

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Improcedencia por carecer de relevancia constitucional y no acreditar el requisito de subsidiariedad

(...) la acción de tutela ... no satisface el requisito general de relevancia constitucional, porque i) no supone, a priori, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de Reficar SAS en su faceta constitucional, en la medida en que aquella plantea una controversia estrictamente económica; ii) los presuntos defectos en que incurrió el laudo arbitral se orientan a resolver aspectos que no trascienden las meras cuestiones legales y a cuestionar el criterio que el Tribunal, dentro de su ámbito de autonomía, usó para decidir; iii) la tutela es empleada como una nueva instancia judicial para reabrir el proceso arbitral; y iv) no reúne las condiciones necesarias para aplicar el precedente fijado en la Sentencia SU-081 de 2020, en relación con la protección del patrimonio público; (...) Reficar SAS se abstuvo de interponer el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, a pesar de que este medio era idóneo y eficaz para atacar esa decisión.

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Se aplican las mismas reglas sobre procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales/ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Examen estricto de procedibilidad

(...), el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad es más estricto que aquel que se realiza cuando la petición de amparo se invoca contra una decisión judicial. Esto, en razón de las características especiales de la justicia arbitral. Tales características le exigen al juez constitucional tener en cuenta en su análisis los siguientes aspectos: i) la naturaleza excepcional de la justicia arbitral, ii) el respeto por el principio de voluntariedad, iii) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, y v) la procedencia restrictiva

de los mecanismos judiciales para controlar las decisiones arbitrales.

## RELEVANCIA CONSTITUCIONAL COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

(...), la acción de tutela interpuesta contra un laudo arbitral satisface el requisito general de procedibilidad de relevancia constitucional cuando: i) supone, a priori, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso en su faceta constitucional; ii) no es empleada como una tercera instancia judicial para reabrir el proceso; iii) se orienta a resolver aspectos que trascienden cuestiones legales; iv) no tiene la pretensión de cuestionar el criterio de los árbitros para decidir el caso; v) pretende cuestionar la falta de aplicación de normas constitucionales; y vi) busca evitar la afectación del patrimonio público cuando se cumplen determinadas condiciones. Por el contrario, carecen de relevancia constitucional los asuntos que i) se contraen a dirimir discusiones estrictamente económicas o patrimoniales relacionadas con la condena impuesta en el laudo arbitral y ii) tienen una relación directa con la interpretación de un contrato o su valoración probatoria por parte del tribunal de arbitramento.

RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL-Aspectos sustanciales/ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procede directamente cuando el recurso de anulación es ineficaz

Referencia: expediente T-8.020.923

Acción de tutela instaurada por la Refinería de Cartagena SAS contra el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

conformado por los árbitros María Lugari Castrillón, Jorge Gabriel Taboada Hoyos y Néstor Iván Osuna Patiño.

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Bogotá, D. C., siete (7) de mayo de 2021.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, han proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales dictadas, en primera instancia, por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, en segunda instancia, por la Sección Primera de la misma corporación. Mediante dichas decisiones se resolvió la acción de tutela interpuesta por la Refinería de Cartagena SAS (en adelante Reficar SAS) contra el laudo arbitral aprobado el 31 de octubre de 2019 por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado por los árbitros

María Lugari Castrillón, Jorge Gabriel Taboada Hoyos y Néstor Iván Osuna Patiño.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos:

El 27 de marzo de 2020, la Refinería de Cartagena SAS, actuando por intermedio de apoderado judicial, presentó acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, «a recibir un trato igualitario en la aplicación de la ley» y de acceso a la administración de justicia. Sustentó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. El 23 de enero de 2014, el Consorcio ICG-ICSAS (en adelante, el Consorcio) y Reficar SAS celebraron el Contrato de Consultoría n.º 964436-964437 (en adelante, el Contrato). Este tuvo por objeto dar soporte al proceso de precomisionamiento, comisionamiento, arranque y entramiento del proyecto de ampliación y modernización de Reficar SAS. Posteriormente, este objeto fue ampliado con el propósito de incluir el servicio de gestoría o interventoría de los contratos celebrados por Reficar SAS con terceros para la ejecución del precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de la refinería ampliada y modernizada.

1.2. En el Contrato se pactó que el precio se pagaría bajo la modalidad del sistema de precios unitarios. Durante su ejecución surgieron desacuerdos entre el Consorcio y Reficar SAS en relación con el alcance de dichos precios. Puntualmente, las partes no estaban de acuerdo sobre si los mismos debían o no incluir los costos laborales accesorios (vacaciones, licencias e incapacidades) de las personas por conducto de las cuales el contratista ejecutó sus

servicios. Así, mientras Reficar SAS consideraba que no debía pagar tales costos dentro de los precios unitarios, el Consorcio estimaba que aquella sí estaba obligada a efectuar ese pago. Esta disputa deterioró la relación comercial entre las partes y llevó a que Reficar SAS no concurriera oportunamente a la liquidación bilateral del Contrato.

1.3. Por estos y otros hechos adicionales, el 9 de febrero de 2017, el Consorcio radicó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en contra de Reficar SAS, con la finalidad de que este resolviera las controversias surgidas entre las partes por el presunto incumplimiento del Contrato y efectuara su liquidación.

1.4. Luego de surtirse las etapas procesales y probatorias correspondientes, el 31 de octubre de 2019, el Tribunal de Arbitramento adoptó una decisión mediante laudo arbitral<sup>1</sup>. En este, y como resultado de la liquidación del Contrato, se condenó a Reficar SAS al pago de una suma total de \$31.992.524.862, incluidas las costas y agencias en derecho, a favor del Consorcio.

1.5. En los numerales segundo, octavo y noveno del laudo arbitral, como parte del valor indicado en precedencia, el Tribunal dispuso que Reficar SAS debía pagar al Consorcio la suma de \$13.286.901.585, por concepto de intereses moratorios. Lo anterior, en razón de los perjuicios causados al Consorcio por la falta de voluntad de Reficar SAS de concurrir a la liquidación del Contrato, así como por la falta de pago oportuno de las sumas resultantes de la liquidación del contrato desde el 21 de agosto de 2016 —día en que se venció el plazo contractual de dos meses para la liquidación del Contrato— y hasta la fecha en que se dictó el laudo arbitral —31 de octubre de 2019—.

Los numerales segundo, octavo y noveno del laudo arbitral ordenaron lo siguiente:

«Segundo. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, declarar que la Refinería de Cartagena incumplió el contrato de consultoría n.º 964436-964437 al no haber concurrido a la liquidación del contrato y en consecuencia no haber devuelto los dineros retenidos en calidad de retegarantía, equivalente al diez por ciento (10%) del valor del mismo, por lo que prospera la pretensión segunda de la demanda reformada.

[...]

Octavo. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, condenar a la Refinería de Cartagena a pagar a Industrial Consulting Group S.A. e Industrial Consulting SAS, integrantes del Consorcio ICG-ICSAS, como resultado de la liquidación del contrato de consultoría n.º 964436-964437, la suma de trece mil doscientos ochenta y seis millones novecientos un mil quinientos ochenta y cinco pesos (COP\$13.286.901.585), por concepto de intereses moratorios sobre el monto de la retegarantía, por lo que prospera la pretensión décima quinta de la demanda reformada. Para efectos del pago, conceder un plazo de 30 días corrientes contados a partir de la fecha en que quede en firme el presente laudo arbitral.

Noveno. Por las razones expuestas en la parte motiva y atendiendo lo solicitado en la pretensión décima de la demanda reformada y séptima de la demanda de reconvencción reformada, liquidar el contrato de consultoría n.º 964436-964437, con el alcance previsto para estos efectos en el mismo, advirtiéndole que con ocasión de esta liquidación este Tribunal condenó a la Refinería de Cartagena a pagar a favor de Industrial Consulting Group S.A. e Industrial Consulting SAS, integrantes del Consorcio ICG-ICSAS, las sumas determinadas en este laudo por concepto de retención en garantía y los intereses de mora correspondientes. Igualmente, advierte el Tribunal que como consecuencia de la liquidación del Contrato ninguna de las partes debe a la otra una suma distinta a la ya mencionada, sin perjuicio de las condenas por otros conceptos que profirió el Tribunal en el presente Laudo».

Para sustentar la decisión adoptada en el numeral segundo de la parte resolutive del laudo, el Tribunal determinó que, de conformidad con la cláusula cuarta, el Contrato establecía un plazo de dos meses para su liquidación bilateral. No obstante, dicho plazo transcurrió sin que las partes efectuaran tal liquidación. Particularmente, el Tribunal encontró probado que Reficar SAS no había tenido la intención de liquidar el Contrato de mutuo acuerdo, con lo cual esa entidad incumplió su obligación de concurrir a esa actuación.

En cuanto al pago final del 10% del valor del Contrato, regulado por la cláusula sexta, el Tribunal afirmó que el valor que debía liquidarse y pagarse por ese concepto era de COP\$9.971.954.459 y USD\$1.901.570. Al respecto, constató que el Contrato establecía un plazo de 30 días corrientes para todos los desembolsos, de manera que Reficar SAS debió pagar ese porcentaje a más tardar el 21 de agosto de 2016.

En consecuencia, dado que Reficar SAS no pagó oportunamente la suma indicada en precedencia, el Tribunal concluyó que esa sociedad había incurrido en mora, por lo que debía pagar intereses por este concepto desde el 21 de agosto de 2016 y hasta la fecha en que se dictó el laudo arbitral. De acuerdo con lo dispuesto en los numerales octavo y noveno, los intereses fueron calculados en \$13.286.901.585.

1.6. El 8 de noviembre de 2019, Reficar SAS solicitó la aclaración y adición del laudo arbitral. Respecto del numeral octavo de la parte resolutive, pidió que se aclarara si el plazo de treinta días para el pago de los intereses moratorios empezaba a correr una vez vencido el término de diez meses contados desde la ejecutoria del laudo, según lo prescrito en el inciso 2 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>. Así mismo, solicitó que se adicionara la decisión, en el sentido de que dicho plazo solo empezara a correr después de que venciera el término señalado en el citado artículo.

Igualmente, y también en relación con el numeral octavo, Reficar SAS pidió que se aclarara la porción del pago de la condena impuesta que correspondía a favor de cada una de las sociedades que integraban el Consorcio. Por último, solicitó que se adicionara el laudo para que se informara de la existencia de la mencionada condena a la Superintendencia de Sociedades. Esto último, en razón de su calidad de juez del proceso de reorganización empresarial de Industrial Consulting SAS.

1.7. Mediante Auto n.º 88 del 14 de noviembre de 2019, el Tribunal de Arbitramento no accedió a las pretensiones señaladas. Consideró que no era necesaria ninguna aclaración o adición del fallo, de acuerdo con el entendimiento que ha hecho la jurisprudencia sobre el alcance del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>. Del mismo modo, precisó que, al margen de las sociedades que lo integran, el contratista de Reficar SAS era el Consorcio y era a él a quien correspondía realizar los pagos ordenados. En cuanto a la última solicitud, adujo que esta no era procedente, en la medida en que no involucraba alguno de los extremos de la litis o un punto que, de acuerdo con la ley, debía ser objeto de pronunciamiento por el Tribunal.

## 2. Solicitud de tutela

2.1. Con fundamento en lo expuesto, Reficar SAS elevó las siguientes pretensiones:

«Primera. Declarar que, por medio del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, el Tribunal Arbitral Accionado violó los derechos fundamentales al debido proceso, a recibir un trato igualitario en la aplicación de la ley y al acceso efectivo a la administración de justicia de la Accionante, por haber incurrido en un DEFECTO FÁCTICO consistente en valorar de manera manifiestamente irracional la prueba que contenía una condición suspensiva de una obligación de pago a cargo de Refinería de Cartagena, defecto que lo llevó a declarar un estado de mora sin tener la prueba del hecho de existir un plazo acordado y vencido para el



pago de la obligación dineraria liquidada en los ordinales SEGUNDO, OCTAVO y NOVENO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, en lo referido a la condena por intereses de mora en la liquidación correspondiente.

Segunda. Declarar que, por medio del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, el Tribunal Arbitral Accionado violó los derechos fundamentales al debido proceso, a recibir un trato igualitario en la aplicación de la ley y al acceso efectivo a la administración de justicia de la Accionante, por haber incurrido en un DEFECTO SUSTANTIVO consistente en aplicar en forma incompleta y manifiestamente irrazonable las normas contentivas del régimen legal de la mora, así como de haberse apartado injustificadamente del precedente vinculante sobre liquidación de intereses de mora en obligaciones dinerarias, defecto que lo llevó a decretar a cargo del Accionante el pago de intereses moratorios sobre obligación dineraria liquidada en los ordinales SEGUNDO, OCTAVO y NOVENO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, sin que estuvieran dadas las condiciones sustanciales para la configuración del estado de la mora.

Tercera. Como consecuencia de todas o alguna de las anteriores declaraciones, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad en la aplicación de la ley y al acceso efectivo a la administración de justicia de la Accionante, y DEJAR SIN EFECTOS los ordinales SEGUNDO y OCTAVO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, así como el ordinal NOVENO en lo referido a la inclusión de los intereses de mora en la liquidación correspondiente.

CUARTA. Como consecuencia de todas o alguna de las anteriores declaraciones, ORDENAR que se adopten todas las medidas que sean necesarias para que los efectos de los ordinales SEGUNDO y OCTAVO de la parte resolutive del Laudo Arbitral de fecha 31 de octubre de 2019, así como el ordinal NOVENO en lo referido a la inclusión de los intereses de mora en la liquidación correspondiente, sean retrotraídos en lo pertinente o dejados sin efectos de manera efectiva».

2.2. Para sustentar su solicitud, en primer lugar, Reficar SAS adujo que la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por las siguientes razones:

2.2.1 El asunto tiene relevancia constitucional. El laudo sienta un precedente peligroso para las entidades públicas; específicamente, en relación con la procedencia de la condena al pago de intereses de mora, cuando no existe acuerdo entre las partes de un contrato estatal, gobernado por el derecho privado, respecto de la liquidación del contrato. Este precedente debe ser revisado por el juez de tutela. Genera el incentivo perverso consistente en postergar la liquidación del contrato para que se produzcan esos intereses a favor del contratista. En este escenario, el funcionario público deberá «escoger entre el menor de dos males: pagar mal, pero pagar pronto, de un lado, y pagar bien, pero pagando intereses de mora que “indemnizen” al contratista por el tiempo que tomó saberse judicialmente cuánto era realmente el saldo ejecutado»<sup>4</sup>.

2.2.2 La acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad. En razón de las causales específicas previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012<sup>5</sup>, el recurso extraordinario de anulación es improcedente para atacar el laudo arbitral. Esto es así, porque los defectos fáctico y sustantivo, que fundamentan la presente solicitud de amparo constitucional, no encuadran en ninguna de dichas causales de procedencia del mencionado recurso.

En particular, sobre la causal séptima relativa a «[h]aberse fallado [el laudo arbitral] en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho», el Consejo de Estado ha sostenido que para su configuración se requiere que el laudo i) haya prescindido de toda motivación, ii) carezca «de todo sustento probatorio y jurídico» y iii) se funde en la íntima convicción del juzgador<sup>6</sup>. De este modo, la invocación de esta causal es improcedente para controvertir «la valoración manifiestamente irrazonable de algunos elementos de prueba determinantes para la

resolución del caso, o la aplicación manifiestamente irrazonable de las normas que debían regir el caso»<sup>7</sup>, tal y como ocurre en el asunto de la referencia.

2.2.3 La acción de tutela cumple el requisito de inmediatez. En efecto, la decisión que resolvió la solicitud de aclaración y adición del laudo arbitral fue adoptada el 14 de noviembre de 2019. De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 302 del Código General del Proceso, el laudo arbitral cobró fuerza ejecutoria en esa fecha. Esto significa que la acción de tutela se presentó dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo objeto de reproche, siendo este el término considerado como prudente por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.2.4 La acción de tutela no cuestiona irregularidades procesales, sino la configuración de un defecto fáctico y un defecto sustantivo. Y, finalmente, tampoco se dirige contra una sentencia de tutela, sino contra un laudo arbitral.

2.3. En segundo lugar, respecto de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, Reficar SAS señaló que el laudo arbitral incurrió en un defecto fáctico. Esto, por haber tenido por probados, con base en el Contrato, dos hechos que este en realidad no probaba: «(i) la existencia de un capital líquido de dinero resultante del balance final del Contrato y (ii) la existencia de un plazo vencido para pagar ese capital pendiente de liquidación»<sup>8</sup>. Así, «el Tribunal cometió un grave error de apreciación probatoria al darle la connotación jurídica de plazo a una estipulación que en realidad contenía una condición suspensiva del punto inicial de cómputo de un plazo»<sup>9</sup>.

Al respecto, explicó que el Tribunal confundió dos obligaciones: la obligación bilateral de concurrir a la liquidación del Contrato, «sujeta tanto a plazo suspensivo como resolutorio»<sup>10</sup>, y la obligación a cargo de Reficar SAS de hacer un último pago por el 10% del contrato, «sujeta a condición suspensiva»<sup>11</sup>. Estas obligaciones se encontraban contenidas en las

cláusulas cuarta y sexta del Contrato.

La primera cláusula citada especificaba que, para la liquidación bilateral del Contrato, el plazo era de dos meses, «contados a partir de la firma del Acta de finalización. Al finalizar este plazo se debe suscribir por las Partes y el Gestor el Acta de liquidación». Por su parte, la cláusula sexta disponía que el último pago del Contrato, equivalente al 10% del valor del mismo, se haría «a la entrega final de los trabajos o servicios a satisfacción de Reficar SAS previa liquidación final del Contrato y presentación de los documentos que se indican a continuación: [...]».

En este sentido, el Tribunal no tuvo en cuenta que, a la luz del Contrato, i) la entrega final de los trabajos a satisfacción de Reficar SAS, ii) la liquidación final del Contrato y iii) la presentación de determinados documentos son condiciones suspensivas, de suerte que podían ocurrir o no. Esto es especialmente predicable de la segunda condición, es decir, de la liquidación final del contrato, la cual nunca sucedió de común acuerdo, como lo exigía el Contrato, sino por virtud del laudo arbitral.

Ahora bien, «[p]ara encontrar la certeza que este hecho [la liquidación del Contrato] no tenía, especialmente al entenderla como liquidación bilateral, el Tribunal la igualó con el plazo para concurrir a la liquidación, es decir, el término bajo el cual el Contrato permitía a las partes buscar la efectiva ocurrencia del hecho incierto»<sup>12</sup>. Por tanto, «lo que hizo fue confundir e igualar la obligación de concurrir a la liquidación —contenida en la cláusula cuarta—, con la obligación de pago —contenida en la cláusula sexta—, distorsionando e interpretando en forma manifiestamente irrazonable el contenido de un Contrato que claramente las consagraba como dos obligaciones distintas, sujetas a presupuestos fácticos distintos»<sup>13</sup>.

De este modo, el Tribunal valoró la prueba, esto es, el Contrato, que contenía los términos claros y expresos en los cuales Reficar SAS debía hacer el último pago por el 10% del valor

del Contrato, de forma «manifiestamente irrazonable y, en consecuencia, falló con base en una ficción, a saber: actuó como si el plazo para la liquidación por mutuo acuerdo fuera el mismo hecho de la efectiva liquidación final y, en últimas, como si el Contrato se hubiera liquidado»<sup>14</sup>. Esto es «objetivamente falso, porque el plazo para la liquidación de mutuo acuerdo —hecho futuro y cierto— no era el mismo hecho de la “liquidación final” del Contrato —hecho futuro e incierto—, y el Contrato no se había liquidado sino hasta que el Tribunal así lo dispuso en el mismo laudo»<sup>15</sup>.

2.4. A raíz de estos errores en la valoración del Contrato, el Tribunal no solo entró «en el terreno de la apreciación manifiestamente irracional de las pruebas»<sup>16</sup>, sino que también incurrió en un defecto sustantivo. En efecto, tal y como ocurrió con las circunstancias que configuraron el defecto fáctico, el Tribunal aplicó «de manera manifiestamente irracional»<sup>17</sup> las normas sobre la mora en el pago de las obligaciones dinerarias.

En efecto, los numerales segundo, octavo y noveno de la parte resolutive del laudo vulneraron los artículos i) 1608 y 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio<sup>18</sup>; ii) 1530 y 1551 del Código Civil, que aclaran cuándo una obligación está sujeta a plazo y cuándo a condición<sup>19</sup>; iii) 1139 y 1144 ejusdem, que advierten que, si un término combina un plazo y una condición, la obligación siempre será condicional<sup>20</sup>; iv) 1541 del mismo Código, que ordena que las condiciones se cumplan literalmente en la forma convenida<sup>21</sup>; v) el inciso segundo del artículo 1551 ibidem, que prohíbe expresamente al juez designar el plazo para el cumplimiento de la obligación<sup>22</sup>; y vi) el principio *in illiquidis non fit mora*, en virtud del cual no hay mora en las deudas ilíquidas.

Sobre el particular, la accionante explicó que el Tribunal aplicó de manera «manifiestamente irrazonable»<sup>23</sup> los artículos señalados en precedencia, porque, en primer lugar, estimó que la falta de pago de una obligación dineraria, que no estaba sujeta a plazo y que no estaba liquidada, podía generar intereses moratorios. Y, en segundo lugar, por cuanto, de acuerdo con dichas disposiciones, «[n]unca puede producirse la mora del deudor en obligaciones

condicionales si no hay reconvención judicial por parte del acreedor»<sup>24</sup>. En el presente caso, este hecho solo se materializó con la aprobación del laudo arbitral, por lo que es claro que el Tribunal confundió el incumplimiento de la obligación y la mora en su pago.

En este sentido, el Tribunal cambió el régimen bajo el cual se está en mora de pagar una suma de dinero, «al punto de admitir que la mora y los intereses que la indemnizan se causan de manera retrospectiva sobre sumas de dinero cuya liquidez y fecha de exigibilidad solamente fueron determinadas por el fallo del juez natural, es decir, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1608 del Código Civil»<sup>25</sup>.

De otro lado, la configuración del defecto sustantivo también se originó en el desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia<sup>26</sup>, el Consejo de Estado<sup>27</sup> y la Corte Constitucional<sup>28</sup>, en relación con la no causación de intereses moratorios sobre obligaciones dinerarias ilíquidas, es decir, sobre aquellas respecto de las que no existe certeza sobre el valor preciso a pagar por parte del deudor.

Es por esto que, dado que la obligación dineraria a cargo de Reficar SAS solo fue liquidada en el laudo arbitral, la decisión del Tribunal de imponer intereses de mora sobre una obligación cuya cuantía se desconocía hasta ese momento constituye un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial. De hecho, en el transcurso del trámite arbitral, se constató que las partes no estaban de acuerdo sobre el valor equivalente al 10% del valor final del Contrato, por lo que el Tribunal procedió a calcularlo.

Ahora bien, lo cierto es que si Reficar SAS hubiera pagado al Consorcio alguna suma de dinero por ese concepto antes de la aprobación del laudo arbitral, «probablemente se habría generado un supuesto de responsabilidad fiscal frente al erario por desembolsar dineros públicos sin cumplir con los condicionamientos contractuales y legales aplicables»<sup>29</sup>.

Al respecto, Reficar SAS agregó que la decisión del Tribunal lesionó «su derecho fundamental a ser juzgado en igualdad de condiciones ante la ley respecto de los sujetos que se han visto vinculados por análogos supuestos de hecho, en todos los cuales se ha predicado que no puede condenarse al pago de intereses de mora retroactivamente sobre una obligación que solo vino a ser determinada y declarada exigible por la sentencia»<sup>30</sup>.

### 3. Trámite de instancia

La acción de tutela fue tramitada ante la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>31</sup>, la cual mediante auto del 30 de abril de 2020 ordenó su notificación a los árbitros que formaron parte del Tribunal, a las partes en el trámite arbitral, a la Compañía Mundial de Seguros SA —en su condición de aseguradora llamada en garantía por Reficar SAS—, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

#### 3.1. Contestación de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Trabajo

En escrito separado, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Trabajo solicitaron su desvinculación del trámite, por considerar que carecen de legitimación en la causa por pasiva.

#### 3.2. Contestación del Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá<sup>32</sup>

El Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá afirmó que no puede pronunciarse sobre la acción de tutela, en la medida en que esta cuestiona las actuaciones del Tribunal de Arbitramento,

las cuales no conoce.

### 3.3. Contestación de la Compañía Mundial de Seguros SA

La Compañía Mundial de Seguros SA pidió que se declarara la improcedencia de la acción de la acción de tutela, por el incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad y relevancia constitucional. Sobre el primer requisito, adujo que Reficar SAS dejó vencer el término de caducidad del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral cuestionado.

### 3.4. Contestación del Consorcio

El Consorcio, actuando por intermedio de su representante legal, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela interpuesta. Sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el carácter excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales se fundamenta en el respeto por la voluntad de las partes de someter la decisión de sus controversias a una justicia diferente a la ordinaria<sup>33</sup>. Al respecto, precisó que la petición de amparo constitucional solo se fundamenta en la inconformidad de Reficar SAS con los resultados del proceso.

Así mismo, resaltó que la acción de tutela no satisface el requisito de inmediatez, por cuanto fue presentada cinco meses después de la ejecutoria del laudo, sin que se haya logrado explicar las razones que justificaron esta tardanza.

De otro lado, recordó que, en concordancia con las pruebas aportadas al proceso, la liquidación del Contrato no se realizó oportunamente, «debido a que Reficar dolosamente se



abstuvo de concurrir, siendo plenamente consciente de las graves y profundas consecuencias que ello tendría en términos económicos para su contratista. Esa actitud contraria a derecho, a la lealtad, a la buena fe, fue la que los árbitros censuraron y por la que condenaron a Reficar a pagar la suma dineraria consignada en el laudo»<sup>34</sup>.

### 3.5. Contestación de los doctores Néstor Osuna Patiño y Jorge Gabriel Taboada, miembros del Tribunal de Arbitramento

Los doctores Néstor Osuna Patiño y Jorge Gabriel Taboada solicitaron que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Advirtieron que la accionante omitió instaurar el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral cuestionado y que este recurso ya caducó. Del mismo modo, argumentaron que el presente caso tampoco satisface el requisito de inmediatez, en la medida en que la acción no se instauró en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la supuesta vulneración de los derechos fundamentales, sino cinco meses después.

Sobre el particular, los dos miembros del Tribunal explicaron:

«En concreto, la parte accionante tenía un plazo de un mes para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral y dejó transcurrir ese plazo sin interponerlo. Durante ese mismo lapso tampoco interpuso una acción de tutela contra el laudo, aunque es razonable colegir que si en su criterio no cabía el recurso de nulidad bajo la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 contra el mencionado laudo, ha debido interponer la tutela contra el mismo en ese plazo y no después, en atención a las circunstancias específicas de este caso —particularmente para pedir medidas cautelares con el fin de precaver efectivamente el supuesto daño al patrimonio público que considera que le causó el fallo que ahora impugna— el cual se habría materializado mediante el pago de la condena que le fue impuesta, que hizo sin ningún reparo.

Pero en cambio la demandante dejó pasar varios meses sin actuación alguna, lo cual permite colegir que como consecuencia de sus propios actos previos la acción que esta pretende ahora está encaminada únicamente a que la justicia emita un pronunciamiento abstracto pero inaplicable en la práctica, pero que en cambio no busca —ni es posible ya— la protección de un derecho fundamental concreto en su dimensión material, lo cual es el verdadero propósito de la acción de tutela»<sup>35</sup>.

En relación con la procedencia del recurso extraordinario de anulación, los árbitros adujeron que, contrariamente a lo sostenido por la accionante, los cuestionamientos plasmados en la acción de tutela sí podían invocarse mediante dicho recurso. Puntualmente, mediante la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, por «[h]aberse fallado [el laudo arbitral] en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho». Lo anterior, en la medida en que toda la argumentación de la solicitud de amparo se sustenta en la supuesta creación o construcción por parte del Tribunal de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esto implica que, desde la perspectiva de la accionante, para decidir, el Tribunal no aplicó el derecho, sino su convencimiento personal sobre la manera en que el caso debía ser fallado. Lo anterior corrobora la procedencia del mencionado recurso y, por tanto, la inexistencia de un defecto fáctico.

### 3.6. Contestación de la doctora María Lugari Castrillón, miembro del Tribunal de Arbitramento

La doctora María Lugari Castrillón se limitó a señalar las razones por las cuales salvó su voto al laudo arbitral, las cuales no guardan una relación directa con los hechos que se alegan en la solicitud de tutela<sup>36</sup>.

### 3.7. Coadyuvancia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)<sup>37</sup>

La ANDJE coadyuvó la acción de tutela interpuesta, por lo que solicitó que se dejaran sin efectos los numerales segundo, octavo y noveno de la parte resolutive del laudo arbitral.

Para fundamentar su petición, explicó que la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad, por cuanto: i) los defectos que se alegan no son susceptibles de tramitarse mediante el recurso extraordinario de anulación (requisito de subsidiariedad); ii) la acción fue instaurada antes de que transcurrieran seis meses desde la aprobación del laudo arbitral (requisito de inmediatez); iii) no controvierte irregularidades procesales y tampoco se dirige contra una sentencia de tutela; y iv) el asunto tiene relevancia constitucional, por las razones ya explicadas por la parte actora.

Sobre este último elemento, llamó la atención sobre la necesidad de considerar que Reficar SAS es una empresa pública. Esto exige que el pago de recursos públicos que realice a terceros, en virtud de los contratos que celebre, debe estar debidamente soportado en los principios que gobiernan la función administrativa y las normas que regulan la gestión fiscal, exigencias que no se cumplían en el presente caso al momento de la liquidación del Contrato.

Así mismo, en relación con la presunta configuración de un defecto sustantivo, la Agencia precisó que el laudo «desconoce las normas sustantivas que determinan la procedencia de una condena al pago de intereses moratorios a cargo de un sujeto público»<sup>38</sup>. En este punto, insistió en que la condena al pago de intereses moratorios solo puede ser el resultado del conocimiento que tenga el deudor sobre cuál es la suma que debe pagar y que, en el presente caso, esto solo ocurrió cuando el Tribunal dictó el laudo arbitral. En otras palabras, «el presupuesto esencial para la causación de intereses moratorios es encontrarse en mora, estado que solamente puede predicarse cuando existe un retardo culpable en el cumplimiento de una obligación sujeta a un plazo convencional o que ha sido judicialmente

reconvenida, y frente a la cual existe certeza en su monto y extensión»<sup>39</sup>.

## II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 12 de junio de 2020, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta<sup>40</sup>.

Para sustentar su decisión, la Sala afirmó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en particular de las Sentencias SU-500 de 2015 y SU-174 de 2007, el carácter excepcional de la justicia arbitral exige un estudio más estricto de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Tal exigencia se fundamenta en el hecho de que la mencionada justicia constituye la expresión de la voluntad de las partes de someter la solución de sus controversias a la decisión de particulares, y no de los jueces de la República. Esa voluntad demanda la estabilidad jurídica del laudo arbitral, el cual, por esa razón, en principio, no puede ser condicionado o revisado de manera posterior por parte de la jurisdicción a la cual los extremos de la litis renunciaron.

En este sentido, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado constató que la solicitud de amparo no satisface el requisito de relevancia constitucional. Para el efecto, examinó detenidamente la sustentación que la accionada hizo del mencionado requisito y el fundamento del contenido cuestionado del laudo, respecto de los numerales segundo, octavo y noveno de la parte resolutive. En consecuencia, concluyó que la acción de tutela fue empleada como «un medio a través del cual la peticionaria pretende reeditar la discusión del

análisis fáctico, probatorio y jurídico realizado por los árbitros, con el único fin de desconocer la decisión que profirieron los jueces naturales de la causa y obtener un pronunciamiento favorable, convirtiendo este mecanismo de protección de derechos fundamentales en una instancia judicial adicional al proceso arbitral»<sup>41</sup>.

Sobre este requisito de procedibilidad, agregó que contra la decisión del Tribunal de Arbitramento de condenar a Reficar SAS a pagar intereses de mora, desde el momento en que demostró su renuencia a liquidar el Contrato de común acuerdo, «no se endilgan cargos de índole ius fundamental, sino de mera legalidad»<sup>42</sup>. Con esto, dijo, «queda en evidencia que [Reficar SAS] pretende desconocer la autonomía y naturaleza de las decisiones arbitrales, concebida como un límite para el juez de tutela»<sup>43</sup>.

Igualmente, la Sala advirtió que la solicitud de amparo tampoco cumple el requisito de subsidiariedad. Recordó que, en criterio de la accionante, el Tribunal le ordenó el pago de intereses moratorios, con base en reglas creadas por él mismo, que no estaban establecidas en el Contrato, y sin dar aplicación a las normas civiles y comerciales que regulan la materia, sino bajo parámetros propios. Estos razonamientos de Reficar SAS, «prima facie, evidencian la alegación de una decisión en conciencia o en equidad, cargo que, ciertamente, debió ventilarse ante el juez del recurso extraordinario de anulación»<sup>44</sup>. No obstante, esa sociedad dejó vencer el término previsto para la interposición del recurso (30 días)<sup>45</sup> y, por ello, tampoco se acredita el cumplimiento del aludido requisito.

## 2. Impugnación de Reficar SAS

Reficar SAS, actuando por intermedio de apoderado judicial, impugnó el fallo de primera instancia y solicitó que se ampararan los derechos fundamentales invocados.

Explicó que, a diferencia de lo considerado por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la acción de tutela sí satisface el requisito de relevancia constitucional. Esto es así porque tal requisito «no se predica del “caso” en general, sino de la cuestión en particular»<sup>46</sup>. Así, aunque «[n]aturalmente un pleito sobre la ejecución de un contrato estatal de servicios no tiene por sí solo relevancia constitucional, [...] la distorsión grave de una prueba documental usada en un fallo (cualquier fallo), sí»<sup>47</sup>. En este último supuesto, el caso adquiere relevancia constitucional porque dicha distorsión lesiona los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la parte afectada con la decisión. Lo mismo ocurre cuando, como en el presente caso, el juez natural deja de aplicar las normas generales y abstractas que gobiernan los hechos puestos a su consideración, pues es claro que la Constitución no tolera este tipo de actuación.

Adicionalmente, señaló que tampoco es cierto que, con la acción de tutela, Reficar SAS pretenda reabrir el debate que suscitó el trámite arbitral. Más allá de esto, la finalidad de la petición de amparo es que el juez de tutela verifique «si se cometieron o no los defectos constitucionales denunciados y, de ser así, [se] suprima la sección resolutive que obedece a ese presunto ilícito constitucional»<sup>48</sup>.

De otro lado, Reficar SAS argumentó que la acción de tutela sí cumple el requisito de subsidiariedad, en la medida en que el recurso extraordinario de anulación no es un medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales conculcados por el Tribunal. Al respecto, aclaró tres cuestiones. Primera, en ninguna parte del escrito de tutela se sostiene que los árbitros hayan fallado sin consideración alguna al ordenamiento jurídico vigente. Lo que se sostuvo fue que «el ejercicio de relacionar los hechos con la norma y aplicar su consecuencia jurídica fue manifiestamente irrazonable»<sup>49</sup>. Segundo, el juez de primera instancia incurrió en una contradicción evidente: «El supuesto de [la] causal [séptima] extraordinaria [del recurso de anulación] es que no exista valoración de las pruebas o interpretación de la ley; que el derecho (ni bien ni mal aplicado) no esté involucrado en la decisión. Esto es abiertamente incompatible con la afirmación de que la accionante pretendía llevar a cabo nuevamente la discusión jurídica de la instancia»<sup>50</sup>. Y, tercera, el juez de tutela

no tuvo en cuenta el alcance limitadísimo que la propia jurisprudencia del Consejo de Estado le da a la causal aludida, la cual descarta cualquier discusión no procedimental. Desde esta perspectiva, «el juez de tutela remitió al juez de anulación sabiendo que, si el accionante se hubiera enfrentado a este, le habría indicado que era otra la puerta disponible»<sup>51</sup>.

### 3. Sentencia de segunda instancia

El 24 de septiembre de 2020, la Sección Primera del Consejo de Estado i) declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Trabajo, y ii) confirmó la sentencia de primera instancia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Para el efecto, en primer lugar, argumentó que a la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Trabajo no les asiste interés en la decisión que se profiera, pues no fueron parte en el proceso arbitral.

En segundo lugar, reiteró las Sentencias SU-500 de 2015 y SU-033 de 2018. En esas oportunidades, la Corte Constitucional sostuvo que el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales es más exigente que aquel se debe adelantar cuando se trata de providencias judiciales.

En tercer lugar, determinó que la acción de tutela de la referencia no satisface el requisito de relevancia constitucional. Al respecto, precisó que el debate planteado por Reficar SAS es estrictamente patrimonial y económico y que estos asuntos ya fueron objeto de estudio y decisión por el Tribunal. En este sentido, insistió en que «la acción de tutela contra providencia judicial no constituye una tercera instancia que permita reabrir el debate

resuelto por el juez natural, sino que tiene por objeto verificar si la entidad accionada incurrió en la vulneración de derechos fundamentales»<sup>52</sup>.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

#### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y con la selección y el reparto efectuados, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

#### 2. Asunto previo: procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

La acción de tutela se dirige contra el laudo arbitral aprobado el 31 de octubre 2019 por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado por los árbitros María Lugari Castrillón, Jorge Gabriel Taboada Hoyos y Néstor Iván Osuna Patiño.

En su escrito de tutela, Reficar SAS afirmó que la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones arbitrales. En efecto, sostuvo que la petición de amparo sí tiene relevancia constitucional, pues el laudo sienta un precedente peligroso para las entidades públicas; específicamente, en relación con la procedencia de la condena al pago de intereses de mora cuando no existe acuerdo entre las partes de un contrato estatal, gobernado por el derecho privado, respecto de la liquidación del contrato.



La entidad precisó que también cumple el requisito de subsidiariedad, por cuanto los defectos que se alegan —fáctico y sustantivo— no pueden ser tramitados mediante alguna de las causales legales del recurso extraordinario de anulación. Esto es así, toda vez que aquellas, y en particular la causal séptima —«[h]aberse fallado [el laudo arbitral] en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho»—, no permiten cuestionar la interpretación «manifiestamente irracional» de las normas aplicables y de las pruebas. Igualmente, aseguró que satisface el requisito de inmediatez, ya que se presentó dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo objeto de reproche.

Esta postura fue coadyuvada por la ANDJE, con base en las mismas razones expuestas por la accionante. En su escrito, y con el propósito de demostrar la relevancia constitucional del asunto, dicha entidad hizo especial énfasis en el carácter público de los recursos que debió pagar Reficar SAS para dar cumplimiento al laudo arbitral cuestionado.

Con el objeto de defender la tesis contraria, el Consorcio y los árbitros Jorge Gabriel Taboada Hoyos y Néstor Iván Osuna Patiño afirmaron que la acción de tutela no satisface los requisitos generales de procedibilidad. De manera puntual, respecto del requisito de inmediatez, advirtieron que, sin justificación alguna, la acción fue presentada cinco meses después de la ejecutoria del laudo.

Sobre el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, los mencionados árbitros señalaron que la accionante debió instaurar el recurso extraordinario de anulación, con fundamento en la causal séptima. Lo anterior, habida cuenta de que la acción de tutela se sustenta en la supuesta creación o construcción por parte del Tribunal de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esto implica que, en criterio de Reficar SAS, para decidir, el Tribunal no aplicó el derecho, sino su convencimiento personal sobre la manera en que el caso debía ser fallado, por lo que, en realidad, aprobó un laudo en conciencia.

Por su parte, los jueces de tutela coincidieron en dos aspectos: i) el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales es más exigente que aquel que se debe adelantar cuando se trata de providencias judiciales ordinarias, y ii) la acción es improcedente por incumplimiento del requisito de relevancia constitucional.

En efecto, para la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado —juez de tutela de primera instancia—, la acción incumple el requisito de relevancia constitucional, porque con la solicitud de amparo se pretende reabrir un debate legal que ya fue resuelto por el Tribunal. Igualmente, de acuerdo con la argumentación expuesta el Consorcio, la tutela tampoco satisface el requisito de subsidiariedad, en la medida en que el recurso extraordinario de anulación sí era procedente para cuestionar el laudo arbitral.

En un sentido similar, la Sección Primera de la misma corporación —juez de tutela de segunda instancia— reiteró que la acción no satisface el requisito de relevancia constitucional, ya que el debate planteado por la accionada es estrictamente patrimonial y económico, asuntos que ya fueron objeto de estudio y decisión por parte del Tribunal.

Ahora bien, en atención a lo expuesto, la Sala debe verificar si la acción de tutela incoada por Reficar SAS cumple los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones arbitrales. En razón de los puntos de controversia sobre los que versó el trámite de la acción, deberá examinar con especial detenimiento: i) si, como lo afirmaron los jueces de instancia, el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra esas decisiones es más exigente, y ii) si la acción cumple los requisitos de relevancia constitucional, subsidiariedad e inmediatez. En el evento en que se concluya que la acción de tutela es procedente, la Sala formulará el problema jurídico de fondo y tomará la decisión que corresponda.

Para emprender este análisis, la Sala tendrá en cuenta las sentencias en las cuales esta Corporación ha estudiado la procedencia de la acción de tutela contra laudos o decisiones arbitrales en arbitramentos civiles, comerciales y administrativos<sup>53</sup>. Esto se justifica en el hecho de que la verificación de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales es un asunto transversal, que opera y es exigible con independencia del problema jurídico de fondo que suscite cada caso. Por supuesto, esto no significa que, en virtud a los argumentos expuestos por Reficar SAS —respecto de su naturaleza jurídica pública— y la ANDJE —en relación con los efectos que el laudo arbitral tuvo sobre los recursos públicos—, la Sala no preste especial atención a la jurisprudencia constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales en los casos de arbitramentos administrativos<sup>54</sup>.

Igualmente, resulta importante señalar que este análisis no comprenderá las sentencias en las que la Corte se ha pronunciado sobre el tema del arbitramento, pero en las que no ha examinado específicamente la procedencia de la acción de tutela, sino aspectos del procedimiento adelantado por los tribunales de arbitramento. Tampoco estudiará las sentencias sobre procesos y decisiones arbitrales cuando la acción de tutela no se dirigió contra el laudo arbitral<sup>55</sup>. Lo anterior, por cuanto, según se explicó, estos no son los puntos centrales de la discusión en el presente caso, sino la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Por último, conviene precisar que de conformidad con el Auto aprobado el 29 de enero de 2021 por la Sala de Selección Número Uno, el criterio orientador de selección en el asunto de la referencia fue el denominado «unificación de jurisprudencia». En el escrito por el cual la accionante solicitó a la Corte la selección del caso, se lee, entre otros argumentos, que en el Consejo de Estado —no así en la Corte Constitucional— existe discrepancia en la jurisprudencia en torno a si «la disponibilidad del recurso extraordinario de anulación excluye la interposición de acciones de tutela»<sup>56</sup>. Esto, en razón de la procedencia general del mencionado recurso para atacar únicamente errores de procedimiento.

## 2.1. Procedencia de la acción de tutela contra decisiones arbitrales. Reiteración de jurisprudencia<sup>57</sup>

El artículo 116 de la Constitución establece que las instituciones que forman parte de la Rama Judicial son las competentes para el ejercicio de la función de administrar justicia. El inciso cuarto del mencionado artículo prevé que, de manera excepcional, los particulares también pueden ser investidos transitoriamente de la función jurisdiccional en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores y árbitros habilitados por las partes en disputa para dictar fallos en derecho o en equidad.

En este orden, y en lo que se refiere al asunto que convoca a la Corte en esta oportunidad, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional<sup>58</sup>, preceptúa que 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».

Desde su jurisprudencia más temprana, esta Corporación ha definido el arbitramento como una institución procesal «en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte»<sup>59</sup>. Esta definición fundamental del arbitramento, tomada de la regulación que del mismo hizo el artículo 116 superior, ha permitido a la Corte desarrollar una jurisprudencia consistente sobre las características esenciales de este mecanismo que resaltan su naturaleza alternativa, procesal, temporal, excepcional y voluntaria<sup>60</sup>.

Ahora bien, aunque la providencia que le pone fin al proceso arbitral, es decir, el laudo arbitral, y, en general, las providencias que dictan los tribunales de arbitramento son adoptadas por particulares, ello no significa que no sean verdaderas decisiones jurisdiccionales<sup>61</sup>. Como ya se indicó, por expreso mandato constitucional, mediante un acuerdo (pacto arbitral), las partes invisten transitoriamente a un tercero de la función

pública de administrar justicia. Es por esto que, al igual que ocurre con las providencias dictadas por los jueces, las resoluciones de los árbitros se caracterizan por ser definitivas y vinculantes para las partes y producir efectos de cosa juzgada<sup>62</sup>.

La equivalencia material entre las decisiones arbitrales y las providencias judiciales le permitió a la jurisprudencia constitucional admitir desde hace varios años la procedencia excepcional de la acción de tutela contra esas decisiones<sup>63</sup>. En un comienzo, cuando aquellas incurrieran en lo que la Corte denominó «vías de hecho»<sup>64</sup> y, posteriormente —tesis que se mantiene en la actualidad<sup>65</sup>—, a condición de que el asunto cumpla los requisitos generales y específicos de procedibilidad definidos en la Sentencia C-590 de 2005<sup>66</sup>.

Este Tribunal ha dicho que la procedencia excepcional de la acción de tutela en los dos supuestos se justifica en que tanto jueces como árbitros pueden vulnerar derechos fundamentales en su labor de administrar justicia<sup>67</sup>. De este modo, en ambos casos, la acción de tutela cumple la misma función: permite, por un lado, equilibrar el principio de autonomía e independencia judicial con la eficacia y prevalencia de esos derechos y, por otro, materializar el mandato contenido en el artículo 86 de la Carta<sup>68</sup>.

A pesar de las semejanzas anotadas, tal y como lo sostuvieron los jueces de tutela en el presente caso, la Corte ha sido enfática en afirmar que el estudio sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones arbitrales es más estricto que aquel que se realiza cuando la petición de amparo se invoca contra una decisión judicial.

En la Sentencia SU-174 de 2007<sup>69</sup> se explicaron ampliamente las cinco razones que fundamentan esa rigurosidad en el examen de procedibilidad en estos asuntos, a saber: i) la naturaleza excepcional de la justicia arbitral; ii) el respeto por el principio de voluntariedad o libre habilitación de los árbitros; iii) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; iv) el respeto por el margen de interpretación legal y contractual con el que cuentan los tribunales

arbitramento, que le impide al juez de tutela pronunciarse sobre el fondo del asunto, salvo que exista una vulneración directa de derechos fundamentales; y v) la procedencia restrictiva de los mecanismos judiciales para controlar las decisiones arbitrales.

En efecto, según se dijo en líneas anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 superior, la justicia arbitral es excepcional, en la medida en que desplaza la justicia estatal de forma transitoria y para la solución de un caso específico. Este desplazamiento temporal se deriva únicamente de la voluntad previa de las partes de someter la solución de sus disputas a un tercero. Ese acto de voluntad constituye el punto de partida del arbitramento y, por tanto, de él emanan la autoridad y legitimidad de los árbitros. Este elemento medular de la justicia arbitral se proyecta en la estabilidad jurídica del laudo arbitral, toda vez que implica que las partes aceptan libremente y por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento. Por esto, «se obligan a acatar la decisión que eventualmente [este] adopte mediante un laudo»<sup>70</sup>. En otras palabras, «el laudo goza de estabilidad jurídica, porque las partes mismas resolvieron que los árbitros serían el juez de su causa, y no pueden modificar su decisión habilitante luego de trabar la litis ni de conocer el contenido del laudo»<sup>71</sup>.

El principio de voluntariedad de la justicia arbitral y la estabilidad jurídica del laudo arbitral se expresan, a su vez, en dos elementos: el respeto por el margen de interpretación legal y contractual con el que cuentan los árbitros para decidir el conflicto puesto a su consideración y el carácter limitado de los medios judiciales para controlar las decisiones arbitrales. El primer elemento reconoce el margen de decisión autónoma de los árbitros e impide al juez de tutela pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento. El segundo acepta que las decisiones arbitrales no son completamente equiparables a las providencias judiciales, por lo que no están sujetas al recurso de apelación ante la justicia estatal y no pueden ser revisadas integralmente por esta. De ahí que las vías legales para atacar esas decisiones sean extraordinarias y limitadas, y que puedan ser ejercidas solo con base en causales restringidas que permiten verificar errores in procedendo<sup>72</sup>.

Este último aspecto también explica la razón por la cual la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales u otras decisiones arbitrales es verdaderamente excepcional. En efecto, si las partes decidieron dejar de lado la justicia ordinaria para dirimir sus controversias y, en su lugar, acudir a un particular, no resulta lógico admitir que después de decidido el conflicto, una de ellas, en franco desconocimiento del principio de voluntariedad, pretenda que el juez de tutela revise el fallo que fue adverso a sus intereses<sup>73</sup>. En este sentido, la intervención del juez de tutela solo tiene justificación cuando se haya configurado una violación directa de derechos fundamentales<sup>74</sup>.

Ahora bien, los cinco elementos descritos en la Sentencia SU-174 de 2007 han sido reiterados por las diferentes salas de revisión en varias oportunidades<sup>75</sup>. Al respecto, la Corte ha sostenido que su consideración es indispensable para verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. De este modo, las características particulares de la justicia arbitral constituyen un límite para el juez de tutela, las cuales, se insiste, le exigen hacer un análisis más estricto del cumplimiento de dichos requisitos en estos asuntos<sup>76</sup>.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-500 de 2015, la Sala Plena reiteró:

«La equivalencia [entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales], empero, no opera de manera directa en cuanto a la verificación de las causales de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para el caso de las providencias judiciales, toda vez 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.

La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside,

fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento».

Igualmente, en la Sentencia SU-081 de 2020, la Corte indicó:

«Las características del proceso arbitral previamente analizadas, especialmente, el principio de voluntariedad o libre habilitación, implican que la equivalencia entre los laudos arbitrales y las sentencias no conduce a una identidad de ambos tipos de decisión, por las diferencias que existen entre ellas y que llevan a que no se puedan aplicar de igual manera los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En efecto, en tratándose de la justicia arbitral dicho examen debe ser aún más estricto».

Específicamente, a partir de la Sentencia C-174 de 2007, esta Corporación ha afirmado que los mencionados elementos exigen una valoración atenta de la relevancia constitucional del caso, así como del cumplimiento del requisito de subsidiariedad<sup>77</sup>, «para determinar si la petición [...] no se orienta a plantear asuntos de fondo, legales o contractuales, que ya han sido resueltos de forma definitiva en el laudo»<sup>78</sup>. De cara a los requisitos específicos, lo anterior implica, además, «que los defectos sustantivo, orgánico, procedimental y fáctico se adecuen al tipo de proceso que se adelanta y a la lógica del principio de voluntariedad o libre habilitación»<sup>79</sup>.

En suma, la acción de tutela procede de manera excepcional contra decisiones adoptadas por tribunales de arbitramento. No obstante, el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procesabilidad es más estricto que aquel que se realiza cuando la petición de amparo se invoca contra una decisión judicial. Esto, en razón de las características especiales de la justicia arbitral. Tales características le exigen al juez constitucional tener en cuenta en su análisis los siguientes aspectos: i) la naturaleza



excepcional de la justicia arbitral, ii) el respeto por el principio de voluntariedad, iii) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, y v) la procedencia restrictiva de los mecanismos judiciales para controlar las decisiones arbitrales.

## 2.2. El requisito general de relevancia constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Para empezar, conviene precisar dos aspectos relacionados con la jurisprudencia que corresponde reiterar en el presente acápite. El primero es que la Corte no ha analizado la relevancia constitucional de las acciones de tutela contra laudos arbitrales en todas las sentencias que abordan la procedibilidad del amparo frente a estas decisiones<sup>80</sup>. Una revisión somera de tales sentencias permite advertir que lo anterior tiene dos explicaciones: la fuerte y prolongada influencia que tuvo la doctrina de las vías de hecho en la jurisprudencia y la importancia que, en la mayoría de los casos, ha tenido la verificación del cumplimiento de otros requisitos generales de procedibilidad como la subsidiariedad.

El segundo aspecto tiene que ver con la importancia de resaltar que, ciertamente, en otras sentencias, esta Corporación se ha limitado a constatar la invocación formal del derecho fundamental al debido proceso, para considerar que el caso satisface la exigencia en comento<sup>81</sup>.

Sin embargo, como pasa a demostrarse, es posible identificar en la jurisprudencia los elementos definitorios y el alcance de esta condición de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

En efecto, en la Sentencia T-244 de 2007<sup>82</sup>, la Sala Séptima de Revisión precisó que la relevancia constitucional de un asunto exige la concurrencia de tres elementos: i) que la cuestión no dé lugar a una tercera instancia<sup>83</sup>, ii) que la causa que origina la presentación

de la acción suponga, a priori, el desconocimiento de un derecho fundamental, y iii) que la tutela trascienda la «discusión de meras cuestiones legales».

En relación con el segundo elemento, la Sala aclaró que cuando la acción de tutela se fundamenta en la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso —lo cual constituye la regla general en estos casos—, la afectación debe predicarse de su faceta constitucional, y no de aquella que corresponde a su desarrollo legislativo. La mencionada faceta constitucional aboga por la protección de las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso y son las siguientes: «el derecho al juez natural; el derecho a presentar y controvertir las pruebas; el derecho de defensa —que incluye el derecho a la defensa técnica—; el derecho a la segunda instancia en el proceso penal; el principio de predeterminación de las reglas procesales o principio de legalidad; el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales y la prohibición de juicios secretos»<sup>84</sup>.

Con fundamento en lo anterior, la Sala encontró que los hechos alegados por la entidad accionante, respecto del cálculo de los perjuicios por lucro cesante a los que fue condenada con base en «un acervo probatorio exiguo y evaluado de manera poco rigurosa y arbitraria», así como de los errores en la interpretación del contrato, eran asuntos que tenían relevancia constitucional. Sobre el particular, afirmó que, de conformidad con los antecedentes del caso, estas situaciones se tradujeron «en una ruptura del equilibrio procesal entre las partes porque [la entidad] habría quedado indefens[a] frente a los excesos interpretativos y probatorios en los cuales supuestamente incurrió el tribunal de arbitraje».

El precedente fijado en la Sentencia T-244 de 2007 fue reiterado meses después en la Sentencia T-972 de 2007. No obstante, en esta ocasión, la misma Sala de Revisión sostuvo que desde la perspectiva del derecho fundamental al debido proceso constitucional, las discusiones estrictamente económicas carecen de relevancia constitucional. En consecuencia, declaró la improcedencia de la acción instaurada contra un laudo arbitral en el cual un tribunal de arbitramento condenó al accionante al pago de la cláusula penal por el

incumplimiento de un contrato comercial. De este modo, con apoyo en la Sentencia T-102 de 2006, insistió en que aunque el carácter económico de la discusión no excluye, per se, la posibilidad de que el caso comprometa la faceta constitucionalmente protegida del debido proceso, además de la magnitud económica del perjuicio sufrido, «es menester que los accionantes en sede de tutela demuestren el perjuicio iusfundamental o el compromiso de otros bienes y derechos constitucionalmente relevantes como la libertad personal o la eficaz administración de justicia».

Este criterio jurisprudencial fue aplicado por la Sala Segunda de Revisión en la Sentencia T-225 de 2010. En esta oportunidad, dicha sala precisó que el reparo contra el laudo arbitral, relativo a la supuesta falta de competencia del tribunal de arbitramento, sí satisfacía el requisito de relevancia constitucional, porque constituía una afectación del derecho al juez natural, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 superior. Empero, estimó que otros cuestionamientos relacionados con la interpretación del contrato comercial y su valoración probatoria por parte de los árbitros no cumplían esa exigencia.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-186 de 201585, la Sala Tercera de Revisión sostuvo que la presunta falta de competencia del tribunal de arbitramento es un asunto que tiene relevancia constitucional. En el mismo sentido, argumentó que la falta de análisis de este vicio, por parte del Tribunal Superior que conoció del recurso extraordinario de anulación, también cumplía el aludido requisito, por cuanto «conllevaría una vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia».

De otro lado, en la Sentencia SU-500 de 201586, para verificar el alcance del requisito general de relevancia constitucional, la Sala Plena retomó los elementos característicos de la justicia arbitral definidos en la Sentencia SU-174 de 2007. Puntualmente, consideró que i) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que impide al juez de tutela pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, y ii) la exigencia de que se constate una vulneración directa de derechos fundamentales, «le impone[n] al juez de tutela

hacer un estricto examen para determinar si la petición [...] no se orienta a plantear asuntos de fondo»<sup>87</sup>.

En este orden, la Sala recordó que, en concordancia con lo sostenido en la Sentencia T-244 de 2007, la verificación del cumplimiento del requisito de relevancia constitucional implica analizar si la acción de tutela i) es empleada como una tercera instancia judicial para reabrir el proceso, ii) se orienta a resolver aspectos que no trascienden las meras cuestiones legales o iii) tiene la pretensión de cuestionar el criterio que el fallador, dentro de su ámbito de autonomía, usó para decidir. En estos supuestos, dijo la Corte, la acción de tutela resulta improcedente por carecer de importancia iusfundamental.

Además, en razón de los hechos que sustentaban la solicitud de amparo, concluyó que la omisión del tribunal de arbitramento en decretar una prueba que, prima facie, el accionante consideraba indispensable para resolver el caso y la valoración del material probatorio que fue aportado ilegalmente son asuntos que tienen relevancia constitucional. Al respecto, destacó que, en principio, estos aspectos «no suponen una injerencia del juez de tutela en el margen de autonomía de los árbitros al resolver el fondo del litigio».

En la Sentencia SU-556 de 2016<sup>88</sup>, la Corte concluyó que la acción de tutela objeto de estudio, dirigida contra el laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación, sí tenía relevancia constitucional, en la medida en que las autoridades competentes para adoptar esas decisiones i) no estudiaron la solicitud de excepción de inconstitucionalidad presentada por el accionante, de acuerdo con las características propias de esa institución; ii) no tuvieron en cuenta que las normas que aplicaron eran inconstitucionales en el caso concreto; iii) dejaron de aplicar un sector amplio y determinante del ordenamiento jurídico, incluido el constitucional; y iv) «priv[aron] 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 [...], sin apreciar su contribución singular a la suficiencia del conjunto probatorio».

Dos años después, en la Sentencia SU-033 de 201889, el pleno de esta Corporación declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por una empresa de servicios públicos contra un laudo arbitral, por incumplimiento del requisito general de relevancia constitucional. La empresa alegaba la configuración de un defecto fáctico, por haber determinado el monto de la condena sin haber tenido en cuenta el dictamen pericial financiero, y otro sustantivo, por asimilar el pago de impuestos a eventos de fuerza mayor, contrariando lo establecido en el artículo 64 del Código Civil.

La Corte concluyó que si bien la parte actora había invocado la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, la revisión de los defectos alegados suponía «una injerencia del juez de tutela en el margen de autonomía de los árbitros en la resolución del fondo del litigio». Esto, en la medida en que «la pretensión de la parte accionante [tenía] un indiscutible contenido contractual y, por ende patrimonial», ya que, en últimas, consistía en la reducción de la condena impuesta en el laudo arbitral.

Por último, en la Sentencia SU-081 de 202090, la Sala Plena constató que la acción de tutela incoada por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento convocado por RCN TV SA sí tenía relevancia constitucional. Para fundamentar esta afirmación, resaltó, esencialmente, las siguientes razones: i) la necesidad de que la Corte fijara el alcance de la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad Andina referentes al servicio de las telecomunicaciones, a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y ii) la posible afectación del patrimonio público en virtud de la utilización gratuita de frecuencias del espectro electromagnético por parte los concesionarios. Esto último, «en un contexto en el que se debe tener en cuenta la [...] circunstancia de que se declaró infundado el recurso de anulación promovido en [...] contra [del laudo]» y el caso involucra la prestación del servicio público de televisión.

En síntesis, en concordancia con la jurisprudencia en vigor, la acción de tutela interpuesta contra un laudo arbitral satisface el requisito general de procedibilidad de relevancia constitucional cuando: i) supone, a priori, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso en su faceta constitucional; ii) no es empleada como una tercera instancia judicial para reabrir el proceso; iii) se orienta a resolver aspectos que trascienden cuestiones legales; iv) no tiene la pretensión de cuestionar el criterio de los árbitros para decidir el caso; v) pretende cuestionar la falta de aplicación de normas constitucionales; y vi) busca evitar la afectación del patrimonio público cuando se cumplen determinadas condiciones. Por el contrario, carecen de relevancia constitucional los asuntos que i) se contraen a dirimir discusiones estrictamente económicas o patrimoniales relacionadas con la condena impuesta en el laudo arbitral y ii) tienen una relación directa con la interpretación de un contrato o su valoración probatoria por parte del tribunal de arbitramento.

### 2.3. El requisito general de subsidiariedad

#### 2.3.1. Características y alcance del recurso extraordinario de anulación. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de defensa judicial, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales. En razón de esta característica, la acción de tutela es improcedente cuando las partes no han hecho uso o no han agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Esto significa que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo de defensa judicial, en la medida en que la existencia de un medio ordinario que permita la protección de los derechos fundamentales desplaza la solicitud de amparo. Igualmente, no es un mecanismo

de defensa adicional, porque las partes no pueden acudir a ella una vez agotadas las instancias judiciales ordinarias pretextando la afectación de un derecho fundamental, excepto cuando esto en realidad haya ocurrido<sup>91</sup>.

Como se anotó en el acápite 2.1. de esta sentencia, en el caso de las acciones de tutela contra laudos arbitrales, es preciso tener en cuenta que, en virtud de la renuncia que hacen las partes a la aplicación de la justicia estatal, los medios de control de esas decisiones tienen un alcance limitado o restringido. Por esto, no están diseñados para revisar íntegramente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia. Esto significa que, a través de aquellos, solo se pueden invocar aspectos formales o de orden procesal.

El recurso extraordinario de anulación se encuentra regulado en los artículos 40 y siguientes de la Ley 1563 de 2012. En la Sentencia SU-081 de 2020<sup>92</sup>, la Sala Plena explicó que este recurso tiene las siguientes características: i) es excepcional, por cuanto no constituye una instancia adicional, lo que implica que el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal de arbitramento<sup>93</sup>; ii) es extraordinario, toda vez que la justicia arbitral es de única instancia y el recurso solo puede ser interpuesto contra laudos debidamente ejecutoriados y que han hecho tránsito a cosa juzgada; iii) es restrictivo, pues para su sustentación solo se pueden invocar las causales que la ley prevé para el efecto, las cuales excluyen la posibilidad de alegar motivos de invalidez distintos a ellas, subsumir como parte de un vicio cuestiones de fondo o solicitar una revisión in integrum de lo decidido; iv) es formal, ya que busca la corrección de errores procesales (in procedendo) que comprometan la validez de las actuaciones, más no de errores sustanciales (in iudicando), con lo cual se respeta la decisión de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral; y v) se sujeta al principio dispositivo, en la medida en que es el recurrente quien, con base en las causales legales, delimita el objetivo del recurso, por lo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir el alcance de

la causal alegada o inferir la invocación de causales distintas.

En esa misma oportunidad, respecto de la causal de anulación relativa a «[h]aberse fallado [el laudo arbitral] en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho», la Corte explicó que «un fallo es en derecho cuando el juez se apoya en [...] [las] normas sustanciales y en principios que integran el ordenamiento jurídico para adoptar una decisión», así como en las pruebas aportadas al proceso. Por el contrario, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, un fallo es en conciencia cuando «no se lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con lo que la convicción personal y el sentido común indican debe ser la solución recta y justa de la controversia»<sup>94</sup>. Así, en esta especie de fallos, «el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada»<sup>95</sup>.

En consecuencia, dijo la Sala, esta causal se configura cuando se cumplen dos condiciones: i) que el tribunal de arbitramento desconozca el deber de fallar en derecho, cuando tal obligación sea exigible, bien sea porque así lo acordaron las partes, porque en el litigio interviene una autoridad pública<sup>96</sup> o porque nada se indicó sobre el tipo de arbitramento en el pacto arbitral<sup>97</sup>; y ii) que en el laudo se advierta de manera ostensible, clara y manifiesta que la decisión se tomó en conciencia.

Adicionalmente, la Corte precisó que la primera condición supone que el laudo incurrió en un déficit normativo o probatorio. El déficit normativo «se produce porque la decisión se adopta con exclusión de las normas del derecho positivo, ya sea porque el fallo carece de razonamientos jurídicos<sup>98</sup>, porque se soporta exclusivamente en preceptos derogados<sup>99</sup>, o porque apela a la mera invocación de una norma que carece de total incidencia respecto de las consideraciones de la providencia<sup>100</sup>». Por su parte, el déficit probatorio «ocurre cuando se decide con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso»<sup>101</sup>.



Con fundamento en lo anterior, esta Corporación encontró que la justificación del defecto sustantivo alegado por la accionante respecto del laudo arbitral era exactamente igual a aquella en la que se había soportado el recurso de anulación, en relación con la supuesta aprobación de un fallo en conciencia, y no en derecho<sup>102</sup>. Por tanto, determinó que el defecto no estaba llamado a prosperar, toda vez que «el recurso de amparo no opera como un medio alternativo o adicional de defensa judicial».

De otro lado, en la Sentencia SU-173 de 2015, la Sala Plena resaltó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando un fallo arbitral se dicta en conciencia o equidad, el tribunal sí puede hacer referencia al ordenamiento jurídico. No obstante, en estos casos, ciertamente el derecho positivo no constituye el centro o el fundamento de la decisión<sup>103</sup>. De este modo, el tribunal puede «conciliar pretensiones opuestas y decidir sobre extremos no suficientemente probados, pero justificados desde la perspectiva del sentido común».

En consecuencia, «[t]anto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse»<sup>104</sup>. No obstante, «mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez»<sup>105</sup>. Por tanto, «solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia»<sup>106</sup>. Así, para alegar la mencionada causal, el laudo debe ser el resultado del «juicio que identifica a un hombre recto y justo, a su íntima convicción de lo justo y equitativo respecto de las diferencias planteadas por las partes del contrato, con lo cual se substituyó la voluntad negocial de los contratantes»<sup>107</sup>.

En la misma oportunidad, la Corte resaltó que también constituye un fallo en conciencia aquel en el cual el árbitro desconoce las pruebas del proceso para «consultar su propia verdad, de manera que sus conclusiones no tienen origen en el caudal probatorio»<sup>108</sup>.

Con base en estas consideraciones, en el caso concreto, la Sala concluyó que el Consejo de Estado había excedido su competencia para analizar la causal en comento, pues al conocer del recurso de anulación actuó, en realidad, como juez de segunda instancia. De este modo, concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados, por cuanto «la actividad llevada a cabo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, acorde con las evidencias previamente señaladas, no se corresponde con un juicio orientado a establecer errores in procedendo, sino, se aviene más con una tacha a la valoración que de la normatividad del contrato y, de las pruebas, hizo el tribunal de arbitramento».

Sobre esta misma causal de anulación, en la Sentencia SU-556 de 2016, para resolver el asunto de fondo, la Sala Plena precisó que «sostener que un laudo no es en derecho porque el tribunal [de arbitramento] aplicó el derecho vigente sin sanear de oficio aparentes problemas de inconstitucionalidad» no es un reproche que se pueda tramitar mediante esa causal. En este sentido, la Sala encontró que el Consejo de Estado no había incurrido en un defecto sustantivo al descartar la configuración de un fallo en conciencia, pues no era su obligación verificar si en el caso concreto las normas aplicables eran inconstitucionales y, por tanto, si el tribunal de arbitramento debió aplicar o no una excepción de inconstitucionalidad.

En conclusión, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de defensa judicial y, por tanto, no opera como un instrumento alternativo o adicional a las acciones ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico. En el caso de las acciones de tutela contra laudos arbitrales, en virtud del principio de voluntariedad, el recurso extraordinario de anulación tiene un alcance limitado, pues mediante él solo se pueden invocar errores in procedendo, y no errores in iudicando. Al respecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de

Estado, esta Corporación ha advertido que la causal séptima de dicho recurso, relativa a «[h]aberse fallado [el laudo arbitral] en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho», se configura cuando el laudo no se fundamenta en el ordenamiento jurídico vigente o en las pruebas aportadas al proceso, sino en la convicción personal y el sentido común del tribunal. Esto no significa que la decisión no haya aludido al derecho. Más bien exige que este no haya sido el centro de la decisión.

### 2.3.2. Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales cuando no se ha agotado el recurso extraordinario de anulación. Reiteración de jurisprudencia

En relación con el agotamiento del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales y el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en la jurisprudencia es posible distinguir tres tipos de casos. En el primero se encuentran aquellos en los que la acción de tutela y el recurso de anulación fueron presentados de manera simultánea o cercana en el tiempo. Esto implicó que al momento de dictar sentencia por la Corte, el recurso se encontrara en trámite o ya hubiese sido resuelto por el juez competente<sup>109</sup>. El segundo tipo de casos comprende las sentencias en las que el recurso de anulación fue presentado y decidido con anterioridad a la interposición de la acción de tutela, por lo que la petición de amparo se dirigió contra el laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso<sup>110</sup>. Finalmente, se encuentran los procesos en los que el recurso no fue incoado y se acudió directamente a la acción de tutela<sup>111</sup>.

En el primer supuesto, desde su jurisprudencia más temprana, la Corte ha considerado que la acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad<sup>112</sup>. Al respecto, ha sostenido que la acción de tutela es una institución de naturaleza residual que no le otorga al presunto afectado el derecho de acceder a ella y a otros recursos legales de manera simultánea y concurrente. En estos casos, la Corporación ha llamado la atención sobre la imposibilidad de que el juez constitucional invada la competencia de los jueces ordinarios para decidir de forma paralela la misma pretensión: la nulidad total o parcial del

laudo arbitral.

En el segundo grupo de sentencias, esta Corporación ha encontrado satisfecho el requisito de subsidiariedad, en razón del agotamiento del recurso extraordinario de anulación. De este grupo forma parte el número más voluminoso de sentencias, por lo que sigue siendo la regla general hasta la fecha. No obstante, en estos casos, y solo cuando ello ha sido argumentado por la contraparte en el proceso de tutela para alegar el incumplimiento de dicho requisito, la Corte ha señalado que el recurso extraordinario de revisión no siempre es idóneo y eficaz para proteger oportunamente los derechos fundamentales de la parte accionante. No se debe olvidar que este recurso procede contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de revisión. En consecuencia, luego de comprobar que los defectos alegados contra la sentencia no pueden subsumirse en las causales del recurso extraordinario de revisión o que su agotamiento constituye una carga desproporcionada para el accionante, ha estimado que la acción de tutela sí satisface el requisito de subsidiariedad<sup>113</sup>.

En el último grupo de casos solo se encuentran las Sentencias T-1228 de 2003, T-920 de 2004 y T-972 de 2007. En la primera, la Corte consideró que la acción de tutela interpuesta contra el laudo arbitral era improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, en razón de la falta de agotamiento del recurso extraordinario de anulación. En las dos restantes, estimó que los defectos alegados no podían subsumirse en las causales de dicho recurso. No obstante, en ambas negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

En efecto, en la Sentencia T-1228 de 2003<sup>114</sup>, la Sala Séptima de Revisión se pronunció sobre la procedibilidad de la tutela instaurada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra el tribunal de arbitramento que lo condenó al pago de \$7.500.000.000 a favor del Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema). Aunque el Ministerio presentó recurso extraordinario de revisión contra esta decisión, el Consejo de Estado lo rechazó por improcedente, al constatar que contra los laudos arbitrales solo procede el recurso

extraordinario de anulación, el cual no había sido incoado por la demandante.

En el planteamiento del problema jurídico objeto de decisión, la Sala consideró necesario «detenerse en [verificar] la procedencia de la acción de tutela para restablecer los intereses públicos comprometidos en una decisión arbitral, cuando quien fue designado por la entidad para impetrar su defensa asume una posición que a la postre la representada considera deficiente o equivocada». Esto, al comprobar que el Ministerio y la Procuraduría General de la Nación afirmaron en el trámite de tutela que el abogado de la entidad debió objetar el dictamen técnico sobre el que se basó el laudo arbitral y presentar el recurso extraordinario de anulación contra esta decisión. Además, solicitaron a la Corte su intervención para que anulara la condena impuesta y evitara así un perjuicio patrimonial a la Nación.

Luego de analizar la actuación adelantada por el Ministerio a través de su apoderado judicial, la Corte confirmó las decisiones de instancia que declararon la improcedencia del amparo invocado. Al respecto, sostuvo que «la acción es improcedente porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de la Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes». Específicamente, constató que, sin justificación alguna, el apoderado i) no objetó el dictamen pericial que permitió la condena, ii) no interpuso los recursos ordinarios previstos durante el trámite arbitral y iii) no instauró el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral.

De este modo, la Sala concluyó: «las decisiones de instancia deberán confirmarse, toda vez que a los jueces no les compete inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes, así estas representen intereses públicos, sino actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar la indefensión de los contendientes, sin valorar las actuaciones concretas de uno u otro».

Por su parte, en la Sentencia T-920 de 2004<sup>115</sup>, la Sala Sexta de Revisión analizó la acción de tutela incoada contra un laudo arbitral que resolvió una disputa sobre un contrato estatal gobernado por el derecho privado. El accionante invocó la configuración de un defecto sustantivo por la interpretación inadecuada del contrato y del acta de liquidación del mismo. Igualmente, alegó la estructuración de un defecto fáctico, en la medida en que, en su opinión, el tribunal no valoró las pruebas que demostraban el incumplimiento del contrato, particularmente un dictamen pericial.

Mientras el juez de tutela de primera instancia estimó que la acción incoada era improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, el de segunda precisó que los defectos manifestados no encajaban en las causales restringidas del recurso extraordinario de anulación. En consecuencia, analizó el fondo del asunto y concedió el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En esta sentencia, la Corte afirmó por primera vez que si bien existen en el ordenamiento jurídico mecanismos para cuestionar las decisiones de los tribunales de arbitramento, la naturaleza taxativa de las causales de los recursos de anulación y revisión implica que no todas las posibles objeciones contra un laudo arbitral encuadren en esos recursos<sup>116</sup>. En este evento, advirtió, «procederá la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente».

La Sala constató que los defectos endilgados contra el laudo arbitral no podían subsumirse en las causales de los recursos extraordinarios de anulación y revisión, en aquella época contenidos en los artículos 163 del Decreto 1818 de 1998 y 380 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. En consecuencia, estimó que el actor no tenía el deber de agotar ninguno de los dos recursos, antes de acudir a la acción de tutela.

A pesar de lo anterior, la Corte revocó la sentencia de tutela de segunda instancia y negó el

amparo de los derechos fundamentales invocados, por considerar que «(i) la interpretación de las cláusulas del contrato realizada por el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral [...] es razonable y, en esa medida no constituye grave error sustantivo; y (ii) si bien se presentó un error de carácter procedimental al haber considerado que la objeción por error grave en el dictamen pericial estaba llamada a prosperar, tal error no es constitutivo de una vía de hecho, puesto que así se hubiera considerado el peritazgo como prueba no hubiera cambiado el sentido del laudo».

Finalmente, en la Sentencia T-972 de 2007, la misma Sala de Revisión que dictó la sentencia T-1228 de 2003 conoció de la acción de tutela interpuesta por un banco contra el laudo arbitral que dirimió las controversias contractuales con un particular por la prestación de servicios profesionales. En opinión del banco, el laudo arbitral incurrió en un defecto fáctico por la indebida valoración del contrato; y en un defecto sustantivo por el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor el contrato es ley para las partes, y 1601 ejusdem, que habilita la reducción de la cláusula penal en determinados casos.

Durante el trámite de la acción, la parte accionada alertó sobre la improcedencia de la solicitud de amparo por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, dado que el banco no instauró el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral. Esta tesis fue admitida como válida por los jueces de tutela.

La Corte negó el amparo invocado. Para el efecto, en primer lugar, reiteró lo sostenido en la Sentencia T-244 de 2007, en la cual se indicó que «el recurso de anulación es un medio de defensa judicial idóneo para subsanar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido lugar con ocasión del laudo arbitral, razón por la cual la acción de tutela solo puede impetrarse una vez haya sido fallado el primero por el órgano judicial competente».

No obstante, posteriormente, la Sala aseguró:

«[...] tal conclusión no puede entenderse como una regla absoluta, pues en ciertos casos cuando el recurso de anulación es manifiestamente ineficaz para subsanar los defectos alegados por el peticionario en sede de tutela, es desproporcionado e irrazonable requerir su agotamiento previo para acudir al mecanismo judicial, pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas, especialmente por el carácter extraordinario del recurso de revisión [sic] que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley<sup>117</sup>. Una exigencia en tal sentido sería abiertamente contraria a los principios que rigen la administración de justicia señalados por el artículo 228 constitucional.

Lo anterior no significa que se exima a los demandantes de cumplir con el agotamiento de los medios judiciales a su disposición para atacar los laudos, especialmente el recurso extraordinario de anulación, antes de acudir a la acción de tutela, por el contrario se insiste en que esta carga sigue siendo la regla general para que proceda la garantía constitucional contra un laudo arbitral, sin embargo, en ciertos casos, cuando los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, por no encajar estos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional.

Corresponderá entonces al juez de tutela, en cada caso concreto, determinar si el demandante debía agotar previamente los medios judiciales a su disposición para controvertir el laudo arbitral de conformidad con lo antes señalado» (negrilla fuera del texto).

Con fundamento en esta regla, en el caso concreto, la Sala verificó si los defectos alegados



por el accionante no encajaban en las causales del recurso extraordinario de anulación, entonces contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Comprobó que «los defectos alegados en sede de tutela no corresponden a ninguna de las causales legalmente previstas». En consecuencia, dijo, «le asiste razón al peticionario cuando afirma que en el caso concreto el recurso extraordinario de anulación no era un medio idóneo para subsanar la afectación de sus derechos fundamentales por no permitir el análisis de los defectos sustantivos y fácticos alegados».

Sin embargo, encontró que los defectos endilgados no estaban llamados a prosperar, en la medida en que, en virtud del principio de voluntariedad de la justicia arbitral, los árbitros cuentan con un amplio margen de interpretación del contrato. Al respecto, la Sala observó que tales defectos «más bien se refieren a divergencias interpretativas en torno a las cláusulas contractuales y disposiciones legales aplicables para resolver el conflicto entre el banco y el [particular]». Por último, precisó que «la discusión sobre el monto de la cláusula penal es de carácter estrictamente económico y esta Sala de revisión considera que no tiene relevancia desde la perspectiva del debido proceso constitucional».

En resumen, la mayoría de las acciones de tutela contra laudos arbitrales de las cuales ha conocido esta Corporación en sede de revisión hasta la fecha han sido interpuestas una vez se ha agotado el recurso extraordinario de anulación. La Corte solo ha considerado tres casos en los que se acudió directamente a la acción de tutela, lo que demuestra la excepcionalidad de esta situación. En dos de ellos, la salas de revisión sostuvieron que la acción de tutela era procedente, a pesar de que no se había presentado ese recurso, en virtud de la imposibilidad de subsumir los defectos alegados en las causales que dan lugar al mismo.

Lo anterior significa que, en la actualidad, la regla general continúa siendo que la acción de tutela «solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental»<sup>118</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia

en vigor, esta regla solo tiene dos excepciones. La primera, cuando la irregularidad o el defecto alegado no coincida o no pueda ser subsumido en las causales previstas en la ley para acudir a los recursos de anulación o revisión. En este supuesto, «no puede exigirse el agotamiento previo de un recurso que resulta ineficaz, lo que torna procedente recurrir a la acción de tutela»<sup>119</sup>. Y, la segunda, expresamente señalada en el artículo 86 superior, cuando la acción de tutela sea empleada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se resuelve el caso en la vía ordinaria.

#### 2.4. El requisito general de inmediatez. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la presunta vulneración de los derechos fundamentales<sup>120</sup>. Esto es así, porque el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección urgente, inmediata y actual de esos derechos. En consecuencia, el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa»<sup>121</sup>. En estos supuestos, es claro que «no sería razonable brindar [...] la protección que caracteriza a la acción de tutela»<sup>122</sup>.

En la Sentencia C-590 de 2005, la Corte incorporó esta exigencia a los denominados requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Lo anterior, por considerar que si se permite que la solicitud de amparo «proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica». En palabras de la Sala Plena, admitir la tesis contraria implicaría que «sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos».

En este sentido, la Corte ha advertido que ni la Constitución ni la ley prevén un término de caducidad de la acción de tutela o un plazo objetivo para su presentación. No obstante, para determinar si el término para la presentación del recurso de amparo es razonable y proporcionado, el juez de tutela debe tener en cuenta los siguientes parámetros: «i) se pretende una protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados; ii) en caso de otorgar el amparo no se produce una lesión desproporcionada a derechos de terceros, iii) ni se afecta irrazonablemente la seguridad jurídica; y iv) la conducta del accionante no es negligente»<sup>123</sup>.

Así mismo, en relación con el último parámetro anotado, para establecer la razonabilidad del término de interposición de la acción, el juez debe verificar si existen razones válidas para la inactividad del actor, como la fuerza mayor, el caso fortuito, una situación de debilidad manifiesta o la imposibilidad material de promover la tutela en un término inferior<sup>124</sup>. Adicionalmente, el juez debe establecer si la violación de los derechos fundamentales se prolonga en el tiempo. Esta circunstancia, ha dicho la Corte, hace necesario un examen más flexible del requisito de inmediatez, tal y como ocurre cuando la acción de tutela se dirige a obtener el pago de prestaciones periódicas<sup>125</sup>.

Ahora bien, en lo que concierne a la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, resulta necesario destacar que, en la mayoría de las sentencias que se han ocupado de esta cuestión, la Corte no ha comprobado si la tutela satisface el requisito de inmediatez<sup>126</sup>. Esto se explica, respecto de unos procesos, en que su incumplimiento no fue alegado por la parte accionada ni mencionado por los jueces de tutela; y, en otros, en la verificación previa del incumplimiento de otros requisitos, como el de subsidiariedad, que permitieron, de entrada, descartar la procedencia del amparo.

De hecho, en una sola oportunidad, la Corte ha declarado la improcedencia de la acción de tutela dirigida contra un laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación, por el incumplimiento del requisito de inmediatez. Se trata de la Sentencia T-443

de 2008, en la cual la Sala Quinta de Revisión constató que la acción de tutela «fue interpuesta más de dos años después de haberse proferido la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación y cuatro años más tarde de haberse proferido el laudo arbitral»<sup>127</sup>. Al respecto, indicó:

«Ese retraso en la interposición de la tutela frente a una posible violación determinante de su derecho al debido proceso, no fue justificado en forma alguna por el actor y es un tránsito significativo de tiempo que desvirtúa la exigencia de una protección constitucional inminente y actual al derecho constitucional presuntamente vulnerado con las actuaciones arbitrales y judiciales que ataca».

Finalmente, se debe resaltar que en las sentencias analizadas por la Sala en la presente ocasión, el término de presentación de la acción de tutela contra la decisión arbitral o la sentencia judicial que resuelve el recurso de anulación ha oscilado entre uno y diez meses<sup>128</sup>. De manera general, este lapso ha sido admitido por esta Corporación y sus salas de revisión como razonable y proporcionado<sup>129</sup>. Esta observación no significa que la presentación de la acción en un tiempo mayor pueda ser estimado, per se, como irrazonable o desproporcionado. Lo anterior, solo pone en evidencia la necesidad de que el juez de tutela analice las circunstancias de cada caso para llegar a esa u otra conclusión<sup>130</sup>.

## 2.5. Caso concreto: la acción de tutela no satisface los requisitos de relevancia constitucional y subsidiariedad

En la sección 2.1. de esta providencia, la Sala constató que de conformidad con la jurisprudencia en vigor, el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales debe ser más estricto que aquel que se realiza cuando la petición de amparo se invoca contra una decisión judicial. De acuerdo con esta consideración general, a continuación la Corte procede a

demostrar que la presente acción de tutela no cumple los requisitos generales de relevancia constitucional y subsidiariedad.

#### 2.5.1. Incumplimiento del requisito general de relevancia constitucional

Con fundamento en la jurisprudencia reseñada en el acápite 2.2. de la presente sentencia, la Sala concluye que la acción de tutela interpuesta por Reficar SAS contra el laudo arbitral aprobado el 31 de octubre de 2019 no satisface el requisito general de relevancia constitucional, por las siguientes razones:

En primer lugar, en concordancia con las pretensiones incoadas, la solicitud de amparo no supone, a priori, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de Reficar SAS en su faceta constitucional. En efecto, la acción de tutela plantea una controversia estrictamente económica, consistente en la inconformidad de esa entidad con el laudo arbitral que la condenó al pago de intereses por mora, como resultado del incumplimiento del Contrato celebrado con el Consorcio y, específicamente, por no concurrir oportunamente a su liquidación.

A juicio de Reficar SAS, dicha condena se basó i) en la valoración «manifiestamente irracional de la prueba que contenía una condición suspensiva de una obligación de pago a [su] cargo» —cláusulas cuarta y sexta del Contrato—; y ii) en la aplicación «manifiestamente irracional de las normas contentivas del régimen legal de la mora». A partir de estos dos argumentos centrales, Reficar SAS alegó que el laudo arbitral incurrió en un defecto fáctico y en un defecto sustantivo, por lo que vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, como se indicó en los fundamentos jurídicos de esta decisión, el carácter económico de la discusión no excluye la posibilidad de que un caso comprometa la faceta constitucionalmente protegida del debido proceso. Sin embargo, en el asunto de la referencia, el debate esencial no gira entorno a la vulneración iusfundamental o el compromiso de bienes y derechos constitucionalmente relevantes, sino únicamente al perjuicio económico sufrido por Reficar SAS en razón del laudo que la condenó al pago de intereses por mora en las condiciones ya señaladas.

En segundo lugar, los presuntos defectos en que incurrió el laudo arbitral se orientan i) a resolver aspectos que no trascienden las meras cuestiones legales y ii) a cuestionar el criterio que el Tribunal, dentro de su ámbito de autonomía, usó para decidir.

En relación con el defecto fáctico, Reficar SAS advirtió que el Tribunal tuvo por probados dos hechos que, en realidad, el Contrato no probaba: «(i) la existencia de un capital líquido de dinero resultante del balance final del Contrato y (ii) la existencia de un plazo vencido para pagar ese capital pendiente de liquidación»<sup>131</sup>. Así, «el Tribunal cometió un grave error de apreciación probatoria al darle la connotación jurídica de plazo a una estipulación que en realidad contenía una condición suspensiva del punto inicial de cómputo de un plazo»<sup>132</sup>.

Para explicar este defecto, la entidad manifestó que el Tribunal confundió la obligación de concurrir a la liquidación del Contrato, «sujeta tanto a plazo suspensivo como resolutorio»<sup>133</sup>, con la obligación de hacer un último pago por el 10% del contrato, «sujeta a condición suspensiva»<sup>134</sup>. En pocas palabras, en opinión del Reficar SAS, «lo que hizo fue confundir e igualar la obligación de concurrir a la liquidación —contenida en la cláusula cuarta—, con la obligación de pago —contenida en la cláusula sexta—»<sup>135</sup>.

En cuanto a la presunta configuración del defecto sustantivo, según Reficar SAS, el Tribunal cambió el régimen de la mora en el pago de las obligaciones dinerarias. Esto, porque aplicó

de manera abiertamente irracional varias normas del Código Civil que regulan las obligaciones sometidas a plazo o condición y los supuestos en los que procede la condena al pago de intereses por mora. Esta aplicación del ordenamiento jurídico vigente supuso, en su sentir, que el Tribunal confundió el incumplimiento de la obligación con la mora en el pago de la misma.

Para la Sala es claro que la supuesta confusión del Tribunal —por un lado, entre las obligaciones contractuales sometidas a plazo suspensivo y resolutorio y a condiciones suspensivas, y, por el otro, entre el incumplimiento de una obligación y la mora en su pago— es un asunto que no tiene naturaleza constitucional. En realidad, se trata de una controversia legal, pues no se contrae a determinar si con ella se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Reficar SAS. Más allá de esto, es evidente que la solución de esa disputa exige establecer si el Contrato contenía tales obligaciones, si estas contenían un plazo suspensivo, resolutorio o una condición y cuál era el alcance legal de cada una de ellas.

En este sentido, efectuar el análisis propuesto por el accionante implicaría cuestionar el criterio de los árbitros para interpretar no solo el Contrato como medio de prueba, sino las obligaciones que él contenía, así como las normas que, en su criterio, eran aplicables al caso concreto. Lo anterior, sin duda, supondría una injerencia indebida del juez de tutela en el margen de autonomía del Tribunal y, por tanto, un desconocimiento del principio de voluntariedad y de la estabilidad jurídica del laudo arbitral aprobado.

En tercer lugar, la Sala constata que, en el presente caso, la acción de tutela es empleada como una instancia judicial adicional para reabrir el proceso arbitral. En el laudo se lee que, en la demanda reformada, el Consorcio pidió que se declarara que Reficar SAS incumplió las cláusulas cuarta y sexta del Contrato, al no haber concurrido oportunamente a su liquidación y, por tanto, no haber realizado el pago final, equivalente 10% del valor del mismo. En consecuencia, en la pretensión decimoquinta, el Consorcio solicitó que se condenara a Reficar SAS «a pagar intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, liquidados sobre

las sumas de dinero que sean objeto de condena, desde la fecha en que se ha debido liquidar el contrato y hasta cuando se verifique su pago» (negrilla fuera del texto)<sup>136</sup>.

En el laudo también se advierte que Reficar SAS formuló demanda de reconvención contra el Consorcio. Además de plantear la pretensión general de liquidación del Contrato, también se opuso a que el Tribunal declarara que había incumplido el Contrato por este motivo. Al respecto, alegó que, por el contrario, «sí concurrió en diferentes oportunidades a la liquidación, pero que no había sido posible tramitarla porque existían diferencias entre las partes en relación con los balances finales del Contrato a causa de los graves incumplimientos del Consorcio»<sup>137</sup>.

Para resolver la controversia en relación con la liquidación del Contrato, en el laudo cuestionado el Tribunal analizó el alcance de las cláusulas cuarta y sexta del Contrato, así como las pruebas aportadas por ambas partes al proceso. Con base en lo anterior, concluyó que «Reficar sí vulneró sus deberes y obligaciones relacionadas con la liquidación del Contrato, y que además el Contrato ha debido liquidarse el 22 de julio de 2016»<sup>138</sup>. Por tanto, el Tribunal procedió a liquidar el Contrato, con fundamento en el dictamen pericial que aportó la parte convocante y que no fue objetado por Reficar SAS. Sobre el particular, el Tribunal resaltó que la cifra que arrojó el dictamen pericial coincidía con la contenida en el borrador del Acta de liquidación, previamente elaborada por Reficar SAS.

Para concluir su estudio, el Tribunal justificó la necesidad de condenar al pago de intereses moratorios por la extemporaneidad en la liquidación del Contrato, desde el 22 de agosto de 2016 hasta la fecha de aprobación del laudo, en la concurrencia de «los elementos que determinan la causación de este tipo de intereses sufridos por el acreedor con la mora en el pago, y [en que] así lo solicitó la parte convocante en su pretensión decimoquinta»<sup>139</sup>.



La Sala observa que, aunque en la pretensión decimoquinta de la demanda reformada, el Consorcio solicitó el pago de esos intereses, ni en el escrito de tutela ni en el laudo arbitral se precisa que Reficar SAS hubiese manifestado su oposición a dicha pretensión y que, a pesar de ello, el Tribunal hubiera persistido en darle la razón a la parte convocante.

En este sentido, la Sala considera que la presente acción de tutela pretende reabrir una oportunidad procesal para que Reficar SAS conteste una pretensión frente a la cual guardó silencio en el trámite arbitral. Al respecto, se debe recordar que la acción de tutela no puede ser empleada por quienes acuden a ella como una segunda o tercera instancia judicial, «para corregir sus desatinos o para revivir términos ya fenecidos como resultado de su incuria procesal»<sup>140</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia que reitera la Sala en esta ocasión, una solicitud de amparo que tenga ese propósito carece de toda relevancia constitucional.

Finalmente, la Corte no pasa por alto que tanto Reficar SAS como la ANDJE manifestaron que la tutela instaurada sí cumple el requisito de relevancia constitucional, por dos razones. La primera, porque el laudo sienta un precedente peligroso para las entidades públicas; específicamente, en relación con la procedencia de la condena al pago de intereses de mora, cuando no existe acuerdo entre las partes de un contrato estatal, gobernado por el derecho privado, respecto de la liquidación del contrato. Y, la segunda, por la afectación que esa decisión causó sobre el patrimonio público. De acuerdo con lo manifestado por la ANDJE, el cuidado de este exige que los pagos contractuales que se realicen a terceros estén soportados en los principios que gobiernan la función administrativa y las normas que regulan la gestión fiscal, exigencias que no se cumplían en el presente caso al momento de la liquidación del Contrato.

La Sala observa que, en el fondo, mediante la exposición de los dos aspectos indicados, se busca debatir un asunto que ya fue juzgado por el Tribunal y frente al cual las partes tuvieron la oportunidad, en esa instancia, de presentar sus argumentos y alegaciones. Desde esta perspectiva, este es un motivo más para concluir que la acción de tutela es empleada como

una nueva instancia judicial para reabrir el proceso arbitral.

Como ya se precisó, el Tribunal se pronunció ampliamente sobre la responsabilidad contractual de Reficar SAS por no concurrir oportunamente a la liquidación del Contrato. En el laudo se encontró demostrado que esa entidad no tenía un interés genuino en liquidar el Contrato. El Tribunal comprobó que el mismo día en que Reficar SAS citó al Consorcio para llevar a cabo esa actuación, le notificó la imposición de una multa de apremio por un presunto incumplimiento contractual, que equivalía exactamente al valor que se encontraba pendiente de pago por parte de la entidad. También encontró que días después, a pesar de que el Consorcio ya había enviado a Reficar SAS todos los documentos y soportes que se necesitaban para la liquidación del Contrato, Reficar SAS requirió injustificadamente al Consorcio en varias ocasiones para que le remitiera documentos ya entregados. Por último, advirtió que a pesar de la intención del Consorcio de liquidar el Contrato de común acuerdo, Reficar SAS le había notificado, el día en que nuevamente se reunieron para el efecto, su voluntad de reactivar la cláusula compromisoria pactada en el Contrato, con el fin de que un tribunal de arbitramento liquidara el Contrato.

Con fundamento en estas situaciones, el Tribunal afirmó que «la imposición de la multa por parte de Reficar al Consorcio en un momento tan cercano a la liquidación del Contrato y por una cuantía que coincidía exactamente con el saldo pendiente de pago en la liquidación que se planeaba hacer entonces, dificultó de manera grave y evidente que las partes pudieran liquidar el Contrato de mutuo acuerdo»<sup>141</sup>. Más aún, el Tribunal estimó que la imposición de una multa de apremio por parte de Reficar SAS no tenía fundamento alguno, por cuanto para ese momento ya había finalizado el Contrato y el Consorcio no había incumplido las obligaciones endilgadas por Reficar SAS con ese propósito.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que si se aceptara que el laudo sienta un precedente sobre la procedencia de la condena al pago de intereses de mora cuando no existe acuerdo sobre la liquidación de un contrato, este solo podría aplicarse cuando se

reúnan las mismas condiciones que llevaron al Tribunal a imponer esa condena a Reficar SAS. Es decir, cuando se evidencie, en primer lugar, que cualquiera de las partes —no solo la entidad pública— demostró una conducta omisiva y poco diligente para concurrir de buena fe a esa liquidación.

Es por esto que Reficar SAS y la ANDJE se equivocan al señalar no solo cuál es el precedente que sienta el laudo —si es que en realidad sienta alguno—, sino especialmente en qué supuestos es procedente su aplicación. Esto, pues, según se explicó líneas arriba, la condena al pago de intereses de mora solo fue el resultado de los perjuicios causados al Consorcio por la tardanza injustificada por parte de Reficar SAS en la liquidación del Contrato y en virtud de la pretensión incoada por el Consorcio. Pretensión frente a la cual, al parecer, se reitera, la accionante no se opuso en la oportunidad procesal correspondiente.

Por estas mismas razones, la Sala estima que no es menester dar aplicación al precedente fijado en la Sentencia SU-081 de 2020. En páginas anteriores, se indicó que la Sala Plena constató que la acción de tutela incoada por la ANTV contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento convocado por RCN TV SA sí tenía relevancia constitucional, en virtud de la posible lesión al patrimonio público que causaba la decisión. Tal consideración se soportó en dos circunstancias: i) el laudo podía afectar la prestación de un servicio público y ii) la accionante había agotado sin éxito todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

Ciertamente, en el asunto de la referencia no se presenta ninguna de esas dos circunstancias: de los argumentos desarrollados por Reficar SAS y la ANDJE en el trámite de la acción no se infiere que el laudo arbitral haya afectado la prestación de un servicio público y la accionante no agotó los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que tuvo a su alcance. Esta última observación será desarrollada en el acápite siguiente.

De otro lado, aunque se admitieran como válidos los argumentos expuestos por Reficar SAS y la ANDJE en relación con la posible afectación del patrimonio público, lo cierto es que era a la entidad accionada a quien, en primer lugar, le correspondía procurar la protección de sus recursos. No obstante, la conducta omisiva de Reficar SAS para concurrir a la liquidación del Contrato —según lo anotó el tribunal de arbitramento— y su silencio frente a la pretensión formulada por la convocante —la misma que dio lugar a la condena que ahora se cuestiona— fueron las causas que, en realidad, originaron la afectación del patrimonio público que se intenta rectificar vía tutela.

A lo anterior se suma el hecho de que, como se verá, la entidad no presentó el recurso extraordinario de anulación. Esto resulta especialmente grave para la salvaguardia del patrimonio público, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012<sup>142</sup>, la interposición y el trámite de dicho recurso suspende el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, si así lo solicita la entidad pública condenada.

Al respecto, se debe tener en cuenta que, en todo caso, de acuerdo con lo manifestado por Reficar SAS y los árbitros Néstor Osuna Patiño y Jorge Gabriel Taboada, esa entidad ya realizó el pago de la condena impuesta en el laudo arbitral. De ahí que la Sala considere que, por esta razón adicional, la alegación relativa a la posible afectación del patrimonio público sea extemporánea.

De este modo, se concluye que la acción de tutela interpuesta por Reficar SAS contra el laudo arbitral aprobado el 31 de octubre de 2019 no satisface el requisito general de relevancia constitucional, porque i) no supone, a priori, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de Reficar SAS en su faceta constitucional, en la medida en que aquella plantea una controversia estrictamente económica; ii) los presuntos defectos en que incurrió el laudo arbitral se orientan a resolver aspectos que no trascienden las meras cuestiones legales y a cuestionar el criterio que el Tribunal, dentro de su ámbito de autonomía, usó para decidir; iii) la tutela es empleada como una nueva instancia judicial para

reabrir el proceso arbitral; y iv) esta no reúne las condiciones necesarias para aplicar el precedente fijado en la Sentencia SU-081 de 2020, en relación con la protección del patrimonio público.

Si bien la comprobación anterior es suficiente para afirmar que la acción de tutela interpuesta por Reficar SAS es improcedente, la Corte pasa a demostrar que esta tampoco cumple el requisito de subsidiariedad.

#### 2.5.2. Incumplimiento del requisito general de subsidiariedad

La acción de tutela incoada por Reficar SAS contra el laudo arbitral no satisface el requisito general de subsidiariedad, por las razones que se explican a continuación.

La Sala constata que la «valoración manifiestamente irrazonable» de las cláusulas cuarta y sexta del Contrato y «la aplicación manifiestamente irrazonable» de las normas correspondientes, a la que se refiere Reficar SAS, se sustenta, en el fondo, en la comprensión que hace la entidad sobre el fundamento de la decisión adoptada por el Tribunal. En varios apartados de la acción de tutela, Reficar SAS mencionó que el Tribunal falló al margen de las pruebas aportadas, en particular, del Contrato, y que, por tanto, construyó o creó un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que no existía en el Contrato. El resultado de esta creación, dijo esa entidad, fue, justamente, la condena al pago de intereses moratorios desde el momento en que se debió liquidar el Contrato de manera bilateral.

Para demostrar esta situación, enseguida se transcriben in extenso los argumentos de Reficar SAS:

«Al inicio de este cargo [defecto fáctico] se dijo que fallar al margen de la prueba implica fallar al margen de los hechos. En este caso, al apartarse de la prueba que contenía los términos claros y expresos sobre la obligación condicional de pagar el 10% final del valor del Contrato, el Tribunal construyó en el laudo un “plazo” que no existía, y dentro del cual consideró —ex post— que debía haberse pagado la obligación aludida. Así se desprende del texto mismo del laudo, ya citado, pero que merece la pena reiterar por su claridad en cuanto a la conducta del Tribunal:

“Es procedente ahora determinar en qué fecha debieron desembolsarse estas sumas al CONSORCIO, habida cuenta de que, como atrás se mencionó, la liquidación debió celebrarse el 22 de julio de 2016.

Para la determinación de la fecha límite de pago el Tribunal tendrá en cuenta el plazo de 30 días corrientes que se pactó en la cláusula sexta del Contrato para todos los desembolsos, días que se contarán en este caso a partir del siguiente al 22 de julio de 2016, es decir, del día 23, y que vencían, por tanto, el 21 de agosto de 2016. Así las cosas, a más tardar el 21 de agosto de 2016, REFICAR ha debido pagarle al CONSORCIO la suma de \$9.971.954.459 y de la resultante de la conversión de pesos colombianos, a la TRM de ese día, de USD \$1.901.570”<sup>43</sup> (subrayado fuera de texto).

En el aparte citado, el Tribunal es explícito en afirmar que procedió a “determinar en qué fecha debieron desembolsarse estas sumas al CONSORCIO”. Lo anterior no es más que la creación judicial de un plazo no previsto en el Contrato, expresamente proscrita por el artículo 1551 inciso segundo del C.C., a saber: “No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

Tal creación judicial del plazo es además violatoria de las normas jurídicas que regulan la apreciación de la prueba – y que, en últimas, desarrollan el derecho fundamental al debido proceso, en particular el derecho a que el juez no construya hechos al margen de las pruebas. Por si no fuera suficiente, todo lo dicho resulta de especial gravedad dado que, en virtud del artículo 1541 del C.C., “Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida”»<sup>144</sup> (negrilla fuera del texto).

En relación con la supuesta configuración del defecto sustantivo, en su acción de tutela, Reficar SAS explicó:

«Según fue expuesto en el acápite correspondiente al defecto fáctico, el Tribunal confundió e igualó dos obligaciones distintas: la obligación bilateral de concurrir a la liquidación y la obligación a cargo de REFINERÍA DE CARTAGENA de pagar el 10% final del Contrato, para deducir, al margen de la prueba y de los hechos, que esta última obligación estaba sujeta al mismo plazo que la primera.

De suyo, la confusión de las dos obligaciones no se limitó a una interpretación manifiestamente equivocada del Contrato —que expresamente las definía como dos obligaciones diferentes, en dos cláusulas diferentes—, sino que implicó un grave error jurídico-sustancial: la obligación de concurrir a la liquidación (cláusula CUARTA) era de hacer y a cargo de ambas partes, de modo que jurídicamente nunca podría igualarse con una obligación, como aquella de pagar el 10% final del valor del Contrato (cláusula SEXTA), que era de dar, dineraria, a cargo de REFINERÍA DE CARTAGENA e indeterminada pero determinable conforme a lo que resultara de la liquidación final a convenir entre las partes o fijada por el juez del Contrato.

Pues bien, el Tribunal omitió la consideración de estos factores, como omitió consultar y aplicar en forma sistemática con el artículo 1608 del C.C. los artículos 1139, 1144, 1530, 1541 y 1551 de la misma codificación, siendo las normas que configuran el alcance de la primera en cuanto a la presencia o no de un término para el cumplimiento de la obligación, y determinan la aplicabilidad de uno u otro de sus numerales en un caso concreto. No bastaba que el Tribunal dijera que “concurren” los elementos que determinan la causación de la mora si uno de ellos, como es la existencia de obligaciones a plazo, no podía jurídicamente predicarse del caso por la definición legal que las normas citadas imponen de lo que es un plazo, una condición y cuándo se está ante uno o ante otro.

El Tribunal acusado desconoció en el Laudo todas las normas antedichas y sus efectos en la aplicación del artículo 1608 del C.C. para determinar la configuración de la mora en la obligación alegadamente incumplida por REFINERÍA DE CARTAGENA. No era el artículo 1608 en sus numerales 1 o 2, sino aquélla norma en su numeral 3, la que estaba llamada a gobernar la determinación de la procedencia o improcedencia de la condena al pago de intereses moratorios a cargo de REFINERÍA DE CARTAGENA con relación a la obligación de pagar el 10% final del valor del Contrato.

El resultado final fue retorcer el contenido y alcance del citado artículo 1608 del C.C., para condenar, en contravía de su texto, al pago de intereses moratorios por el alegado incumplimiento en el pago de una obligación dineraria no sujeta a plazo y que no había resultado exigible sino hasta el Laudo. Al hacerlo, vulneró también los artículos 1617 del C.C. y 884 del C. de Co., a cuyo tenor —como es evidente— los intereses moratorios solamente proceden por disposición legal en caso de configurarse la mora»<sup>145</sup> (negrilla fuera del texto).

Las referencias a la creación o construcción de un plazo por parte del Tribunal para condenar



a Reficar SAS al pago de intereses de mora desde el momento en que debió liquidarse el contrato no son un tema secundario en la acción de tutela. Aquellas se repiten, al menos, en las páginas 23 y 31 del escrito. Tampoco lo es la mención a la presunta falta de aplicación de las normas que rigen la materia. La misma se reitera en las páginas 34, 38 y 39. De hecho, para fundamentar la supuesta vulneración de sus derecho a la igualdad ante la ley, en la página 45 de la tutela Reficar SAS expresó: «la inaplicación injustificada en casos concretos de las normas generales y abstractas que gobiernan los hechos sometidos a conocimiento de un juez conlleva la directa violación del principio constitucional de igualdad, dado que la Constitución NO tolera que una norma deje de ser aplicada a un caso concreto por mera discrecionalidad de un determinado juez» (negrilla fuera del texto).

Para la Sala es claro que la supuesta decisión del caso al margen de las pruebas aportadas al proceso y sin consideración de las normas que gobiernan la materia, en los términos propuestos por la accionante, son dos situaciones que perfectamente pueden subsumirse en la causal séptima del recurso extraordinario de anulación. Ya se dijo que esta causal habilita la procedencia de dicho recurso cuando el laudo arbitral se falló en conciencia o equidad, debiendo ser fallado en derecho. De conformidad con el fundamento jurídico 2.3.1. de esta sentencia, un laudo arbitral en conciencia es aquel que i) no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, entre otras razones, porque apela a la mera invocación de una norma que carece de total incidencia respecto de las consideraciones de la decisión; o ii) decide el caso con pretermisión de las pruebas que obran en el proceso.

De acuerdo con los argumentos de Reficar SAS, ambas situaciones se presentaron en el presente caso: el Tribunal no aplicó las normas que debió aplicar e inaplicó las normas aplicables —de hecho, así titula la acción de amparo el primer apartado del capítulo dedicado al defecto sustantivo— y, para decidir, se apartó de las pruebas —valga decir, del Contrato— aportadas al proceso.

A pesar de lo anterior, la entidad se abstuvo de interponer el recurso extraordinario de

anulación contra el laudo arbitral que ahora cuestiona en sede de tutela. De ahí que solo reste concluir que la acción de tutela incumple el requisito de subsidiariedad, por cuanto Reficar SAS omitió el agotamiento del medio de defensa judicial dispuesto por el Legislador para atacar el laudo arbitral. En el caso concreto, este medio era idóneo y eficaz porque, como se explicó, los presuntos defectos en que el laudo incurrió eran subsumibles en la causal séptima de dicho recurso.

Ahora bien, en las consideraciones de esta sentencia se advirtió que en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 superior, la acción de tutela puede ser concedida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se resuelve el caso en la vía ordinaria.

Sin embargo, en el presente caso no se observan circunstancias que evidencien la configuración de un perjuicio irremediable que habilite la intervención del juez constitucional. En efecto, no se probó la existencia de un peligro grave, cierto e inminente sobre los derechos fundamentales de Reficar SAS, que requiera la adopción de «medidas impostergables que lo neutralicen»<sup>146</sup>. De hecho, en la sección anterior se indicó que de acuerdo con lo manifestado tanto por la entidad accionante como por los doctores Néstor Osuna Patiño y Jorge Gabriel Taboada, miembros del Tribunal de Arbitramento, Reficar SAS ya realizó el pago de la condena impuesta en el laudo arbitral.

Por lo anterior, la Sala concluye que la acción es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad y, por tanto, confirmará las sentencias de instancia que así lo declararon.

#### 2.5.3. Cumplimiento del requisito general de inmediatez

Por último, la Sala se aparta del criterio expuesto por el Consorcio y los árbitros Néstor Osuna Patiño y Jorge Gabriel Taboada, quienes manifestaron que la acción de tutela también incumple el requisito de inmediatez.

Al respecto, se observa que la acción fue presentada cuatro meses y trece días después de que el Tribunal aprobó el Auto por medio del cual negó la aclaración y adición del laudo. Aunque frente a esta decisión no se erigió ningún cargo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 302 del Código General del Proceso<sup>147</sup>, el laudo arbitral solo cobró fuerza ejecutoria a partir de esa fecha. Es por esto que el término de interposición de la acción debe contarse desde es momento, y no desde la aprobación del laudo arbitral.

A juicio de la Corte, en consideración de los hechos que originaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales, el término de cuatro meses y trece días para incoar la acción sí resultaba razonable y proporcionado. En consecuencia, la tutela sí satisface el requisito de inmediatez.

## 2.6 Síntesis y decisión a adoptar

Así mismo, la Sala advirtió que la solicitud de amparo incumple el requisito general de subsidiariedad. Al respecto, encontró que Reficar SAS se abstuvo de interponer el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, a pesar de que este medio era idóneo y eficaz para atacar esa decisión. A esta conclusión llegó luego de verificar que los presuntos defectos en que el laudo incurrió eran subsumibles en la causal séptima de dicho recurso. Igualmente, constató que no se observan circunstancias que evidencien la configuración de un perjuicio irremediable que habilite la intervención del juez constitucional.

En consecuencia, la Corte confirmará las sentencias de tutela dictadas por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 12 de junio de 2020 y la Sección Primera de la misma corporación el 24 de septiembre del mismo año. En ellas se declaró la improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR las sentencias de tutela dictadas por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 12 de junio de 2020 y la Sección Primera de la misma corporación el 24 de septiembre del mismo año, que declararon la improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO. Por Secretaría General, LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con salvamento de voto de la doctora María Lugari Castrillón.

2 Inciso 2 del artículo 192 de la Ley 1437: «Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada».

3 Al respecto, el Tribunal del Arbitramento afirmó: «El entendimiento que de modo pacífico se le ha dado al segundo inciso del artículo 192 del CPACA, que sirve de fundamento a la solicitud de aclaración y/o adición de REFICAR, consiste en que el plazo de diez meses allí estipulado es para acudir ante la jurisdicción en busca del cobro ejecutivo de las sumas contenidas en las condenas judiciales o arbitrales, pero que tales sumas se causan con antelación, comoquiera que a partir de la ejecutoria de la sentencia o laudo, o de la fecha que allí se establezca, se generan intereses en los términos establecidos en la ley» (pág. 9).

4 Pág. 10.

5 Artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: «Causales del recurso de anulación: 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral. || 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. || 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal. || 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad. || 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión. || 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. || 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. || 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. || 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no

sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. || Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. || La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término».

6 Se citan las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 3 de diciembre de 2018 (expdte. 61082); 1º de marzo de 2018 (expdte. 59630); el 11 de julio de 2013 (expdte. 45791); 21 de febrero de 2011 (expdte. 38621); 13 de mayo de 2009 (expdte. 35855), y 27 de abril de 1999 (expdte. 15623).

7 Pág. 17.

8 Pág. 8.

9 Pág. 12.

10 Pág. 24.

11 Ibidem.

12 Pág. 27.

13 Ibidem.

14 Pág. 30.

15 Pág. 30 y 31.

16 Pág. 32.

17 Pág. 8.

18 Artículo 1608 del Código Civil: «Mora del deudor. El deudor está en mora: || 1.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. || 2.) Cuando la cosa no

ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

[...]

Artículo 1617. Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: || 1.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. || El interés legal se fija en seis por ciento anual. || 2.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. || 3.) Los intereses atrasados no producen interés. || 4.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas».

Artículo 884 del Código de Comercio: «Límite de intereses y sanción por exceso. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. || Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria».

19 Artículo 1530 del Código Civil: «Definición de obligaciones condicionales. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.

[...]

Artículo 1551 [inciso 1]. Definición de plazo. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo».

[...]



Artículo 1144. Asignación a día incierto determinado o no. La asignación desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional».

21 Artículo 1541 del Código Civil: «Cumplimiento literal de la condición. Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida».

22 Inciso 2 del artículo 1551: «No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes».

23 Pág. 35.

24 Pág. 36.

25 Pág. 9.

26 Se citan las Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 14 de mayo de 2019 (expdte. STC5940-2019); 14 de diciembre de 2011 (expdte. 2001-01489-01); 27 de agosto de 2008 (expdte. 1997-14171-01); 7 de julio de 2005 (expdte. 1999-01743-01); 10 de junio de 1995 (expdte. 4540), y 27 de agosto de 1930 (GJ XXXVIII, pág. 122).

27 Se citan las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de noviembre de 2013 (expdte. 25742); 24 de junio de 2004 (expdte. 15235), y 27 de noviembre de 2002 (expdte. 13792).

28 Se cita la Sentencia T-701 de 2002.

29 Pág. 47.

30 Ibidem.

31 La acción de tutela fue repartida simultáneamente al Juzgado 40 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. El mencionado juzgado la admitió y vinculó al trámite a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Ministerio de Trabajo y al Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá. Paralelamente, mediante

auto del 17 de abril de 2020, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá advirtió que no era competente para asumir el conocimiento del asunto y ordenó su remisión al Consejo de Estado. En la misma fecha en que el magistrado ponente de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió el proceso a trámite, el apoderado de Reficar SAS informó que la acción también había sido repartida al Juzgado 40 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá. Por lo anterior, el magistrado ponente del Consejo de Estado le solicitó al Juzgado que remitiera la actuación adelantada. En consecuencia, mediante auto del 26 de mayo de 2020, el consejero declaró la falta de competencia del Juzgado 40 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá y ordenó continuar con el trámite. Sin embargo, dispuso tener como válidas las diligencias surtidas por dicho juzgado, en lo que no se opusiera a las actuaciones del Consejo de Estado.

32 Para la fecha de admisión de la acción de tutela por el Juzgado 40 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá cursaba el proceso ejecutivo n.º 2017-596, de Capital Bank INC contra la Sociedad Icogroup Sucursal Colombia. Esta sociedad formaba parte del Consorcio.

33 Se citan las Sentencias SU-500 de 2015 y T-443 de 2008.

34 Pág. 11.

35 Pág. 3.

36 La integrante del Tribunal de Arbitramento afirmó: «Salvé el voto porque, en mi concepto, el contrato n.º 964436-964437 es absolutamente nulo por haber sido celebrado con abuso o desviación de poder, causal que contempla el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y que, por lo tanto, no puede producir efectos jurídicos, nulidad que hace que también sean absolutamente nulos todos los otrosíes, actos y contratos que en este se basan». Así mismo, «porque la selección del contratista no se hizo mediante licitación pública como ha debido ser; porque el Consorcio carecía de experiencia para llevar a cabo el objeto contratado; porque el valor final del contrato superó el 50% del valor inicial, y porque en el proceso de adjudicación y desarrollo se violaron todos los principios que deben regir los contratos que envuelven dinero público» (pág. 2).

37 El 26 de abril de 2020, es decir, con posterioridad a la fecha de registro del proyecto de

sentencia, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho de la magistrada sustanciadora un documento suscrito por un apoderado judicial de la ANDJE, enviado ese mismo día, en el cual se reiteran los argumentos expuestos en el trámite de la acción de tutela.

38 Pág. 4.

39 Pág. 4 y 5.

40 Con aclaración de voto de los consejeros Guillermo Sánchez Luque y Jaime Enrique Rodríguez Navas. El magistrado Sánchez afirmó: «La procedencia de la tutela contra laudos arbitrales despoja al juez del recurso de anulación de su rol, para trasladarlo al del mal denominado “juez constitucional”, que no es el competente para anular laudos arbitrales. La falta de claridad del ordenamiento jurídico —propiciada por una jurisprudencia “garantista”— no solo permite sino fomenta la inseguridad jurídica, al permitir el debate sin fin de un conflicto». Por su parte, el consejero Rodríguez argumentó: «Compartí la decisión de declarar improcedente la solicitud de amparo por carencia de relevancia de la cuestión planteada. Sin embargo, considero que, por la misma razón, se hacía innecesario el estudio del requisito de subsidiariedad».

41 Pág. 19.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 Pág. 23.

45 Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012: «Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición».

46 Pág. 3.

47 Ibidem.

48 Pág. 7.

49 Pág. 9.

50 Pág. 11.

51 Pág. 13.

52 Pág. 37.

53 De este modo, se tendrá en cuenta el precedente fijado, por ejemplo, en las Sentencias T-354 de 2019, que estudió un laudo arbitral de carácter internacional; SU-656 de 2017, SU-556 de 2016, T-186 de 2015, T-790 y T-225 de 2010, T-311 de 2009, T-443 de 2008, T-972 de 2007, T-920 de 2004, SU-058 de 2003, T-294 de 1999 y T-608 de 1998, que analizaron laudos arbitrales en materia comercial; y T-408 de 2010, que se ocupó de un laudo arbitral civil.

54 Sentencias SU-081 de 2020, SU-033 de 2018, T-430 de 2016, SU-500 de 2015, SU-225 de 2013, T-455 de 2012, T-466 de 2011, T-058 de 2009, T-244 y SU-174 de 2007, y T-1228 de 2003.

55 Tal es el caso de las Sentencias SU-173 de 2015, T-140 y T-055 de 2014, T-714 de 2013, T-799 y T-511 de 2011, T-1031 de 2007, T-839 de 2005, T-800 y T-192 de 2004, T-136 de 2003, T-1089 de 2002 y T-121 de 2002, SU-600 de 1999, T-299 de 1996, T-057 de 1995 y T-570 de 1994.

56 Pág. 4.

58 El artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 derogó el Decreto Ley 1818 de 1998, «por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos», en lo concerniente al arbitraje (artículos 115 a 231). Con anterioridad a la expedición del Decreto Ley 1818 de 1998, esta materia fue regulada, entre otras normas, por las Leyes 446 de 1998, 25 de 1992 y 23 de 1991, y el Decreto 2279 de 1989.

59 Sentencia C-242 de 1997. Sobre la definición de arbitramento se pueden consultar, entre

otras, las sentencias C-947 y C-170 de 2014, C-305 de 2013, C-186 de 2011, C-014 de 2010, C-713, C-466 y C-035 de 2008, C-961 de 2006, C-1038 de 2002, C-098 de 2001, C-1436 y C-330 de 2000, y C-163 de 1999.

60 Otras sentencias que se refieren a las características básicas del arbitramento son las siguientes: C-C-538 de 2016, C-974 de 2014, C-330 de 2012, C-330 de 2000, C-242 de 1997, C-431 y C-294 de 1995. En la Sentencia C-466 de 2020, la Corte explicó: «Estas características pueden sintetizarse como se indica a continuación: || a) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Es decir, permite la solución de una controversia por parte de un particular investido de la función pública de administrar justicia, con fundamento en la decisión de las partes (pacto arbitral) de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Dicha solución se concreta en un fallo definitivo y vinculante para ellas (laudo arbitral), con efectos de cosa juzgada, que puede ser en derecho, en equidad o técnico. || b) Es una institución de orden procesal. El arbitramento es básicamente un proceso compuesto por una serie de etapas y oportunidades en las que, al igual que en los procesos judiciales, las partes enfrentadas discuten argumentos, presentan pruebas y memoriales, acuden a audiencias, e incluso pueden pedir medidas cautelares, recusar a los árbitros y solicitar la aclaración, corrección, adición, anulación o revisión del laudo arbitral. De este modo, el arbitramento “está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material”. || c) Es temporal. Expresamente el artículo 116 de la Constitución dispone que los árbitros están investidos “transitoriamente” de la función de administrar justicia. La existencia temporal del arbitramento está limitada a la resolución de la discrepancia. Así, una vez se decide el caso, los árbitros pierden competencia para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. En este sentido, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)”. || d) Es un mecanismo excepcional. No todos los asuntos que son competencia de los jueces pueden ser tramitados ante la justicia arbitral. De hecho, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la ya citada Ley 1563 de 2012, o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, el arbitramento solo permite solucionar controversias sobre asuntos de libre disposición de las partes. En consecuencia, “solo aquellos bienes jurídicos que puedan ser sujetos de transacción pueden someterse a este mecanismo, resultando inejecutables los pactos arbitrales que dispongan la inclusión de asuntos diferentes, como son aquellos relacionados con la garantía de los derechos fundamentales”. || e) Se rige por el principio de

voluntariedad o libre habilitación. Dado que en páginas posteriores la Corte dedicará un apartado al alcance jurisprudencial de este principio constitucional, por ahora basta con señalar que esta característica implica que la competencia de los árbitros se fundamenta en el acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de no someter sus diferencias a la justicia estatal sino al arbitramento. Por ello la Corte ha entendido que la habilitación de los árbitros por la decisión de las partes es una exigencia constitucional que determina la procedencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos».

61 Al respecto, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte explicó: «El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición».

62 En la Sentencia T-061 de 1999, esta Corporación afirmó: «la jurisprudencia y la doctrina dominantes consideran que los laudos tienen la misma naturaleza jurisdiccional y material de las sentencias puesto que a través del laudo arbitral se dirime una controversia cuando las partes involucradas en ella, en virtud de la cláusula compromisoria o el compromiso, acuerdan que las diferencias que se susciten en el desarrollo de un contrato o estando en curso un proceso, sean definidas por árbitros y no por quienes ordinariamente cumplen la función de administrar justicia». Así mismo, en la Sentencia SU-174 de 2007, la Sala Plena indicó: «una vez se ha integrado el Tribunal y se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez, por lo cual el laudo arbitral, en tanto acto jurisdiccional adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales».

63 En la Sentencia C-378 de 2008, la Sala Plena sostuvo: «El laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio

público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, por lo que resulta procedente la acción de tutela cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral».

64 Sentencias SU-174 de 2007, T-920 de 2004, T-1228 y SU-058 de 2003, T-294 de 1999 y T-600 de 1998.

65 Sentencias SU-081 de 2020, T-354 de 2019, SU-033 de 2018, SU-656 de 2017, SU-556 y T-430 de 2016, SU-500 y T-186 de 2015, T-455 de 2012, T-511 y T-466 de 2011, T-790, T-408 y T-225 de 2010, T-311 de 2009 y T-244 de 2007.

66 En esa oportunidad, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 con base en la presunta improcedencia de la acción de tutela contra la sentencia que resuelve el recurso de casación en materia penal. Con este propósito, sostuvo: «es claro para esta Corporación que una ley ordinaria no puede modificar o suprimir la Constitución Política y con mayor razón uno de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en ella consagrados; que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados; que al proferir la Sentencia C-543-92, la decisión de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales; que la procedencia de la acción de tutela contra tales decisiones está legitimada no solo por la Carta Política sino también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto instrumentos de derecho internacional público que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que vinculan al Estado colombiano, y que los argumentos expuestos contra la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son infundados y, por lo mismo, fácilmente rebatibles. || Esta carga argumentativa permite concluir que una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión, vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4º y la acción de tutela consagrada en el artículo 86. De allí el imperativo de expulsarla del ordenamiento jurídico, como, en efecto, lo hará la Corte».

67 Sentencia T-920 de 2004.

68 En la sentencia T-191 de 2009, la Corte analizó las razones que justifican la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Particularmente, aclaró que dichas razones son de orden filosófico y constitucional, y que estas guardan una relación directa con el nuevo modelo previsto en la Carta de 1991.

69 Con salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, y aclaración de voto del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

70 Sentencia SU-174 de 2007.

71 Ibidem.

72 Posteriormente, sobre esta limitación, en la Sentencia SU-081 de 2020, la Corte advirtió que la misma «no opera como una barrera respecto del derecho de defensa, sino como una garantía de la vocación de firmeza del laudo y del respeto a la voluntad de las partes que, con arreglo a la habilitación que otorga el artículo 116 del Texto Superior, han convenido someterse a lo dispuesto por un juez ad hoc».

73 De manera posterior a la Sentencia SU-174 de 2007, en la Sentencia SU-500 de 2015, la Sala Plena precisó: «se destaca la función excepcional de la tutela para que en los procesos judiciales se respeten las reglas que el ordenamiento jurídico ha establecido, en condiciones de igualdad. Esta excepcionalidad, pues, se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, en donde, incluso, muchas de sus reglas son definidas por el mismo tribunal de arbitramento designado, y que las partes convienen dentro de un mecanismo que busca una solución alternativa de las controversias. De modo que cualquier intervención de la jurisdicción ordinaria resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral». Igualmente, en la Sentencia SU-081 de 2020, la Corte afirmó: «la citada vocación de firmeza del laudo no resulta ajena al procedimiento de tutela, y por ello cobra sentido que la evaluación de los requisitos de procedibilidad sea más estricta, pues si la acción de tutela tiene un carácter excepcional frente al reproche iusfundamental de las providencias judiciales, es claro que dicha excepcionalidad se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, los cuales se rigen por el principio de voluntariedad y buscan, precisamente, derogar de forma transitoria a la justicia estatal».

74 Sobre el alcance del precedente fijado en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte precisó



en la Sentencia SU-500 de 2015: «La procedibilidad de la acción de tutela, en este grado de excepcionalidad, solo 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».

75 Sentencias SU-081 de 2020, T-354 de 2019, SU-033 de 2018, SU-500 y T-185 de 2015, T-055 de 2014, T-455 de 2012, T-446 de 2011, T-225 de 2010, T-058 de 2009, T-443 de 2008, y T-972 y 244 de 2007.

76 Así, por ejemplo, en la Sentencia T-790 de 2010, la Corte indicó: «En vista de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a las acciones de tutela contra decisiones arbitrales, con atención, por supuesto, a las características propias del proceso arbitral». De igual manera, en la Sentencia T-466 de 2011, esta Corporación concluyó 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». En similar sentido, en la Sentencia SU-033 de 2018, la Corte sostuvo: «Pues bien, si la excepcionalidad y taxatividad de las causales [de los recursos extraordinarios de revisión restringe el análisis de los recursos mencionados al aspecto meramente procesal, con el fin de que en todo momento se respete la voluntad de las partes, quienes han pactado que su controversia sea resuelta por la justicia arbitral, con mayor razón la procedibilidad frente al procedimiento de tutela se hace más restringido todavía. Esto, pues si el Legislador limitó las vías judiciales para controvertir los laudos arbitrales, a su vez la acción de tutela, en principio, no resultaría procedente para controvertir circunstancias propias del proceso arbitral que las partes prima facie decidieron resolver por fuera de los cánones de la justicia ordinaria. || De lo anterior se colige entonces que la excepcionalidad en la procedencia de la acción de tutela se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, en atención a que muchas de las reglas son definidas por el mismo tribunal de arbitramento designado, en el cual las partes han depositado confianza para la solución alternativa de sus conflictos. Es por esta razón que cualquier intervención de una jurisdicción exógena resulta, en principio, ajena a la voluntad de las partes y excepcional frente a la obligatoriedad del fallo arbitral». Igualmente, se pueden consultar las sentencias T-430 de 2016, SU-500 de 2015, T-058 de 2009, T-443 de 2008, y T-972 y 244 de 2007. Por

último, corresponde tener en cuenta que en la Sentencia T-354 de 2019, respecto de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales, la Corte advirtió: «la prohibición expresa de intervención judicial, la libertad de escoger las normas de derecho aplicables y las causales de anulación del laudo internacional —en tanto elementos propios de la normativa que rige el arbitraje internacional—, derivan en que la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales tenga un carácter excepcional mucho más restrictivo que cuando se trata de tutela contra laudos nacionales y, en esa medida, la primera es excepcionalísima».

77 Sentencias SU-081 de 2020, SU-033 de 2018 y SU-500 de 2015.

78 Sentencia SU-081 de 2020.

79 Ibidem.

80 Sentencias SU-656 de 2017, T-466 de 2011, T-408 de 2010, T-311 y T-058 de 2009, T-SU-174 de 2007, T-920 de 2004, T-1228 y SU-058 de 2003, T-294 de 1999 y T-608 de 1998.

81 Tal es el caso de las Sentencias T-354 de 2019, SU-225 de 2013, T-455 de 2012 y T-790 de 2010.

82 En esta oportunidad, la Corte negó la acción de tutela interpuesta por el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional de Colombia contra el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias contractuales entre MARINSER Ltda. y esta entidad, al constatar que no incurrió en defectos fácticos o sustanciales que configuraran la vulneración de los derechos fundamentales de dicho fondo.

83 Sobre el particular, resulta pertinente considerar que en la Sentencia C-590 de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional ya había indicado que en virtud de este requisito general de procedibilidad el juez constitucional «no puede [...] involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones».

84 Sentencia T-244 de 2007.

85 Con salvamento de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

86 Con salvamento de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa y de los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos.

87 Esta consideración fue reiterada en las Sentencias SU-081 de 2020 y SU-033 de 2018.

88 Con salvamento de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo.

89 Con aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

90 Con salvamento de voto de las magistradas Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger.

91 Sentencia T-430 de 2016.

92 Con base en la jurisprudencia constitucional, la Sala encontró que la sentencia del Consejo de Estado, por la cual se había denegado la nulidad del laudo arbitral atacado con base en la causal en comento, no había incurrido en un defecto sustantivo. Al respecto, alertó sobre el hecho de que «la misma alegación que se realizó ante el Consejo de Estado se propone ahora al juez de tutela, desconociendo que el recurso de amparo no opera como un medio alternativo o adicional de defensa judicial, lo cual se refuerza con el hecho de que no se cuestionó lo resuelto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al momento de resolver el recurso de anulación propuesto. Precisamente, para la citada autoridad, el laudo no fue proferido ni equidad, ni en conciencia, pues se soportó en el examen del régimen jurídico aplicable al servicio público de televisión y tuvo en cuenta el contrato de concesión, los pliegos de condiciones, la Resolución 429 de 1997 y el Acuerdo 003 de 2009. Por lo demás, se afirmó que el hecho de que la decisión se haya apartado de lo conceptuado en el dictamen pericial, no significaba que el laudo haya dejado de ser en derecho, toda vez que dicho medio probatorio se apreció en conjunto con las demás pruebas aportadas y recaudadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica».

93 Artículo 42 de la Ley 1543 de 2012.

94 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2016, expediente 51.860, C. Guillermo Sánchez Luque.

95 Ibidem.

96 Inciso 4 del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

97 Inciso 3 del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

98 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de enero de 2012, expediente 40.082, CP Enrique Gil Botero.

99 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2008, expediente 33.811, CP Myriam Guerrero de Escobar.

101 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de abril de 2018, expediente 59.270, CP Guillermo Sánchez Luque.

102 En la Sentencia C-408 de 2010, la Sala Primera de Revisión advirtió una situación similar, es decir, observó que el defecto alegado y el recurso de anulación se sustentaban en los mismos argumentos. No obstante, declaró la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, al constatar que dicho recurso se encontraba en trámite y no había sido resuelto por el Consejo de Estado.

103 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 32.896, CP Mauricio Fajardo Gómez.

104 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de agosto de 2001, expediente 19.273.

105 Ibidem.

106 Ibidem.

107 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 34.525.

108 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 1995, expediente 31.887.

109 Sentencias T-354 de 2019, SU-033 de 2018, SU-656 de 2017, T-408 de 2010, T-058 de 2009 y T-608 de 1998.

110 Sentencias SU-081 de 2020, SU-556 y T-430 de 2016, SU-500 y T-186 de 2015, SU-225 de 2013, T-455 de 2012, T-466 de 2011, T-790 y T-225 de 2010, T-311 de 2009, T-443 de 2008, SU-174 de 2007, SU-058 de 2003 y T-294 de 1999. En la Sentencia T-225 de 2010, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela al constatar que el defecto orgánico alegado —falta de competencia del tribunal de arbitramento— no fue alegado en las oportunidades procesales que prevé el trámite arbitral.

111 Sentencias T-972 de 2007, T-920 de 2004 y T-1228 de 2003.

112 De esta posición jurisprudencial se apartó la Sentencia T-058 de 2009 (con salvamento de voto de la magistrada encargada Clara Elena Reales Gutiérrez), en la cual la Sala Primera de Revisión afirmó: «Esta Sala encuentra que la presente acción satisface el principio de subsidiariedad, y en consecuencia, se debe revocar la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción. Esto por cuanto, aunque la ETB interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido y este aún no ha sido decidido, la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados. Así, es preciso anotar que en este sentido, el Consejo de Estado —juez competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto— tiene limitadas facultades que no guardan relación directa con el análisis cuidadoso que requiere la verificación de actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral. Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos. Entonces, queda claro que en el presente caso el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su vez, a las alegadas por el interesado. En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia SA Vs. Empresa de

Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP».

113 Tal es el caso de las Sentencias SU-081 de 2020, SU-556 de 2016, T-186 de 2015, T-455 de 2012, T-790 de 2010 y T-294 de 1999. En la última sentencia citada, la Corte concluyó que, en todo caso, la acción de tutela era improcedente porque la supuesta falta de competencia del tribunal de arbitramento no fue alegada en las oportunidades procesales que prevé el trámite arbitral.

114 Con salvamento de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

115 Con salvamento de voto del magistrado Álvaro Tafur Galvis.

116 Llama la atención que esta subregla jurisprudencial haya sido puesta de presente por la Corte en la mayoría de sentencias posteriores que han estudiado la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, a pesar de que en casi todas de ellas, como se demostró en páginas anteriores, sí se había agotado el recurso extraordinario de anulación o este se encontraba en trámite al momento de interponer la acción de tutela. Al respecto, se pueden ver las Sentencias SU-081 de 2020, T-430 de 2016, SU-500 de 2015, T-186 de 2015, T-455 de 2012, T-790 de 2010 y T-244 de 2007.

117 Este carácter taxativo de las causales del recurso de anulación es reforzado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998 , el cual señala que «[e]l Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior».

118 Sentencia SU-174 de 2007.

119 Sentencia SU-081 de 2020.

120 Entre muchas otras, se pueden consultar las Sentencias SU-397 de 2019, SU-090 de 2018, T-604 y T-137 de 2017, T-287 de 2015, T-250 de 2014, y T-823, T-822 y T-797 de 2013.

121 Sentencia T-920 de 2012, citada en la Sentencia SU-081 de 2020.

122 Sentencia SU-081 de 2020.

123 Sentencia T-311 de 2009.

124 Sentencia T-546 de 2014, citada en la Sentencia SU-081 de 2020.

125 Al respecto, se pueden consultar, por ejemplo, las Sentencias T-835 y T-546 de 2014.

126 Tal es el caso de las Sentencias T-354 de 2019, SU-656 de 2017, SU-225 de 2013, T-408 y T-225 de 2010, T-058 de 2009, T-972 de 2007, T-920 de 2004, T-1228 de 2003, SU-058 de 2003, T-294 de 1999 y T-608 de 1998.

127 En un sentido similar, en la Sentencia T-430 de 2016, luego de observar que la acción de tutela interpuesta contra el laudo arbitral incumplía el requisito de subsidiariedad, la Sala Segunda de Revisión hizo unas breves consideraciones sobre el cumplimiento del requisito de inmediatez. En ese punto, no estimó «enteramente satisfactoria la argumentación que da el municipio en relación con que el término de seis meses que transcurrió en el presente caso desde que la providencia resolvió definitivamente sobre el laudo arbitral (el 17 de noviembre de 2012), hasta que se elevó la acción de tutela (el 31 de mayo de 2012), al decir que ello obedeció al cambio de administración de la entidad territorial». Si bien la Sala no afirmó que seis meses era un término irrazonable o desproporcionado, encontró demostrado que el accionante «dejó transcurrir un tiempo considerable entre la última actuación judicial y la presentación de la demanda de amparo, que, al menos, suscita cierta controversia sobre el requisito de inmediatez».

128 El cumplimiento de este requisito fue estudiado en las Sentencias SU-081 de 2020, SU-033 de 2018, SU-500 y T-186 de 2015, T-455 de 2012, T-466 de 2011, T-790 de 2010, T-311 de 2009, T-244 y SU-174 de 2007.

129 Respecto del término de diez meses, estimado como razonable por la Corte en la Sentencia SU-081 de 2020, la Sala Plena destacó que la accionante se encontraba en proceso de liquidación, situación que aminoró su capacidad real para el desempeño normal de sus competencias, en razón de que eso supuso el traslado de funciones entre entidades públicas. Por ello, encontró proporcionado el término que transcurrió entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados y la interposición de la acción de tutela.

130 Así, por ejemplo, con anterioridad a la sentencia SU-081 de 2020, en la Sentencia T-466 de 2011, la Sala Quinta de Revisión consideró que el término de siete meses para interponer la acción de tutela contra un laudo arbitral era razonable, dado que «la complejidad técnica y jurídica del [...] asunto demandaba un tiempo prudencial para el diseño y construcción de argumentos encaminados a la demostración de la existencia de una supuesta vía de hecho en el laudo arbitral objeto del presente trámite». No obstante, en la Sentencia SU-081 de 2020, la Sala Plena de esta Corporación estimó que en el caso concreto este planteamiento resultaba equivocado, por las siguientes razones: «por una parte, si se parte del hecho de que todos los casos —en mayor o menor medida— tienen un grado inherente de dificultad, desde el punto de vista argumentativo, que tornaría inaplicable la exigibilidad del requisito de inmediatez, en especial frente a los procesos arbitrales, en los que, en muchas ocasiones, el ejercicio del principio de voluntariedad se justifica en la necesidad de procurar la definición de un litigio por un juez con mayor experticia y conocimiento técnico al que brinda la justicia estatal, por el carácter especializado y complejo que tienen las materias que generalmente se debaten por esta vía. Y, por la otra, porque en el proceso arbitral y en el trámite del recurso de anulación, se contó con el apoyo de un profesional del derecho, conocedor del procedimiento surtido y de las supuestas irregularidades que pudieron presentarse, de modo que, en principio, la [entidad] no estaba compelida a la necesidad de revisar directamente lo ocurrido y a tener que escrudiñar todas las actuaciones para advertir la ocurrencia de vicios o irregularidades en los procedimientos surtidos».

131 Pág. 8.

132 Pág. 12.

133 Pág. 24.

134 Ibidem.

135 Ibidem.

136 Pág. 153 y 154.

137 Pág. 154.

138 Pág. 162.



139 Pág. 162.

140 Sentencia T-243 de 2017, reiterada en la Sentencia SU-081 de 2020.

141 Pág. 160.

142 Inciso 3 del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012: «La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión».

143 Pág. 17.

144 Pág. 28 y 29.

145 Pág. 37 y 38.

146 Sentencia T-451 de 2010: «De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente: || En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable».

147 Artículo 302 del Código General del Proceso: «Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. || No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud. || Las que sean

proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos».