera instancia ordenó el correspondiente desglose y la remisión del memorial al expediente materia de examen. Dado que no se observa irregularidad alguna, la Corte Constitucional lo incorpora a los antecedentes, con la relación explícita de su contenido, y lo tendrá debidamente en cuenta. Ver Cuaderno principal, folios 309 y ss.

[34] Cuaderno principal, folios 245 y siguientes.

[35] Cuaderno principal, folio 253.

[36] Sentencia C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo, SV Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero). En ese caso, al examinar las normas contempladas en un decreto con fuerza de ley, que se referían a la procedencia de la tutela contra sentencias, la Corte sostuvo: ““(…) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991).”

[37] Sentencia C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño. Unánime). En esa ocasión, la Corte Constitucional declaró inexecutable una norma en la cual se disponía que contra los fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los que se declarara

fundada una causal propuesta, no procedía recurso “ni acción”. Esta Corporación sostuvo entonces que sí procedía acción de tutela, con determinados requisitos.

[38] Sentencia T-202 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). La Corte no concedió una tutela contra sentencias, porque el peticionario no agotó todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial en el curso del proceso ordinario, sino que lo asumió con actitud de abandono.

[39] Corte Constitucional, sentencia T-504 de 2000 (MP Antonio Barrera Carbonell; AV Alfredo Beltrán Sierra).

[40] Por ejemplo se han tutelado los derechos de un menor en un proceso de filiación [T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo)]; de personas privadas de la libertad representadas por defensores de oficio [T-573 de 1997 (MP. Jorge Arango Mejía); T-068 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil)]; de un pensionado en torno al reclamo de su pensión [T-289 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)]; o de trabajadores sindicalizados en procesos disciplinarios [T-851 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil)].

[41] Ver entre otras la sentencia T-315 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[42] Sentencia T-008 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[43] Sentencia T-658 de 1998 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

[44] Sentencia T-282 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En ella la Corte recordó la improcedencia de la tutela contra providencias de tutela.

[45] Sentencia SU-500 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos). En ese caso se cuestionaba un laudo arbitral, además de una sentencia que resolvió el recurso de anulación en su contra, y la Corte examinó la procedencia general de acuerdo con los requisitos de relevancia constitucional, inmediatez, subsidiariedad, relevancia sustancial de las irregularidades procedimentales, planteamiento del asunto en el proceso, y no procedibilidad de tutela contra tutela. No obstante, señaló que “el carácter especial de la justicia arbitral implica que se deba hacer un examen de procedibilidad —tanto de los requisitos generales como especiales— más estricto”. En esa ocasión, la tutela superó los requisitos generales de

procedencia, salvo por algunos argumentos puntuales, y la estudió de fondo.

[46] Sentencia SU-174 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Jaime Córdoba Triviño. SV Jaime Araújo Rentería y Humberto Sierra Porto). En ese caso la Corte Constitucional estudió la tutela contra un laudo arbitral, y consideró que la misma superó los requisitos de procedencia particularmente exigibles en casos como ese, pero negó el amparo invocado.

[47] De acuerdo con los artículos 242 y 246 del CPACA, los recursos de reposición y súplica proceden contra autos. El de apelación, según el artículo 243 del CPACA, procede contra providencias de jueces y tribunales, y no contra fallos del Consejo de Estado. El recurso de queja es procedente contra las providencias que nieguen la apelación o cuando esta se conceda en un efecto diferente, y también procede cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia previstos en el Código (art 245). Como se observa, el caso bajo examen no cabe en ninguno de esos supuestos.

[48] Sentencia T-920 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) En ese caso la Corte estudió de fondo, y consideró procedente (aunque negó), una tutela contra un laudo arbitral cuestionado por un presunto defecto procedimental, pese a que este no era “determinante [...] en las resultas del proceso”.

[49] Sentencia SU-500 de 2015, referida. En ese caso señaló la Corte: “Esta excepcionalidad y taxatividad de las causales restringen, pues, el análisis de los recursos mencionados al aspecto meramente procesal, respetando la voluntad de las partes que han decidido que su controversia sea resuelta materialmente por la justicia arbitral. En tales términos, no pueden asimilarse al examen de un recurso de apelación que está destinado a un conocimiento más completo y profundo sobre el ámbito sustancial de la controversia. Por lo tanto, ha indicado esta Corporación, los mecanismos judiciales de control de los laudos arbitrales —el recurso de anulación y de revisión— no tienen como objeto “revisar in integrum la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada””

[50] Sentencia SU-173 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV Luis Guillermo Guerrero Pérez). En ese caso la Corte consideró que hubo un defecto orgánico en un fallo de anulación respecto de un laudo arbitral, por cuanto “[o]bservó la Corte que el fallo

atacado, contiene una censura a la interpretación de las reglas del contrato de concesión y, a la valoración de las pruebas que en su momento hicieran los árbitros del contrato de concesión celebrado entre el municipio de Neiva y la Unión Temporal DISELECSA LTDA - INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. Para la Corte Constitucional, dicha forma de proveer evidencia un juicio por errores in iudicando, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley”.

[51] El Decreto 1818 de 1998 dice en su artículo 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. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia [este numeral fue declarado nulo por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 8 de abril de 1999]. 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”.

[52] Sentencia SU-500 de 2015, citada.

[53] Sentencia T-079 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En este fallo, la Corte declaró improcedente, por tardía, una tutela interpuesta meses después contra un acto que a

juicio del demandante violaba sus derechos fundamentales. La Corte sostuvo entonces que “[...] Revisando los distintos elementos de juicio que ha desarrollado la Corporación para determinar la razonabilidad del plazo, lo primero que debe mencionarse es que se exige que quien pretende la protección haya sido diligente, es decir, que haya perseguido la protección del derecho de forma inmediata”. Como en esa ocasión el actor no obró con diligencia, ni concurría otra causal de justificación de la demora, decidió declarar improcedente el amparo por falta de inmediatez. En la sentencia SU-377 de 2014, la Corte sostuvo al respecto que “es razonable la demora cuando resulta claro que el demandante ha obrado con diligencia para reclamar sus derechos”.

[54] Sentencia SU-500 de 2015, citada. En ese caso, ese requisito se superó.

[55] La jurisprudencia interamericana se ha referido a este principio en varias ocasiones, entre otras ver por ejemplo: Caso de la Masacre de Mapiripán. Excepciones Preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad, Sentencia del 7 de marzo de 2005, Serie C, N° 122, párr. 28; Caso Tibi, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 87; Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie CN° 110, párr. 126. Esta concepción del principio fue referida en la sentencia T-146 de 2010.

[56] Sentencia T-146 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa). En ese caso, respecto de una tutela contra un fallo de la Corte Suprema, en un caso en el cual se definía la aplicación del principio *iura novit curia*, la Corte Constitucional tuvo en consideración las posibilidades y oportunidades de defensa del actor, y función de ellas determinó el alcance debido de ese estándar en la solución del asunto.

[57] Código de Comercio: “Artículo 1058. Declaración del estado del riesgo y sanciones por inexactitud o reticencia. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. || Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo. || Si la inexactitud o

la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160. || Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

[58] Código Civil: “Artículo 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. || Artículo 1622. Interpretaciones sistemáticas, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. || Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. || O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte. || Artículo 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. || Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

[59] La Corte Suprema de los Estados Unidos, los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, y la Corte Constitucional de la India, entre otros, han usado en la definición de los alcances de sus respectivos textos constitucionales, métodos con distintas denominaciones y diferencias sutiles, que tienen en común la idea de atribuir sentido a las disposiciones fundamentales a partir de una lectura de su propio enunciado en conjunto con todo el resto del cuerpo relevante de la Carta. Para los Estados Unidos puede verse Tushnet, Mark. “The United States; Eclecticism in the Service of Pragmatism”, en Goldsworthy, Jeffrey (Ed). *Interpreting Constitutions. A comparative Study*. New York. Oxford University Press. 2006, pp. 28 y ss; para los casos alemán y español se pueden consultar respectivamente Kommers, David. “Germany: Balancing Rights and Duties”, ídem, pp. 199 y ss, y Ezquiaga Ganuzas, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional*. Medellín. Diké. 2008, pp.178 y ss; para

la Corte Constitucional India, véase Sarh, S.P.: “India: From Positivism to Structuralism”, Goldsworthy, Jeffrey (Ed). *Interpreting... ob. Cit*, pp. 261 y ss. En la doctrina más autorizada pueden consultarse entre otros Hesse, Konrad. “La interpretación constitucional”. En: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983, p. 48. Tribe, Laurence y Michael C. Dorf. *Interpretando la Constitución*. Trad. Jimena Aliaga Gamarra. Lima. Palestra. 2010, pp. 58-73.

[60] Sentencia C-535 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Unánime).

[61] Sentencia SU-1122 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett. SV Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil).

[62] Sentencia SU-1219 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Clara Inés Vargas Hernández). Dijo al respecto: “[...] 5.1 Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva acción de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (art. 86 C.P.), a la ley (art. 33 del Decreto 2591 de 1991) y a las normas reglamentarias en la materia (arts. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional). Las Salas de Selección de la Corte Constitucional, salvo sus facultades legales y reglamentarias, no tienen la facultad de seleccionar lo que ya ha sido excluido de selección para revisión ni una acción de tutela contra uno de sus fallos de tutela. Esto por una poderosa razón. Decidido un caso por la Corte Constitucional o terminado el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de 1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional), opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (art. 243 numeral 1 C.P.). Una vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido”

[63] Sentencia SU-713 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería). En ese caso la Corte revisó las sentencias proferidas por los jueces de instancia, en el proceso promovido por una empresa en contra de una entidad pública por la presunta vulneración de, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso dentro de un proceso licitatorio.

La sociedad accionante había interpuesto dos procesos de tutela anteriores contra la misma entidad, en los que solicitó la protección de su derecho al debido proceso. La Corte, luego de hacer algunas consideraciones sobre la temeridad en la interposición de la acción de tutela, concluyó que en ese caso no se presentaba uno de los presupuestos para declarar la temeridad, ya que los hechos en que se fundamentaron las otras acciones de tutela eran distintos. En ese contexto, señaló que la cosa juzgada se configura por la triple identidad de procesos: “(i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. || (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. || (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental”.

[64] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV Rodrigo Uprimny Yepes. SV. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

[65] Sentencia SU-1300 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra. AV Rodrigo Uprimny Yepes. SV Jaime Araújo, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil). Al respecto la Corte señaló: “El peticionario, doctor Rodrigo Garavito Hernández, había interpuesto ya, el 29 de septiembre de 1997, acción de tutela contra el Juez Regional de Bogotá y el Tribunal Nacional con el objeto de que se declarara que la sentencia condenatoria proferida contra él, constituía una “vía de hecho”. La solicitud de tutela fue declarada improcedente en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y negada en segunda instancia por el Consejo de Estado. La Corte Constitucional conoció del caso en sede de revisión, y resolvió, a través de sentencia SU-542 del 28 de julio de 1999 declarar improcedente la acción de tutela, considerando que existía otro mecanismo de defensa judicial, el recurso extraordinario de casación, que había sido ya interpuesto por el peticionario. Precisó la Corte en dicha oportunidad que en la sentencia se analizaba exclusivamente la procedibilidad de la acción y no los asuntos de fondo. Procede ahora la Corte Constitucional a estudiar conforme al nuevo escrito de tutela presentado en abril de 2001, las alegadas violaciones a los principios y derechos fundamentales”.

[66] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[67] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV Rodrigo Uprimny Yepes. SV. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

[68] Página 265 del Laudo, y Folio 314 del cuaderno de pruebas No. 3.

[69] Sentencia T-086 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En ese caso se cuestionaba una decisión dictada en un proceso de pérdida de investidura, por cuanto según el actor era incongruente ya que a su juicio lo condenaba por cargos distintos a los planteados durante el proceso. La Corte negó la tutela por ese motivo, tras no advertir incongruencia alguna. Señaló que la incongruencia procesal se produce “cuando con ocasión del desconocimiento del marco de referencia en el que se adelantó un proceso, el resultado de la sentencia implique una ostensible violación del derecho de defensa y de la buena fe de quien es juzgado, por franca imposibilidad de controvertir las bases en las cuáles se fundó la sentencia que le fue adversa”. En su apoyo, la Corte citó la sentencia T-231 de 1994, que caracterizó la incongruencia como un defecto procedimental de la decisión que “recae sobre materias no debatidas en el proceso, ausentes de la relación jurídico-procesal trabada

[70] Sentencia T-025 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández). La Corte Constitucional señaló entonces: “De lo anterior infiere esta Sala de Revisión, que unos son los planteamientos de la excepción y otros distintos los expresados en el fallo cuestionado, sin que estos guarden congruencia con aquellos [...] Según las anteriores precisiones, debe la Sala concluir que la falta de pronunciamiento en la sentencia atacada de un aspecto decisivo y fundamental, como fue la excepción de imposibilidad de seguir cumpliendo el objeto contractual, máximo mecanismo de defensa, determinante en la decisión adoptada, desconociendo además la congruencia establecida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, constituye una vía de hecho, atentatoria del derecho fundamental del debido proceso”.

[72] Sentencia SU-159 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. SV Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil). En esa ocasión uno de los cargos contra una providencia judicial -de carácter penal- era precisamente que incurría en un defecto sustantivo por cuanto había efectuado una “indebida adecuación típica de las

actuaciones”, en tanto en la tipificación del acto se “desconocieron las circunstancias concretas en las que se desarrolló la conducta”. La Corte negó la tutela, pero señaló que en efecto una providencia judicial puede incurrir en defecto sustantivo “porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”. En la sentencia SU-1185 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte había señalado: “el defecto sustantivo se configura cuando la decisión judicial es proferida con fundamento en una norma claramente inaplicable al caso concreto, ya sea por que perdió vigencia, porque su aplicación resulta del todo inconstitucional o, porque su contenido no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado”.

[73] Por ese motivo, en la sentencia SU-173 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV Luis Guillermo Guerrero Pérez), la Corte consideró que había un defecto orgánico por cuanto el fallo que resolvió un recurso de anulación se había adentrado hasta evaluar los asuntos sustanciales del laudo arbitral, lo cual constituía un “un juicio por errores in iudicando, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley”.

[74] Sentencia SU-058 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett. Unánime). En la providencia la Corte afirmó: “De acuerdo con lo que obra en el expediente y por lo expresado por las partes en conflicto (SORIA y CARBOANDES), pareciera que no existe consenso sobre la discusión en sede de tutela. De lo afirmado por el demandante se desprende claramente que alega la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico. Por su parte, de lo expuesto por SORIA se desprende que no hay discusión probatoria (se acepta la inexistencia de autorizaciones ambientales para explorar), sino un problema de interpretación del alcance de las cláusulas quinta y sexta del acuerdo de operación conjunta”. En vista de lo cual, en procedió en primer lugar a examinar la parte sustantiva, y luego a evaluar la razonabilidad probatoria. Dijo en concreto que por la falta de consenso, debía primero “establecer si existe claridad sobre las obligaciones de las partes contractuales. Una vez establecidas dichas obligaciones, podrá entrar a establecer si el tribunal de arbitramento incurrió en defecto fáctico”.

[75] Sentencia T-244 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). Si bien negó la tutela de los derechos invocados, por no encontrar defecto alguno en el laudo, afirmó en lo pertinente: “En general los anteriores defectos hacen alusión a una errada interpretación del tribunal de arbitraje tanto de los hechos que ocurrieron durante la ejecución del Contrato 169/99 como de las disposiciones del Código del Comercio en materia de transmisión de la propiedad de motonaves y de las cláusulas contractuales que regían las relaciones entre fletante y fletador. || Si bien la jurisprudencia constitucional no se ha referido a la interpretación errada de los hechos como una modalidad específica de defecto en que puede incurrir una providencia judicial, esta Sala de revisión encuentra que en este tipo de irregularidades pueden combinarse elementos sustanciales y fácticos que podrían dar lugar a vulneraciones iusfundamentales de entidad suficiente para hacer prosperar el amparo constitucional, sin embargo ello no ocurre en el caso objeto de examen”

[76] Sentencia SU-174 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Jaime Córdoba Triviño. SV Jaime Araújo Rentería y Humberto Sierra Porto). En ese caso la Corte debía examinar un supuesto defecto sustantivo, imputado a un laudo arbitral. En ese contexto caracterizó así las condiciones para su configuración.

[77] Sentencia SU-500 de 2015, citada.

[78] Sentencia T-058 de 2009 (MP Jaime Araújo Rentería). Dijo la Corte al respecto: “el Tribunal de Arbitramento aplicó de manera equivocada el aludido concepto de integralidad supuestamente previsto en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001. En efecto, como se señaló anteriormente, en virtud de dicho concepto, el Tribunal pretendió que el tipo de remuneración pactado en algunos de los contratos celebrados por la E.T.B. fuera aplicable a los demás contratos suscritos por la empresa. Al respecto, esta Sala reitera que encuentra equivocado aceptar que debido a que la E.T.B. pactó en otros contratos el pago de acceso por minuto, esta condición contractual debe hacerse extensiva a los contratos suscritos por la E.T.B. con Telefónica. Al respecto, se insiste una vez más que la variación sobre los términos en que será ejecutado un contrato, sólo procede por el común acuerdo de las partes y con arreglo a las normas vigentes que regulan la materia [...] a la luz del ordenamiento jurídico, no es aceptable que se pretenda aplicar a un contrato las normas posteriores a la celebración del mismo”

[79] Sentencia T-466 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). El laudo entonces cuestionado debía definir, entre otros puntos, el monto en disputa de una obligación. Para determinarlo, se fundó esencialmente en una aclaración a una prueba pericial que proyectaba una cifra pero precisaba que no había un asiento confiable para estructurarla. Además de esa aclaración había un dictamen que reconocía la falta de confiabilidad de los asientos para determinar el monto de la obligación, y otros dictámenes y elementos que no desvirtuaban este problema de confiabilidad. La utilización de la aclaración al dictamen como fundamento único y suficiente de la decisión resultaba entonces irrazonable, pues una apreciación de conjunto del acervo probatorio impedía objetivamente reconocerle un poder demostrativo decisivo. La Corte dijo entonces: “de las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer con claridad y certeza a cuánto ascendían las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador que suscitaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento. En realidad, la integralidad del acervo probatorio apuntaba a la existencia de múltiples irregularidades, “glosas” y “observaciones” que impedían que la contabilidad del sistema de acueducto y las “auditorías financieras” realizadas con base a ella, fueran una prueba con el alcance probatorio suficiente para determinar la cuantía del derecho crediticio perseguido por la parte convocante. En este orden de ideas, al apoyarse en tan solo una prueba, la cual incluso advirtió sobre el carácter inexacto y dudoso de la estimación de las pérdidas, el Tribunal de Arbitramento incurrió en un error de apreciación probatoria insalvable, ya que ignoró injustificadamente que ese mismo elemento de convicción, al igual que la integralidad del plenario, demostraban justamente lo contrario”.

[80] Cuaderno de pruebas No. 5, folio 111 (laudo arbitral). Además de esta cuestión central, el Tribunal señaló que había otras como las relativas a la prescripción y a la ineficacia del negocio jurídico.

[81] Cuaderno de pruebas No. 3. Páginas 182 y ss del Laudo. El Tribunal agrega algunos casos en que las funciones del Banco de la República serían bancarias, por su afinidad con las actividades de los bancos comerciales: “se debe precisar que en los casos de la realización de operaciones de mercado abierto, al cual ya se había aludido el Tribunal, o de la intervención en el mercado cambiario, se debe distinguir entre los respectivos actos reguladores, que constituyen el ejercicio propiamente dicho de la actividad regulatoria, y las operaciones mediante las cuales estas se llevan a la práctica, como los reportos sobre

títulos, la compraventa de divisas o la emisión o colocación de títulos representativos de las mismas, actos éstos en los cuales también se puede hablar de ‘servicios bancarios’, dada su evidente afinidad con actos de los que llevan a cabo los establecimientos bancarios e instituciones financieras en general. || También se encuentran previstas en el Título II de la Ley 31, en su capítulo séptimo, las denominadas ‘Actividades conexas’, que consisten en la administración de un depósito de valores (artículo 21), el servicio de compensación interbancaria (artículo 23) [...] actos cuya descripción como ‘servicios bancarios’ -aunque distintos de los que prestan los bancos comerciales -es, simplemente, indudable”.

[82] Ídem. Página 244 del Laudo (pie de página No. 272).

[83] Los hechos y circunstancias anteriores eran las pólizas suscritas entre las partes antes de 1991, y en particular el sentido de la cobertura de la Junta Monetaria, cuyas funciones eran las de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia (regulatoria); y el proceso de selección de del seguro ofrecido por Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A., pues indicaban que este no excluía -como sí lo hacía una oferta de competencia- el riesgo regulatorio. Los hechos y circunstancias concomitantes era la suscripción de la Póliza D&O 1999, celebrada en la misma época que la PGB 1999, que incluía expresamente el riesgo regulatorio.

[84] Ídem. Páginas 262 y 263 del Laudo.

[85] Ídem. Página 263 del Laudo.

[86] Ídem. Páginas 266 y siguiente del Laudo.

[87] Cuaderno de Pruebas No. 3, página 244 del laudo.

[88] En el formulario en inglés, la respuesta decía: “[s]ince the question relates to legal opinions in trust activities, o this point we would like to point out that the Bank carries out central banking functions according to its constitutional and legal structure. Therefore it does not render trust services to the public. In the special case of the National Government, for which, by legal mandate the Bank must perform certain highly specialized functions, they are contractually regulated. In virtue of this type of mandate, generally the Bank must serve as Government agent in this edition, placement and management in the market of

public debts”. Cuaderno de pruebas No. 6. Folio 135.

[89] Hecho mencionado como probado en el salvamento de voto del Árbitro, página 28. Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 196, reverso.

[90] La Corte no asume que los métodos de interpretación arrojen una respuesta única a los casos, pues ellos mismos son susceptibles de interpretación y en cada asunto pueden concurrir dos o más cánones que ofrezcan resultados incompatibles entre sí. Sin embargo, lo que se quiere resaltar es que la indeterminación de los resultados ofrecidos por un canon no puede considerarse como efecto solo de la duda que originó la aplicación del método en cuestión, toda vez que esto contrarrestaría ciertamente sus efectos.

[91] El artículo 1 del EOSF dice: “El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera: a. Establecimientos de crédito. b. Sociedades de servicios financieros. c. Sociedades de capitalización. d. Entidades aseguradoras. e. Intermediarios de seguros y reaseguros.”

[92] Al respecto, la Constitución prevé: “Artículo 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. || Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general. || El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten. || Artículo 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación. || El Congreso dictará la ley a la cual

deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades. || El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley. || Artículo 373. El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda. El Banco no podrá establecer cupos de crédito, ni otorgar garantías a favor de particulares, salvo cuando se trate de intermediación de crédito externo para su colocación por medio de los establecimientos de crédito, o de apoyos transitorios de liquidez para los mismos. Las operaciones de financiamiento a favor del Estado requerirán la aprobación unánime de la junta directiva, a menos que se trate de operaciones de mercado abierto. El legislador, en ningún caso, podrá ordenar cupos de crédito a favor del Estado o de los particulares”.

[93] Han, Miao. *Central Bank Regulation and the Financial Crisis. A comparative analysis.* Palgrave Macmillan studies in banking and financial institutions. 20082-2009, Parte II. En el texto se hace un recuento histórico amplio sobre las funciones regulatorias de la Reserva Federal y el Banco de Inglaterra, así como de su evolución y transformaciones, comparadas con los Bancos Centrales de Japón y China.

[94] Lastra, Rosa M. *International Financial and Monetary Law.* 2nd edition. Oxford. Oxford University Press. 2015, párrafos 2.12 y siguientes. La autora reconoce que aun cuando no hay una lista definitiva de actividades o servicios bancarios, la razón de ser de la banca central es el cumplimiento de los mandatos de estabilidad monetaria y financiera, en desarrollo de los cuales ejerce funciones regulatorias. De hecho, señala que las funciones propiamente bancarias centrales pueden diferenciarse de las corporativas y comerciales que pueden también desarrollar los bancos centrales. Dice, al respecto: “[l]os bancos centrales ejercen funciones públicas (a las que me refiero -dice- como funciones bancarias centrales, ie, funciones delegadas por el Estado al banco central en aras del interés público) y funciones corporativas y comerciales” [párrafo 2.13]. Más adelante, en un acápite específico en el cual expone las “funciones bancarias centrales claves”, menciona la emisión, la política monetaria, la función de banquero de los bancos y prestamista de última

instancia, la supervisión y regulación financiera y bancaria [párrafos 2.55 y ss], entre otras. En el texto se menciona además la sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos de Norte América, en el caso NML Capital LTD EM v. Banco Central de la República Argentina (2011). En esa ocasión debía resolver si determinados valores del Banco de la República de Argentina consignados en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York estaban amparados por un Estatuto sobre inmunidad soberana, para lo cual juzgó necesario preguntarse si esos valores estaban destinados a cumplir una función bancaria central, que los revistiera de soberanía. La Corte de Apelaciones consideró que ciertamente no había una lista final e irreformable de actividades bancarias centrales, pero que eso no impedía reconocer que incluso en circunstancias inusuales -como esa- es posible identificar si un banco central está comprometido en una actividad bancaria central o no. Es más, la Corte de Apelaciones destacó cómo en la doctrina norteamericana y en el derecho común estadounidense se había considerado como criterio para diferenciar si un servicio era bancario o no, el hecho de su carácter comercial, pues si era una actividad típicamente comercial podía concluirse que no era entonces estrictamente bancaria central. Ver fundamento (iv) del fallo, junto con sus referencias doctrinales y jurisprudenciales.

[95] Páginas 260 y siguientes del Laudo, y Folio 317 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

[96] *Ibídem*.

[97] Fernando Mantilla Serrano, La libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral, Revista de derecho, Universidad del Norte, 8:1-18, 1997; ver también, Néstor Humberto Martínez, “El Pacto Arbitral”, en Estatuto Arbitral Colombiano, p.37-66, Legis, 2013.

[98] *Ibídem*

[99] *Ibídem*

[100] Anteriormente en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y hoy incorporadas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012; ver también, Juan Pablo Cárdenas Mejía, “El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional” en Estatuto Arbitral Colombiano, p.255-304

[101] Ley 1563 de 2012. “ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (...) El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico (...)”. (subrayado por fuera del texto original).

[102] Al respecto ver sentencias C-330 de 2012, T-244 de 2007 y T-017 de 2005, entre otras.

[103] Sentencia SU-500 de 2015.

[105] En este sentido puede verse la sentencia T-570 de 1994 en donde la Corte destacó el alcance e idoneidad de los recursos de anulación y revisión previstos en el proceso arbitral y avaló la competencia de los tribunales judiciales para resolver sobre posibles errores in judicando, atribuibles al laudo arbitral. Igualmente, ver sentencias T-800 de 2004, T-1201 de 2007, T-244 de 2007 y T-972 de 2007.

[106] Ver sentencia T-608 de 1998.

[107] Varios fallos de la Corte se han ocupado de la justicia arbitral y de manera específica de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Sobre el particular puede verse las sentencias T-608 de 1998, SU-837 de 2002, SU-058 de 2003, T-1228 de 2003, T-192 de 2004, T-800 de 2004, T-920 de 2004, T-1201 de 2005, T-1017 de 2006, T-104 de 2007, SU-174 de 2007, T-244 de 2007, T-972 de 2007, T-1031 de 2007, T-443 de 2008, T-117 de 2009 y T-311 de 2009, entre otras.

[108] La Corte ha definido cuatro vías de hecho aplicables a los laudos, con las precisiones necesarias para respetar la naturaleza específica del arbitraje del arbitraje ejercido por particulares habilitados libre y autónomamente por las partes de manera excepcional y transitoria con base en el artículo 116 de la Constitución Política: i) vía de hecho por defecto sustantivo; ii) vía de hecho por defecto orgánico; iii) vía de hecho por defecto procedimental; y iv) vía de hecho por defecto fáctico.

[109] Ver sentencia SU-174 de 2007.

[110] Al abordar el problema de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias constitucionales afirma el Constituyente Esguerra: “Por otro lado, aunque –como ya se dijo– no puede negarse que ni aún las más encumbradas decisiones judiciales [como también es el caso del arbitraje] tienen el don de la infalibilidad, y por ende es lógico que se piense en que si ellas son causa de una grave lesión al derecho fundamental de una persona, esta debe poder contar con un medio de defensa provisto por el orden jurídico, ello no significa a fortiori que ese remedio tiene que ser la tutela o que solo puede ser ella” (se subraya): Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Editorial Legis, Bogotá, 2012, p. 166.

[111] Ley 1563 de 2012. “ARTÍCULO 3o. PACTO ARBITRAL. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”.

[112] Mantilla-Serrano, op. cit. p.11-12. Ver también Martínez Neira, op.cit, p.41-43

[113] Sobre la estirpe contractualista en la que se enmarca el arbitraje, en donde las partes, en ejercicio de un ejercicio voluntario de la libertad contractual deciden sustraer sus controversias eventuales de la jurisdicción ordinaria, ver sentencias C-294 de 1995, C-431 de 1995, C-347 de 1997, C-163 de 1999, T-1089 de 2002 y C-189 de 2011, entre otras.

[114] Sentencia SU-500 de 2015.

[115] De hecho, sobre esta materia la sentencia T-466 de 2011 expresó que: “(...) la Corte Constitucional, respetando la voluntad de las partes de poner fin a una determinada controversia de naturaleza transigible a instancias de árbitros, y advirtiendo la naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones, ha manifestado de manera uniforme y reiterada que, por regla general, la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales”.

[116] Esguerra, op.cit. p. 166

[117] Esta línea jurisprudencial fue planteada inicialmente en la sentencia SU-174 de 2007, y sostenida de manera posterior en las sentencias T-972 de 2007, T-058 de 2009 y T-466 de 2011, entre otras.

[118] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

[119] El numeral cuarto de estos requisitos indica que la subsidiariedad tiene un carácter especial porque no se cuenta con una segunda instancia para impugnar el laudo, pero si se ha dispuesto de un mecanismo de controversia sui generis: el recurso extraordinario de anulación. Para un estudio sobre el estudio del requisito de subsidiariedad frente al recurso extraordinario de anulación puede verse la sentencia SU-500 de 2015, núm. 5.4.2.

[120] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00036-00(50218), reiterando las sentencias Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, entre otras

[121] Ibídem

[122] “ARTICULO 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

[123] Sobre la independencia de los árbitros pueden consultarse los artículos de Ruth Stella Correa Palacio, “Independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley 1563 de 2012” y de Hernando Herrera Mercado, “Integración del Tribunal: independencia, imparcialidad, deber de información, impedimentos y recusaciones” en Estatuto Arbitral, op.cit, 2013.

[125] Producto de confundir la naturaleza de las funciones constitucionales del Banco de la República, equiparando aquellas propias de *iure imperii* y las de *iure gestionis*.

[126] Sobre las pólizas globales bancarias señala Jorge Eduardo Narváez Bonnet que “fueron diseñadas para bancos comerciales, otorgan protección respecto de los riesgos propios de la prestación de los servicios bancarios y claro está, no tienen la virtud de cubrir todos los riesgos que puedan estar presentes en el ámbito de las actividades de un banco comercial, porque este tipo de póliza no es más que un componente dentro de todo el programa de seguros, que, ciertamente, contemplará otros amparos y, por ende, diversas tipos de coberturas de seguros”; adicionalmente afirma que los riesgos asegurados que generalmente se incluyen en esta póliza son generalmente los relacionados con el riesgo de infidelidad, es decir con la deshonestidad de sus empleados, aun cuando recientemente se ha ido ampliando a ámbitos como los fraudes electrónicos: “Ahora bien, es ampliamente conocido que el origen de este tipo de pólizas se encuentra en la forma americana No. 24 que fue desarrollada por la American Banker`s Association y la Surety Association of America, por lo cual es un referente ineludible cuando se cumple el examen de este tipo de productos<sup>8</sup>; versión americana que ha sido materia de alteraciones, supresiones y adiciones de particular trascendencia, principalmente en el amparo de infidelidad de empleados; modificaciones que obedecen o se justifican, en pronunciamientos de los tribunales americanos que han conducido a los aseguradores a precisar el significado de los riesgos que se pretende amparar a través de ellas, como también, responden a la implantación casi generalizada de la tecnología en las actividades bancarias, con el correlativo aumento de la potencialidad de pérdidas, los cambios en los patrones de defraudación y que, suelen presentar como rasgos característicos: la alteración de registros encaminados a la apropiación de fondos; la simulación de operaciones, compras y préstamos.”, Jorge Eduardo Narváez Bonnet, El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: Coberturas y tendencias del seguro global bancario, 43 RIS, 49-102 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ris43.csaf>

[127] Ver sentencia C-700 de 1999, numerales 4.6 y siguientes.

[128] Artículo 371, 372 y 373 de la Constitución Política.

[129] Ver: artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

[130] Ver: artículos 6 al 11 de la Ley 31 de 1992.

[131] Ver: artículos 14 y 15 de la Ley 31 de 1992.

[132] Ver: artículos 12 de la Ley 31 de 1992.

[133] Jorge Eduardo Narváez Bonnet, El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: Coberturas y tendencias del seguro global bancario, 43 RIS, 49-102 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ris43.csaf>

[134] Pérez Luño señala que ésta se materializa en “La necesidad de todo sistema jurídico de poner coto a la posibilidad de impugnación y revisión de las decisiones judiciales y determinados actos administrativos. Sin ese límite se correría el riesgo de que la experiencia jurídica fuera una sucesión continua de procesos y de fallos contradictorios sobre un mismo asunto.” Antonio-Enrique Pérez Luño, La Seguridad Jurídica, Ariel Derecho, Barcelona 1991. En el mismo sentido: Ricardo García Manrique; El valor de la seguridad jurídica, Fontamara, México D.F. 2007, Gianmarco Gometz; La certeza jurídica como previsibilidad, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2012; Carles Cruz Moratones (et.al) Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2016; Eduardo García de Enterría, Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

[135] Humberto Ávila, Teoría de la seguridad jurídica. Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.117.

[136] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[137] “Artículo 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. //Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

[138] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.