

Sentencia T-430/16

Referencia:
Expediente T-3.861.922

Demandante:
Municipio San José de Cúcuta.

Demandado:
Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, conformado para dirimir las controversias entre el Municipio de San José de Cúcuta y la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012), en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, conformado para dirimir las controversias entre el Municipio de San José de Cúcuta y la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El Municipio de San José de Cúcuta, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, por considerar que en el laudo que profirió el 3 de diciembre de 2010, al resolver las controversias que surgieron en relación con el contrato de concesión de servicios públicos, que suscribió la entidad territorial con la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P., había desconocido sus derechos fundamentales a la defensa, a la contradicción, a la igualdad procesal y al acceso a la administración de justicia. En consecuencia, solicitó que se “suspenda, inaplique o desaparezca de la vida jurídica” la decisión del mencionado Tribunal de Arbitramento.

2. Hechos

2.1. El 31 de diciembre de 1999, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta profirió el Acuerdo 0193, en cuyo artículo 1º dispuso la creación del “*Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Municipio de San José de Cúcuta para otorgar subsidios a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo*”¹. En dicho acuerdo se definen varios conceptos relevantes en la relación contractual, en particular, para lo que interesa a esta causa, “[s]e entiende por **subsidio** la diferencia entre el valor que un usuario o suscriptor paga por consumo básico del servicio público domiciliario y su costo de referencia, cuando tal costo es mayor que el pago que efectúa el usuario o suscriptor”² (Resaltado fuera del texto original).

En el Acuerdo 0193 de 1999 se estableció lo siguiente sobre el sistema de subsidio y su fuente de financiamiento:

“art. 5º.- El alcalde y el concejo municipal tomarán las medidas que a cada uno correspondan (sic) para apropiar y ejecutar los recursos para subsidiar los consumos básicos de acueducto, alcantarillado y aseo de los usuarios de menores ingresos y extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios aludidos, dando prioridad a esas apropiaciones. La infracción a este deber dará lugar a sanción disciplinaria.

art. 6º.- El Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, será una cuenta especial dentro de la contabilidad del Municipio, a través del (sic) cual se contabilizarán recursos destinados a otorgar subsidios de acueducto, alcantarillado y aseo.

(...)

PAR. 2º.- El Fondo será administrado por la Secretaría de Hacienda Municipal.

art.7º.- Cada entidad prestadora del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, comunicará a la Secretaría de Hacienda o a quien haga sus veces, en la preparación del anteproyecto del presupuesto, los requerimientos anuales de

¹ Según el artículo 1 de dicho Acuerdo. En: cuaderno 3, folio 257.

² Ibídem.

subsidio. Así mismo comunicará los estimativos de recaudo por aportes solidarios cuando haya lugar a ellos”³.

En relación con la contabilidad de las empresas prestadoras y la destinación de los superávits que puedan resultar en el ejercicio de su operación, el acuerdo señaló:

“art. 10.- Por cada servicio prestado en el municipio, corresponderá a la respectiva empresa llevar contabilidad y cuentas separadas de los recursos recaudado por cada uno de ellos, igual manejo harán de otras entidades con destino al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

(...)

art.11.- Las empresas encargadas de prestar el servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, mensual o bimensualmente, o según sea el periodo de facturación efectuará el cálculo de subsidios o aportes solidarios. La diferencia entre estos generará déficit o superávit. En caso de superávit estos recursos ingresaran (sic) al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Municipio donde estos se generen.

art. 12º.- Los superávits resultantes del cruce de que trata el artículo anterior ingresaran (sic) al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos Municipal.

(...)

art. 13º.- Las transferencias efectivas de dinero de las entidades prestadores del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, por concepto de aportes solidarios, sólo ocurrirán cuando presenten superávits después de aplicar internamente los recursos para otorgar los subsidios.

La entidad territorial y la empresa prestadora de servicios definirán el mecanismo más idóneo para garantizar que la transferencia de que trata el inciso anterior se haga efectiva, estableciendo entre otros, los intereses de mora por no giro oportuno.

art.14º.- Las transferencias de dinero del Municipio a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de subsidios deberán ser girados a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio.

Para asegurar esta transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para tal efecto debe suscribirse entre el Municipio y las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán los intereses de mora.

³ Cuaderno 3, folio 258.

El alcalde y el concejo, deberán dar prioridad a las apropiaciones para otorgar subsidios a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo”⁴.

2.2. El 18 de septiembre de 2000 se celebró contrato de concesión para el servicio de recolección de basuras, No. 617, entre el Municipio de San José de Cúcuta (denominado para efectos del contrato El MUNICIPIO); y la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P., (El CONCESIONARIO)⁵, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: La operación del servicio de recolección y transporte de desechos sólidos, barrido de calles, y limpieza de áreas públicas, en una (sic) área de servicio exclusivo Zona NORTE de la ciudad de San José de Cúcuta debidamente delimitada, por el tiempo que aquí se establece, de conformidad con las especificaciones técnicas y el alcance contenido en los términos de referencia elaborados por EL MUNICIPIO en la propuesta técnica presentada por el CONCESIONARIO⁶.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. DURACIÓN: El presente contrato tendrá una duración de ocho (8) años contados a partir del momento en que se legalice el mismo, de conformidad con el numeral 11.9 de los términos de referencia (...)⁷

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. FORMA DE PAGO: La forma de pago en el presente contrato será de la siguiente manera:

- a) mediante el pago por parte de los usuarios del servicio ordinario de aseo del que trata este contrato a través de las facturas del servicio de acueducto y/o energía y/o del CONCESIONARIO, según el caso, descontados los porcentajes para el concesionario del Relleno Sanitario.*
- b) mediante la presentación de cuentas por servicios adicionales aprobados por EL MUNICIPIO, para lo cual el CONCESIONARIO y el INTERVENTOR solicitarán las respectivas certificaciones. El CONCESIONARIO entregará a EL MUNICIPIO una vez que él y el Interventor hayan firmado las actas de cumplimiento, la cuenta de cobro correspondiente. La cuenta será pagada al CONCESIONARIO dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación, siempre y cuando el CONCESIONARIO haya llenado el requisito de suministrar los informes y adjuntado todos los soportes necesarios para la correcta confrontación por EL MUNICIPIO de los mismos, en*

⁴ Cuaderno 3, folio 265.

⁵ Cuaderno 3, folios 78 y ss.

⁶ Cuaderno 3, folio 78.

⁷ Cuaderno 3, folio 79.

caso contrario, el plazo para el pago empezará a contar a partir de la fecha de recepción de las informaciones y soportes requeridos.

PARÁGRAFO: EL CONCESIONARIO deberá cancelar el porcentaje correspondiente del valor de los ingresos mensuales por concepto de Impuesto de Industria y Comercio (Según [sic] el Acuerdo vigente) en su oportunidad y los demás derechos e impuestos que durante la vigencia del contrato se requieran para dar cumplimiento a todas las disposiciones legales vigentes⁸.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. DEMORA EN LOS PAGOS: En el evento de que (sic) EL MUNICIPIO incumpla con su obligación dentro del plazo establecido las cuentas de la CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. FORMA DE PAGO, literal b, no exime al CONCESIONARIO de su obligación de prestarlos, salvo cuando pasados ciento veinte (120) días calendario no se haya hecho efectivo el pago, en cuyo caso el CONCESIONARIO podrá suspender la prestación de estos servicios adicionales, en este caso se restablecerán estos servicios tan pronto EL MUNICIPIO haya hecho efectivo el pago por este concepto. Las cuentas de cobro debidamente diligenciadas que no sean Pagadas (sic) a los treinta (30) días hábiles de su recibo, se les cancelará el interés mensual de mora bancario vigente en esa fecha⁹.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA: COMPROMISORIA: Las partes intervinientes acuerdan que toda controversia, diferencia, cuestión o reclamación que resultare de la ejecución, interpretación o terminación del presente contrato o relacionada con él, en forma directa o indirecta, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento el que se sujetará a las normas legales vigentes sobre las siguientes reglas:

- a) Los árbitros serán elegidos de común acuerdo entre las partes de la lista oficial de árbitros que ara tal efecto lleva el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta.
- b) El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros
- c) La organización interna del Tribunal de Arbitramento se sujetará a los reglamentos previstos para el efecto por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta¹⁰

(...)

CLAUSULA TRIGESIMA QUINTA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: La liquidación del contrato por vencimiento del termina

⁸ Cuademo 3, folio 83.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Cuademo 3, folio 88.

(sic) o por alguna delas causales de terminación anticipada del contrato se hará mediante acta suscrita por el CONCESIONARIO y EL MUNICIPIO, previo cumplimiento de los requisitos de ley”.

2.3. El 18 de mayo de 2004, el Municipio de San José de Cúcuta celebró contrato de operatividad con Proactiva Oriente S.A. E.S.P. (en adelante Proactiva)¹¹, cuyo objeto se concretó en: *“Garantizar la transferencia de recursos desde EL FONDO [Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Municipio de San José de Cúcuta, creado el 31 de diciembre de 1999], mediante el desembolso de los recursos que se recauden con destino al mismo Fondo y que se tenga destinados a subsidiar la demanda del servicio de aseo por los usuarios de los estratos 1,2 y 3 de acuerdo con la tarifa pactada para el servicio en contrato 617”*¹².

Para tal efecto, se estableció, en la cláusula segunda, la forma de pago de la siguiente manera: *“LA EMPRESA recibirá del FONDO según sea el periodo de facturación y de recaudo efectivo de acuerdo a los montos correspondientes.*

*PARÁGRAFO: En cuanto tiene que ver con el giro de los recursos se procederá así: El ingreso de recursos provenientes de la fuente del subsidio se realizará previa la presentación de la liquidación (cuenta de cobro) y la conciliación que se surta entre el Fondo y la empresa prestadora del servicio de conformidad con los periodos de facturación y de acuerdo a las condiciones consagradas en los pliegos para el contrato de concesión 0617 de 2000, y en las demás disposiciones de dichos términos que sean aplicables en lo relacionado al cruce, descuento y transferencias a EL FONDO (...). EL FONDO tendrá la posibilidad de realizar los estudios sobre los ingresos y contabilidad de la empresa. Para efectos de ingreso de recursos deberá tenerse en cuenta los ciclos de facturación y los de recaudo. En caso de mora en el giro de los recursos AL FONDO (sic) se cancelará interés de mora bancarios, a partir del vencimiento del periodo de 30 días que se haga exigible. En giro de recursos se hará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su recaudo, previa la realización de los procesos o de conciliación que se requieran de acuerdo a lo estipulado en el numeral 8.1 y 8.18 de los términos de referencia correspondientes, en caso de presentarse desacuerdos respecto de las liquidaciones entre las partes EL FONDO de acuerdo a las liquidaciones presentadas por la interventoría procederá a realizarlas”*¹³.

A su vez, en la cláusula tercera consta, dentro de las obligaciones del Fondo¹⁴:

“a) El Fondo de Solidaridad y redistribución de Ingresos de Orden Municipal de San José de Cúcuta apropiará en la cuenta denominada (...) los recursos recaudados por LA EMPRESA por la prestación del servicio respectivo y que se tengan destinados para el pago de los subsidios a la demanda de servicios

¹¹ Cuaderno 3, folios 275 y ss.

¹² Cuaderno 3, folio 276.

¹³ Cuaderno 3, folio 276.

¹⁴ Cuaderno 3, folios 276-277.

públicos de los usuarios de los estratos 1,2 y 3, en la forma establecida en la cláusula segunda del presente contrato. b) EL FONDO transferirá a LA EMPRESA respectiva los recursos que le correspondan en virtud de su objeto contractual respectivo. C) EL FONDO debe pagar estas sumas dentro de los (39) días siguientes a la prestación de la cuenta de cobro, siempre que se haya registrado el ingreso en EL FONDO”.

Ahora bien, de las obligaciones de Proactiva se destaca¹⁵:

a) LA EMPRESA, se obliga a presentar al ente municipal en agosto de cada año, la proyección para el año siguiente, de los subsidios a otorgar, los sobreprecios a recaudar y el posible déficit que se presente. B) LA EMPRESA se obliga a efectuar y mostrar el descuento en la factura, correspondiente de subsidio a cada usuario según su estrato. c) Al presentar la cuenta de cobro remitida por el Representante Legal de LA EMPRESA a EL FONDO, debe estar acompañada con la relación detallada del número de usuarios atendidos y sus facturas, porcentaje de subsidio asignado y valor de la tarifa, cada uno de estos rubros se deben especificar por estrato. (...).

2.4. El Alcalde del Municipio de San José de Cúcuta profirió la Resolución 044 de 2004¹⁶ en la que, según las consideraciones en ella realizadas, se reconoce la dificultad que ha habido en problemas e incomprensiones respecto la operación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, y en la cual resolvió, entre otras materias:

ARTÍCULO QUINTO. MANEJO Y TRANSFERENCIA DE LOS RECURSOS:
Los recursos del Fondo serán consignados en cuenta especial para el efecto.

El cálculo de necesidades e ingresos para éste concepto se establecerán provisionalmente al momento de elaborar el presupuesto para la vigencia siguiente de acuerdo a la información suministrada por las empresas prestadoras de los servicios aquí tratados.

En cuanto tiene que ver con el giro de los recursos éstos se desarrollarán así:

El cálculo real de ingresos y transferencias de recursos provenientes de la fuente del subsidio se realizará por las empresas prestadoras, acompañada de la liquidación y la conciliación que se surta entre el Fondo y las empresas prestadoras del servicio (...)

PARÁGRAFO PRIMERO: *Para efectos de ingreso de recursos deberá tenerse en cuenta los ciclos de facturación y los de recaudo.*

El giro de los recursos desde y hacia el FONDO se realizará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su recaudo, previa la realización de los procesos de conciliación y facturación que ese requieran de acuerdo a lo estipulado en el contrato y en los términos de referencia correspondientes y el Decreto 565 de 1996.

¹⁵ Cuaderno 3, folio 277.

¹⁶ Cuaderno 3, folios 265 y ss.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el caso de la prestación del servicio público domiciliario de aseo dada la existencia de tres contratos de concesión en el Municipio de San José de Cúcuta, para la transferencia o giro de los recursos una vez ingresados al Fondo a favor de los concesionarios del servicio, éstos deberán presentar ante el Fondo las correspondientes cuentas de cobro después de realizar la conciliación correspondiente entre el interventor y cada empresa en los porcentajes que de acuerdo a la remuneración pactada en los contratos de concesión se estipularon, mientras se encuentran vigentes y que le corresponden en virtud de su objeto contractual respectivo”

2.5 El proceso arbitral:

2.5.1. El 9 de marzo de 2010, Proactiva invocó la cláusula compromisoria incluida en el contrato de concesión No. 0617 y presentó demanda para que un Tribunal de Arbitramento resolviera las controversias surgidas en la ejecución del mismo¹⁷. En particular señaló, entre otras cuestiones, lo siguiente:

2.5.1.1. En cada vigencia fiscal había presentado las respectivas cuentas de cobro y liquidaciones de los subsidios, de conformidad con la cláusula segunda del contrato de operatividad suscrito, para que fueran incluidos en el presupuesto municipal. Sin embargo, indica, la entidad territorial no realizó la apropiación de recursos solicitados para cada vigencia, y sólo procedió a realizar un pago de subsidios a través del Fondo por concepto de \$2.382.299.576 pesos¹⁸, cuando el monto total por concepto capital dejado de pagar era de \$5.563.152.609 pesos¹⁹.

En consecuencia, solicitó al Tribunal de Arbitramento que declarara que el Municipio de San José de Cúcuta había incumplido las obligaciones pactadas contractualmente, en concreto, las relacionadas con la asignación presupuestal para el pago de subsidios a los que se refiere la Ley 142 de 1994 en favor de los estratos 1, 2, y 3, para lo cual pone de presente el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1998, respecto a la naturaleza, competencia y obligatoriedad presupuestal en el tema de los subsidios.

2.5.1.2. En el contrato de concesión No. 0617 se pactó un término de duración de ocho años, contados a partir de la legalización, que, efectivamente, se realizó el mismo día en que se suscribió (18 de septiembre de 2000). Por tanto, solicitó la declaración de terminación del contrato por vencimiento del plazo desde el 17 de septiembre de 2008 y que, en consecuencia, se procediera a la liquidación del mismo, incluyendo los valores relacionados con los subsidios que no fueron pagados por el Municipio, con sus correspondientes intereses legales comerciales y actualizaciones.

Sobre este aspecto señaló que, en la medida en que el contrato no estableció un plazo para realizar la liquidación a la terminación del mismo, debía aplicarse lo

¹⁷ Cuaderno 3, folios 223 y ss.

¹⁸ Cuaderno 3, folio 228.

¹⁹ Cuaderno 3, folio 240.

establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, a falta de estipulación se debe realizar dentro de los cuatro meses siguientes a la expiración del contrato. Es decir que, *“para el caso presente, hasta el 17 de enero de 2009 la administración tenía facultad para liquidarlo de mutuo acuerdo. Y vencido dicho término el MUNICIPIO lo podría liquidar unilateralmente en los dos meses siguientes, es decir hasta el 17 de marzo de 2009, sin que hubiese ocurrido dicha situación”*²⁰. Por lo que, en atención a que ya habían transcurrido más de seis meses del vencimiento del plazo sin que se haya liquidado el contrato, el contratista puede solicitarlo ante la autoridad judicial.

Lo anterior, además, precisa la empresa, justifica la intervención del Tribunal de Arbitramento, pues, dado que no ha sido posible darle cumplimiento a la cláusula trigésima quinta que disponía la liquidación bilateral, la autoridad judicial habilitada por las partes debía definir este asunto, y, en consecuencia, liquidar los respectivos valores por el concepto de subsidios que la entidad territorial le adeuda.

2.5.2. De conformidad con la cláusula compromisoria del contrato de concesión, la Cámara de Comercio de Cúcuta designó los árbitros y, en efecto, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 5 de abril de 2010.

2.5.3. Una vez instalado el Tribunal de Arbitramento, decidió admitir la demanda arbitral, correr traslado a las partes y se comunicó a la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos.

2.5.4. El 4 de abril de 2010 fue notificado el Municipio demandado, de manera personal a través de apoderada judicial.

2.5.5. El Procurador Delegado para Asuntos Administrativos rindió concepto en el que manifestó que, para efectos de proteger el erario, una posible declaratoria de orden de pago a cargo del Municipio, requiere que el Tribunal de Arbitramento analice detenidamente el cumplimiento de las cláusulas contractuales en relación con los requisitos que debió cumplir Proactiva para validar las cuentas por concepto de subsidios.

2.5.6. El Municipio de San José de Cúcuta no contestó la demanda, no solicitó pruebas, ni propuso excepciones en el término de traslado²¹.

2.5.7. El 23 de abril de 2010, se convocó la audiencia de conciliación, la cual no se llevó a cabo, dejándose la respectiva constancia de que no había asistido persona alguna en nombre de la Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta²².

²⁰ Cuaderno 3, folio 231.

²¹ Así lo constató el Tribunal de Arbitramento en el Laudo. A folio 4, cuaderno 3.

²² *Ibídem*.

2.5.8. Por Auto del 25 de mayo de 2010 se accedió a la petición de la parte convocante y se nombró perito para establecer el balance final del contrato de concesión.

2.5.9. El Municipio objetó por error grave dicho peritaje, al considerar que: (i) al perito no le corresponde definir el objeto del proceso pues esta es una función del juez de conocimiento; (ii) se equivoca el perito al afirmar que es obligación de las entidades territoriales participar en el sistema de subsidios, tanto en la creación de los fondos como en el aspecto financiero; (iii) la liquidación tenía que sustentarse en el tenor literal del contrato que es ley para las partes; (iv) en atención a la ausencia de los requisitos que debían tener las cuentas remitidas al Fondo, no puede concluirse que el Municipio esté obligado al pago de los subsidios, y, en consecuencia, tampoco procede liquidar intereses de mora; y, por último, que (v) el déficit alegado por la demandante se debe a su equivocada gestión comercial.

2.5.10. El 2 de noviembre de 2010 se celebró audiencia en la que las partes presentaron de forma oral sus alegatos de conclusión²³. Al respecto, en el recuento que el Tribunal de Arbitramento hace sobre la audiencia celebrada en la fecha mencionada, se refirió sobre la naturaleza de esta etapa procesal, ante el hecho que el Municipio convocado había presentado alegatos sin haber hecho uso de las etapas procesales previas para ejercer su defensa. En tal sentido indica que es la oportunidad de cada parte para *“demostrar las razones que le acompañan y debilitar al adversario, incorporando determinados hechos o normas como fundamento de sus excepciones (...)”*, de lo cual, aclara, no se puede entender como *“una oportunidad más para excepcionar como lo pretende el apoderado de la convocada en su escrito, porque ello sería violar el principio general del derecho procesal conocido como de la eventualidad o preclusión de las etapas procesales a superadas, reviviendo las mismas para efectuar aquellos actos procesales propios de esa etapa”*²⁴.

2.5.10.1. En los alegatos de conclusión el Municipio afirmó:

- (i) La liquidación del contrato debía referirse a las obligaciones contenidas en el mismo, dentro de las cuales se integra lo dispuesto en los términos de referencia, y en los que no consta la obligación del Municipio de hacer aportes presupuestales con destino al Fondo. Mientras que dicho Fondo, advierte la entidad territorial, fue concebido para que sus recursos provinieran *“de manera exclusiva”*²⁵ del superávit resultante en cada periodo, entre las contribuciones y los subsidios concedidos. Así las cosas, la obligación del pago del Fondo está supeditada a que se le hayan girado los recursos provenientes de los superávit, situación que no está plenamente identificada.
- (ii) Ninguna de las cuentas enviadas al Fondo por parte de Proactiva se acompañó de los soportes necesarios que justificaran el cobro y donde

²³ Cuaderno 3, folio 91 y siguientes.

²⁴ Cuaderno 3, folios 31-32.

²⁵ Cuaderno 3, folio 94.

fueran claras las variables de (i) número de usuarios que cancelaron el servicio en cada estrato subsidiado; (ii) número de usuarios de los estratos que no les correspondía el subsidio. Esto, con el propósito de que el cobro de subsidios se haga sobre el valor cruzado entre los sobrepagos y los subsidios, efectivamente cobrados.

- (iii) Las cuentas de cobro que presentó Proactiva, primero, fueron allegadas más de un año después de generado el supuesto déficit, y, segundo, reflejaban inconsistencias en el valor de las tarifas que fueron inicialmente pactadas, con valores superiores a los pactados en los términos de referencia. En consecuencia no se pueden reclamar valores superiores a los debidos por los errores cometidos por Proactiva.
- (iv) Teniendo en cuenta lo anterior, al no ser exigibles los subsidios, resulta un imposible jurídico reclamar el pago de mora respecto de obligaciones inexistentes.
- (v) De otra parte, el Tribunal de Arbitramento no contaba con competencia para resolver el presente asunto, toda vez que ésta depende del pacto expreso —y no tácito— de las partes. Es decir que, en la medida en que el contrato se compone de diferentes etapas, a saber: celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación; en esta oportunidad la cláusula compromisoria sólo se había pactado para lo referente a la ejecución, interpretación o terminación del contrato. De manera que habían quedado excluidas la celebración y la liquidación, y no podía entenderse que la expresión que en la cláusula disponía: “*o relacionada con él [en el contrato] en forma directa indirecta*”, extendiera la competencia a etapas excluidas por las partes, sino que se refería a cualquier aspecto relacionado con aquellas sobre las cuáles habían pactado acudir a la justicia arbitral.

En relación con este último aspecto, el Municipio solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia, toda vez que no le corresponde al Tribunal alterar la competencia que corresponde definir exclusivamente a las partes.

2.5.10.2. En la misma audiencia para presentar alegatos de conclusión, la parte convocante, Proactiva, reafirmó sus pretensiones, indicando que la demanda arbitral se había interpuesto dentro del término, que las reclamaciones giraban en torno a la solicitud de liquidación del contrato que no se había realizado por parte de la entidad territorial, y que, particularmente, estaba dirigida al reconocimiento del pago de los subsidios que habían sido pactados.

2.5.10.3. Por su parte, el Ministerio Público²⁶ también intervino en la audiencia y advirtió sobre el riesgo que significaba para el patrimonio público la omisión y falta de diligencia del Municipio de San José de Cúcuta al no haber dado contestación a la demanda, toda vez que “*se ha perdido la oportunidad de*

²⁶ Procuraduría 23 Judicial II de Cúcuta.

*proponer medios exceptivos, solicitar y aportar elementos probatorios de juicio, así como controvertir los presupuestos de hecho y de derecho de la demanda arbitral en lo atinente al cumplimiento y liquidación del contrato de concesión No. 0617”*²⁷.

Respecto a la reclamación del pago de subsidios, no compartió el argumento del Municipio orientado a que no estaba obligado porque la prestación no constaba expresamente en los términos del contrato, pues “*el modelo de solidaridad tarifario no puede hacerse soportar tan sólo en uno de sus vértices: el recargo en la tarifa de los servicios por cuenta de unos sectores de la población (subsidios tarifario cruzados), sino **mediante creación y puesta en funcionamiento de los Fondos de Solidaridad por medio de los cuales se canalicen los recursos presupuestales que le sirven de fuente** // Ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad **constituye un deber a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras y sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, sólo así podrán las finalidades sociales del Estado; (sic)** sólo así el Estado podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicio públicos a todos los habitantes del territorio nacional (...)*”²⁸. (Resaltado del original). Y, posteriormente, hace un análisis de las normas constitucionales y legales que regulan los subsidios en materia de servicios públicos, de lo cual concluye que éstos se financian, en parte, con la tributación, y el resto con cargo a recursos presupuestales de las entidades públicas. En concreto, el Procurador Delegado hace referencia al artículo 7 de la Ley 632 de 2000 (el cual modificó el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994), que dispone:

“En el evento de que los 'Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos' no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional”.

Por lo tanto, considera que con ese fundamento normativo, “*las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal, por supuesto incluyendo al Municipio de San José de Cucuta (sic), deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos*”²⁹.

Respecto a las objeciones del Municipio en relación con el hecho que Proactiva no entregó los soportes necesarios con las cuentas de cobro, el Ministerio Público consideró que el Tribunal debe hacer un acucioso examen del material probatorio para establecer la procedencia, pago y mora de los valores que la

²⁷ Cuaderno 3, folio 110.

²⁸ Cuaderno 3, folio 137.

²⁹ Cuaderno 3, folios 136 y 137.

demandante reclama. Asimismo, también señala que, con el propósito de determinar si hay lugar a reconocimiento de mora, el Tribunal debe confirmar si Proactiva presentó debidamente y en tiempo oportuno las solicitudes de reconocimiento del déficit.

2.5.11. El 3 de diciembre de 2010, el Tribunal de Arbitramento profirió **laudo arbitral** en el que, en términos generales, se refirió, sobre la procedibilidad de la demanda arbitral y su competencia para conocerla; la objeción al dictamen pericial que realizó el Municipio de San José de Cúcuta; y sobre las pretensiones de la demanda.

2.5.11.1. Primero que todo, el Tribunal se pronunció en relación con (i) la caducidad de la acción y (ii) su competencia para resolver el litigio, teniendo en cuenta el alcance de la cláusula compromisoria.

2.5.11.1.1. Respecto al primer asunto, indicó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la caducidad de la acción para controvertir aspectos derivados de la ejecución del contrato es de dos años, contados a partir del hecho que causa la controversia. Lo que, en el caso concreto, por tratarse de la liquidación, este término, según lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-832 de 2001, se debía contar a partir de la ejecutoria del acto que la apruebe, y en caso de que no realizarse durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido, la parte interesada podrá acudir ante la jurisdicción, a más tardar, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

Así pues, el Tribunal de Arbitramento estimó que, de acuerdo con el material probatorio, la iniciación real del contrato se dio a partir del 7 de noviembre de 2000³⁰, de manera que, en tanto que su vigencia era de ocho años, el contrato se terminó el 7 de marzo de 2009, y como no se realizó la liquidación en los dos meses siguientes, el término de caducidad se debe contar desde el 8 de mayo de 2009 hasta el 7 de mayo de 2011. En este orden de ideas, concluye el Tribunal que, dado que la demanda arbitral se instauró el 9 de marzo de 2010, *“no estaba caduca la acción, por no haber transcurrido más de dos (2) años”*³¹.

2.5.11.1.2. Ahora bien, sobre su competencia para conocer de un litigio relacionado con el régimen de contratación del Estado, indicó que, de conformidad con el Estatuto General de Contratación Pública y la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta que hay materias intransigibles que no pueden ser definidas en sede de arbitramento, como es el caso de la legalidad de actos administrativos y otras materias reservadas exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta prohibición, en materia contractual, además se hace extensiva a la definición sobre la legalidad de

³⁰ Aunque al tratar este punto no explica por qué esta es la fecha real de iniciación, no obstante que el contrato fue suscrito el 17 de septiembre, posteriormente, cuando aborda el fondo del asunto y analiza el material probatorio, el Tribunal de Arbitramento, indica que, según se desprende de las cuentas de cobro, las operaciones se iniciaron hasta el mes de noviembre-. Esto último en el Cuademo 3, folio 57.

³¹ Cuademo 3, folio 41.

actos administrativos que, en ejercicio de una potestad excepcional que tienen las entidades públicas en los contratos en que son parte, estén destinados a la modificación, la interpretación, la terminación unilateral, así como a la caducidad del mismo.

En este sentido, sobre la liquidación unilateral del contrato, aclaró el Tribunal, era preciso tener en cuenta que este acto tiene dos connotaciones: una, en cuanto acto administrativo que pone fin a un contrato, y, otro, en la medida en que *“se trata de un acto meramente contractual en el aspecto de la decisión que se refiere a la liquidación económica de la relación contractual”*. Esta distinción conduce a concluir que *“los tribunales de arbitramento podrían llegar a ser competentes para conocer de los litigios derivados de la ejecución de un contrato que se encuentre liquidado”*³².

Lo anterior lo soporta en la premisa general desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual se ha admitido que los tribunales de arbitramento son competentes para conocer de los conflictos económicos derivados de un acto administrativo, más no para lo atinente a la legalidad del mismo³³. En concreto, esta competencia se predica de la liquidación contractual, en relación con los efectos económicos que de ella se desprenden, con mayor razón si no se ha realizado dentro de los plazos legales.

Bajo este orden de ideas, el Tribunal estimó que sí tenía competencia para conocer del presente asunto y que era posible realizar la liquidación en sede arbitral, pues el Municipio no ha proferido acto administrativo en este sentido, y, en cambio, sí fue solicitada oportunamente por la empresa Proactiva. De manera que *“[p]ara el Tribunal, la solicitud de liquidación judicial del contrato, sin que la administración haya hecho gala de su posición dominante, priva a la administración de ejercer esa facultad, lo que hace que la controversia salga de la esfera de las partes y trascienda a la competencia de ese tercero que por ley, o por delegación, es llamado a resolver las diferencias, en este caso los árbitros nombrados para dirimir esta contienda en sede arbitral”*³⁴.

Por último, el Tribunal concluye lo relativo a la competencia al decir que, en todo caso, de conformidad con el Decreto 1818 de 1998, la oportunidad para hacer algún reproche sobre la falta de competencia era la primera audiencia de trámite, lo que no había ocurrido.

2.5.11.2. El Tribunal se pronunció sobre la objeción al dictamen pericial que realizó el Municipio de San José de Cúcuta, la cual declaró improcedente en los siguientes términos:

³² Cuaderno 3, folio 45.

³³ El Tribunal de arbitramento hace referencia a la Sentencia del 15 de mayo de 1992 de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo. En Cuaderno 3, folio 45.

³⁴ Cuaderno 3, folio 47.

- (i) No hay lugar al reproche en relación con que el perito extralimitó sus funciones haciendo un juzgamiento del caso, pues lo que consta es un concepto técnico rendido sobre la liquidación del contrato.
- (ii) Sobre la obligación de la entidad territorial en el cumplimiento de los subsidios, no resulta ser una conclusión del perito sino un concepto legal que también hace evidente el Ministerio Público, cuando indica que el modelo de solidaridad tarifario debe sostenerse, además de los cruces de cuentas con las contribuciones, también los recursos públicos deben contribuir a la mejor prestación de los servicios públicos a la población necesitada.
- (iii) Respecto al reproche de que la liquidación tiene que sujetarse a las cláusulas contractuales que es ley de las partes, el Tribunal lo rechaza en atención a que esta no corresponde a una objeción al peritazgo sino una proyección a futuro sobre una liquidación que, al momento de la objeción no se había realizado todavía.
- (iv) Afirmar que Proactiva no ha acreditado debidamente una sola cuenta a cargo del Fondo, no es una objeción al peritazgo, sino una excepción de fondo que debió alegar en la contestación de la demanda, por lo que pretende revivir etapas ya surtidas en el proceso.
- (v) Sobre la ausencia de obligación en el pago de intereses, indica el Tribunal que esta es una afirmación simple que, primero, corresponde a una excepción de fondo y no una objeción, y, segundo, no se presenta justificación o argumentación a la misma.
- (vi) Finalmente, en relación con la aseveración del Municipio en el sentido que el déficit de Proactiva se debe a su mala gestión comercial, es de tener en cuenta, dice el Tribunal, que el peritaje tiene una finalidad muy concreta sobre lo solicitado en el proceso, y no le correspondía examinar las actuaciones comerciales acertadas o equivocadas del convocante.

2.5.11.3. Sobre las pretensiones de la demanda, el Tribunal de Arbitramento realizó las siguientes consideraciones, en torno a las condiciones de la relación contractual entre las partes:

2.5.11.3.1. En la medida en que el contrato tenía un término de duración de 8 años, había terminado el 8 de noviembre de 2008.

2.4.11.3.2. De los términos del contrato no se podía deducir que el recaudo por facturación fuera una condición para efectuar los pagos y transferencias, por el contrario, *“de manera expresa se determinó, la prestación de la respectiva cuenta de cobro o factura y su pago en un plazo de 30 días en concordancia con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 565 de 1996 y del artículo 99.8 de la Ley 142 de 1994”*³⁵. Además, *“existe plena prueba de las cuentas de*

³⁵ Cuaderno 3, folio 58.

Al respecto, el artículo 11 del Decreto 565 de 1996 citado por el tribunal establece:

cobro o facturas presentadas por la empresa PROACTIVA ORIENTE S.A. E.S.P.”, y, agrega, que “[t]odas las facturas relacionadas como pruebas, tienen el correspondiente recibido por parte de la Secretaría de Hacienda Municipal, en su calidad de administrador del Fondo, así como, cada cuenta de cobro reúne los requisitos exigidos por los términos de referencia, el contrato de concesión y de operatividad, tales como: el número de usuarios por estratos, los subsidios y los sobreprecios, liquidados de acuerdo al plan tarifario establecido por la alcaldía y la C.R.A.”.

2.5.11.3.3. El Tribunal encontró que la deficiencia en los trámites de cobro de los subsidios, había consistido en la negligencia del Municipio al “*no tomar las medidas necesarias para que ingresaran al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, el superávit o la diferencia positiva entre los aportes solidarios recaudados por la empresa ASEO URBANO S.A. E.S.P., para que fuera destinado a cubrir el déficit por subsidios de la empresa PROACTIVAORIENTE S.A. E.S.P., por lo tanto, si existía un contrato suscrito con el municipio, para que éste pudiera hacer las transferencias del Fondo de Solidaridad, para el pago de subsidios, por producir déficit por la prestación del servicio en los estratos 1, 2 3*”³⁶.

2.5.11.3.4. Aunado a lo anterior, el Tribunal indicó que “*la empresa PROACTIVADE ORIENTE S.A., informó antes del 15 de julio de cada año, a la Alcaldía Municipal y a la Secretaría de Hacienda, el monto total de los recursos potenciales a recaudar para obtener el equilibrio por los subsidios para ser incluido en el presupuesto municipal, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente y el porcentaje o factor de aporte solidario aplicado en el año respectivo al Alcalde Municipal de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994 (...)*”³⁷.

2.5.11.3.5. Por otra parte, el Tribunal concluyó que Proactiva cumplió con el objeto del contrato de concesión y sus obligaciones, de modo que solamente quedó pendiente el pago que le correspondía hacer al Municipio por el concepto de subsidios, a través de las transferencias al Fondo de Solidaridad. Esto, con fundamento en el informe de quien ejerció como interventor del contrato entre mayo de 2001 y diciembre de 2007, y “[d]e su informe se desprende con absoluta certeza que la empresa PROACTIVA ORIENTE S.A. E.S.P., cumplió con todas sus obligaciones contractuales en sus aspectos legales (folio 925); técnicos (folios 391 a 937); económicos (folio 938 y comerciales (folio 939 a 947))// Es importante resaltar que el interventor menciona en su informe, que el concesionario cumplió con el valor del contrato, la forma de pago y las tarifas aplicadas”. Y, finalmente, el Tribunal cita apartes de las explicaciones del interventor en cada uno de estos aspectos.

“11. Transferencias de dinero de las entidades territoriales. Las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de subsidios, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio (artículo 99.8 de la Ley 142 de 1994)”.

³⁶ Cuaderno 2, folio 58.

³⁷ Todo lo citado en el Cuaderno 3, folio 58.

2.5.11.3.6. Asimismo, se refirió a los artículos 366³⁸ y 368³⁹ de la Constitución y a los artículos 89⁴⁰ y 99⁴¹ de la Ley 142 de 1994, de donde se deriva la vinculación de las entidades territoriales (sean del orden nacional, departamental o municipal) en la prestación de los servicios públicos, y, específicamente, hace énfasis en las normas que disponen sobre las medias y provisiones presupuestales para garantizar la concesión de subsidios.

En este orden de ideas, para establecer la exigibilidad de lo adeudado por concepto de subsidios, el Tribunal hizo una valoración del material probatorio y concluyó que el dictamen pericial había enseñado que los mismos habían sido calculados a partir de la facturación presentada para cada periodo, de conformidad con el Decreto 1013 de 2005 expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que establecía la metodología para determinar el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones⁴².

Igualmente, encuentra que el soporte probatorio demuestra que Proactiva contaba con los servicios de facturación, sobre lo cual incurrió en gastos que no le fueron reconocidos, y no solo eso, sino que no consta que la Alcaldía se haya opuesto a los valores cobrados por subsidios, ni objetado las cuentas presentadas; ni tampoco obra *“una revisión u objeción de las tarifas o del numero (sic) de usuarios por el cual se cobraba, ni mucho menos una interpretación unilateral del contrato motivada mediante acto administrativo, advirtiendo también, que todos los requerimientos estaban dirigidos con copia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien en muchas ocasiones se pronunció ordenando a la Alcaldía efectuara las transferencias correspondientes”*⁴³.

2.5.11.3.7. Respecto al hecho que el contrato no se había liquidado por la Alcaldía, el Tribunal reconoció que Proactiva había solicitado al Municipio, sin que haya recibido respuesta, que liquidara el contrato⁴⁴.

³⁸ “Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

³⁹ “Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

⁴⁰ De la norma, el Tribunal destacó el numeral octavo que reza:

“89.8.. En el evento de que los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos”.

⁴¹ “99.8. Cuando los Concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la transferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio”.

⁴² Cuaderno 3, folio 64.

⁴³ Cuaderno 3, folio 65.

⁴⁴ Al respecto, se refiere a unos oficios aportados al proceso arbitral del 9 de diciembre de 2008 y del 18 de febrero de 2009.

2.5.11.3.8. Por otra parte, el Tribunal de Arbitramento, se pronunció sobre cada una de las pretensiones, y señaló que (i) el Municipio, efectivamente, había incumplido la obligación de pagar los subsidios correspondientes a los estratos 1, 2 y 3, *“además demoró injustificadamente la suscripción del contrato de operatividad para garantizar la transferencia de los recursos desde el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, pagando solamente durante los ocho (8) años de ejecución del contrato la suma de \$2.392.296.579, correspondientes a los subsidios”*⁴⁵.

(ii) También consideró que la pretensión orientada a que se declarara que el contrato de concesión terminó por vencimiento del plazo, estaba llamada a prosperar, como ya había quedado demostrado al hacer el análisis de las fechas de inicio y del término de duración del mismo.

(iii) En consecuencia con lo anterior, la liquidación del contrato era el procedimiento a seguir para determinar si se cumplieron las obligaciones y si las partes se encontraban a paz y salvo por todo concepto de su ejecución. De modo que, teniendo en cuenta que ni de común acuerdo entre las partes, ni de forma unilateral por la entidad territorial, se ha procedido a su liquidación, resulta justificado acceder a la solicitud jurisdiccional de Proactiva en este sentido.

(iv) De todo lo anterior se deriva que el Tribunal también accediera al reconocimiento de incluir en dicha liquidación los valores adeudados por subsidios (\$6.157.159.147 pesos) con sus respectivos intereses legales (\$5.177.746.563). Éstos últimos, en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha definido que los intereses permiten redimir el perjuicio causado por la mora en el pago de lo debido, y que fueron demostrados en el proceso arbitral a partir de las cláusulas del contrato de concesión, el contrato de operatividad, el dictamen pericial, los informes de los interventores y las facturas de cobro.

El Tribunal de Arbitramento no accedió al reconocimiento del pago por concepto de indexación, pues *“en el dictamen pericial practicado no se estableció este monto y mal haría esta instancia incluir en el contrato una liquidación que no fue probada debidamente, por lo cual merecerá su rechazo”*⁴⁶.

(v) Asimismo, estima que la pretensión de reconocimiento del servicio de facturación para la distribución, impresión, recaudo de pagos y recuperación de cartera, del servicio de aseo, mediante procesamiento de la información en un *software*, estaba llamada a prosperar, toda vez que *“existe plena prueba del contrato de prestación de servicio (...)”*⁴⁷. Por lo que condenó al pago por concepto de mayor valor de comercialización asumida por la convocante (\$542.500.000).

⁴⁵ Cuaderno 3, folio 70.

⁴⁶ Cuaderno 3, folio 70.

⁴⁷ Cuaderno 3, folio 70.

2.5.11.3.9. Por último, después de indicar que le correspondía al Municipio de San José de Cúcuta, por haber sido vencido en el juicio pagar las costas judiciales, el Tribunal pasó a realizar una consideración sobre la actitud del convocado frente a las pretensiones y los hechos alegados por la convocante, en la que se llama la atención en que el Municipio fue notificado personalmente, dentro del término legal de la demanda arbitral, sin embargo no contestó la demanda, ni propuso excepciones; no solicitó pruebas, ni asistió a la audiencia de conciliación. Solamente solicitó aclaración del dictamen pericial, lo objetó y presentó alegatos de conclusión. Todo lo cual tiene incidencia en la decisión adoptada, pues, según el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento sobre los hechos lleva al juez a que lo aprecie como indicio grave en contra de la parte demandada.

2.6. El recurso de anulación

2.6.1. El Municipio de San José de Cúcuta interpuso recurso de anulación en contra del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento el 3 de diciembre de 2010, con fundamento en las causales indicadas en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que era la normatividad vigente cuando se inició el proceso arbitral, que se referían a:

“(…)

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y,

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

2.6.1.1. En relación con la primera causal, el Municipio sostuvo que la etapa de liquidación del contrato no estaba incluida en las materias objeto de la cláusula compromisoria, en consecuencia, el Tribunal de Arbitramento no contaba con competencia para resolver al respecto.

El Municipio precisó que cuando la cláusula compromisoria dispuso que la justicia arbitral conocería de toda “*controversia, diferencia, cuestión o reclamación de forma directa o indirecta del contrato*”, se refería concretamente a las etapas que expresamente se mencionaron, esto es: la ejecución, interpretación o terminación del mismo. Agregó que, si la intención hubiera sido incluir todas las etapas de la relación contractual, incluyendo la liquidación, se habría tenido que redactar una manera como la siguiente: “*Toda circunstancia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento*”.

2.6.1.2. Respecto a la segunda causal, el Municipio afirmó que para proferir su fallo, el Tribunal de Arbitramento no había tenido en cuenta los argumentos que había presentado en los alegatos de conclusión. En esa dirección, puntualizó que el hecho de no haber contestado la demanda no implicaba que no pudiera defender sus intereses, controvertir las pruebas, alegar de conclusión y oponerse a las pretensiones de la contraparte.

2.6.2. En sentencia del 17 de noviembre de 2011, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso elevado, a partir de las siguientes consideraciones:

2.6.2.1. Resultaba infundado el cargo relacionado con la primera causal en la que el Municipio alegó que la liquidación del contrato de concesión no estaba incluida en el pacto compromisorio, el Consejo de Estado señaló que, de la redacción de la cláusula se podía deducir la competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver la materia, pues al decir que *“toda controversia, diferencia, cuestión o reclamación que resultare de la ejecución, interpretación o terminación del presente contrato o relacionada con él, en forma directa o indirecta, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento”*⁴⁸, se colige que las partes excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, además de las controversias derivadas de la ejecución o de la terminación del contrato, cualquier otro conflicto directo o indirecto relacionado con él, *“entre los cuales naturalmente se encuentra su liquidación”*.

Así las cosas, la Sección Tercera señaló que los árbitros fueron facultados por las mismas partes para realizar la liquidación del contrato de concesión, frente a lo cual el propio Municipio no se opuso, ni en la primera audiencia de trámite, ni cuando tuvo oportunidad en la contestación de la demanda; *“situación que lleva a la Sala a considerar que el Municipio no se opuso a que la liquidación del mencionado contrato fuese objeto del laudo”*⁴⁹.

2.6.2.2. Por otra parte, el Consejo de Estado también consideró infundado el cargo por la segunda causal acusada, para lo cual la Corporación se refirió a cada uno de los argumentos que el Municipio expuso en los alegatos de conclusión y que consideró no fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Arbitramento, así:

- (i) Sobre la alegación conforme a la cual, dado que el contrato es ley para las partes y solo puede ser modificado por mutuo consentimiento, no cabía acudir a la justicia arbitral dado que la etapa de liquidación no había sido convenida en la cláusula compromisoria, la Sección Tercera del Consejo de Estado se remitió a lo considerado al resolver la primera causal, cuando definió que sí había competencia arbitral para realizar la liquidación.
- (ii) Respecto de la pretensión orientada a establecer que no se acreditó la obligación de pago de los subsidios a cargo del Fondo de Solidaridad, toda vez que Proactiva no habría presentado debidamente una sola cuenta en los términos del contrato, pretensión que se hacía extensiva a la mora por la falta de pago de los mismos conceptos, el Consejo de Estado encontró que, no sólo el Tribunal de Arbitramento había abordado estos aspectos para concluir que eran exigibles las obligaciones según lo probado en el proceso y que los argumentos que presentó el Municipio en

⁴⁸ Resultado del texto original, en el Cuaderno 3, folio 376.

⁴⁹ Cuaderno 3, folio 379.

la etapa de alegatos de conclusión, constituían excepciones que debieron formularse en la contestación de la demanda.

En consecuencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que, en lo atinente a la segunda causal, el recurrente se fundamentó en alegatos que constituyen materia propia de las excepciones de fondo y que, por tanto, debieron plantearse en la contestación de la demanda. Sin embargo, el Consejo de Estado señaló que, en todo caso, el laudo arbitral había respondido al principio de congruencia contemplado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, que indica que la sentencia debe referirse a las excepciones propuestas y a cualquier otra que el fallador encuentre probada. Exigencia que también está prevista en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que señala que la sentencia debe guardar relación con los hechos, las pretensiones contenidas en la demanda y con las excepciones alegadas y que aparezcan probadas; al igual que lo dispuesto en el artículo 306 del mismo código, en el sentido que el juez debe reconocer como probados los hechos que constituyen una excepción.

2.6.2.3. Con fundamento en todo lo anterior, el Consejo de Estado resolvió declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por el Municipio de San José de Cúcuta, y, en consecuencia, condenarlo en las costas judiciales.

3. Fundamentos de la acción de tutela

En el escrito de tutela, presentado el 31 de mayo de 2012, el Municipio de San José de Cúcuta alega que el Tribunal de Arbitramento, al proferir el laudo, incurrió en dos defectos: uno, de tipo fáctico relacionado con la valoración probatoria que llevó al fallador a condenar al Municipio al pago de los subsidios, y otro, de tipo sustantivo por inaplicación de normas imperativas a la hora de determinar si procedía el pago de los mencionados subsidios.

3.1. El Municipio divide en cuatro cargos el defecto fáctico alegado: (i) haber fallado sin obrar prueba para ello; (ii) condenar sin tener en cuenta situaciones que hacían imposible el fallo; (iii) condenar con base en una prueba pericial nula; y (iv) condenar sin tener en cuenta que no existía obligación en el presupuesto del municipio.

3.1.1. Respecto a la ausencia de prueba para proferir el fallo del Tribunal de Arbitramento, el accionante se refirió a que no consta una “***prueba contable financiera que permita soportar la cadena de pago de los subsidios (...)***”⁵⁰. (Resaltado del original). En tal sentido, indica que los árbitros no realizaron un análisis de la contabilidad, balances o cuentas de Proactiva, con lo cual inobservaron las normas contenidas en el artículo 89 de Ley 142 de 1994 y los conceptos realizados por la Superintendencia de Servicios Públicos y Domiciliarios al respecto, y que, en general, se refieren a la contabilidad que

⁵⁰ Cuaderno 2, folio 14.

deben llevar las empresas que presten servicios públicos, y, en especial, a los subsidios que deben ser reconocidos por los fondos de solidaridad.

Sobre el mismo aspecto, el accionante considera que el Tribunal de Arbitramento reconoció la obligación de pago de los subsidios sin que en el contrato hubiera prueba sobre la existencia de esta obligación, la cual, no podía ser deducida de un pago realizado por el Fondo a la empresa que prestaba los servicios en el área sur de la ciudad. Además, el Municipio sostiene que el Tribunal había desestimado sin motivación alguna el concepto del interventor que consideró que los subsidios solicitados no comprometían los recursos públicos de la entidad territorial.

En este punto, el tutelante cuestionó el hecho de que el Tribunal de Arbitramento no había comprendido cómo se realiza la forma de pago en los servicios públicos, pues era indispensable para su estimación la existencia de balances que reflejaran el comportamiento entre subsidios y retribuciones en desarrollo de la prestación del servicio. Esto, en la medida en que sólo de un análisis de las cuentas de cobro y las facturas, que no se había hecho, era posible establecer que el Municipio no era deudor de los subsidios, y que si constaba el pago por un valor de \$2.382.296.579 pesos, ello no era prueba de que el Municipio hubiera reconocido la obligación de pagar los subsidios, sino que este valor provenía de *“los giros del Fondo de Solidaridad y Retribución de Ingreso, a causa del giro realizado del superávit generado en el área exclusiva sur, administrada por la empresa ASEO URBANO”*⁵¹.

Por otra parte, indica, que el Tribunal de Arbitramento confunde la forma de cobrar los subsidios, que debía realizarse a partir de la diferencia entre los subsidios y las contribuciones, lo cual sólo se podía establecer con la existencia y presentación de un balance, que en este caso no se había aportado. Cosa distinta, en cambio era el cobro de los subsidios que han sido ya aprobados en el presupuesto del Municipio, que se puede hacer vía cuentas de cobro⁵². Con esto, el tutelante reitera la alegación de que la decisión adoptada en el laudo, careció de una prueba contable necesaria, que reflejara en un balance de la operatividad del servicio prestado.

A continuación el accionante pasa a hacer una amplia explicación de cómo se debe entender la contabilidad de las facturas que los usuarios pagan por el servicio público y cómo se debe entender el cobro de los subsidios, de tal modo que *“(…) se debe discriminar entre el valor que corresponden (sic) al costo económico de la referencia del servicio y los que corresponde a subsidios no se puede permitir la equivocada interpretación que realiza el Tribunal, por fundarse en conceptos jurídicos y juicios equivocado producto de la falta de conocimiento del perito – abogado”*⁵³. Además, hizo algunas precisiones sobre los periodos contables, la estructura tarifaria y otros aspectos del cobro que debieron tenerse en cuenta por el Tribunal a la hora de determinar la obligación de pagar subsidios.

⁵¹ Cuaderno 2, folio 16.

⁵² Cuaderno 2, folio 17.

⁵³ Cuaderno 2, folio 22.

Todo lo anterior determina, según el Municipio, que no obre prueba de que se generó un desequilibrio económico que deba ser reparado, pues para ello, resultaba indispensable haber tenido en cuenta la ecuación financiera compuesta de los costos calculados en la realización del servicio, los ingresos necesarios para cubrir estos costos, y las utilidades esperadas por el concesionario; en orden a demostrar que los costos finales superaron los de la oferta, o que la diferencia entre costos previstos y los reales no pudo ser cubierta por la provisión de imprevistos, y que la concesión representó para el concesionario pérdidas en lugar de utilidades. Sin embargo, nada de esto, afirma el accionante, fue demostrado.

Por todo lo anterior, el Municipio pasa a hacer una relación de documentación que aporta a la presente acción de tutela, que permite demostrar la ligereza con la que el Tribunal de Arbitramento falló.

3.1.2. De otra parte, el Municipio cuestiona la actividad probatoria del Tribunal, en el sentido que con el material que obraba en el proceso no era posible deducir la obligación de pago por concepto de subsidios. En particular, afirma que el Tribunal no se ciñó a una lectura apropiada de las facturas y éstas tampoco fueron cotejadas con las cuentas de cobro para determinar si los valores de aquéllas fueron efectivamente cobrados a las personas usuarias del servicio, y sin que sea posible establecer qué valores se recaudaron y cuáles correspondían a subsidio. Además se refiere a la actividad del perito, quien en su sentir, utilizó un factor de producción de mayor valor al efectivamente facturado, lo cual llevó a que el déficit de Proactiva fuera superior al que la misma empresa había reclamado. Sin embargo, sobre la actuación del perito la tutelante regresa en el siguiente numeral.

3.1.3. Estima, el actor, que el fallo se basa en una prueba pericial nula, en tanto que el perito llamado no era idóneo, pues no ostentaba el título de contador público sino el de abogado, por lo tanto no podía considerarse experto en temas financieros. Sin embargo, el Tribunal de Arbitramento le dio plena validez, lo que derivaba en el vicio de indebida valoración de la prueba. Todo lo cual resultaba contrario a las normas procesales que se refieren a la práctica de las pruebas periciales y la regulación que ha realizado el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁴ y la Sentencia T-637 de 2010.

3.1.4. Para terminar con el defecto fáctico, el tutelante afirma que el pago de los subsidios no es una obligación asignada al presupuesto del Municipio, pues está por fuera de sus competencias y no fueron pactados en el contrato de concesión sino en el de operatividad, de modo que no podían ser ordenados como consecuencia de la liquidación del contrato que no los contemplaba. Además, señala que Proactiva no había formulado con claridad las pretensiones sobre estos subsidios, toda vez que se había limitado a hacer una solicitud general sin especificar los años y valores.

⁵⁴ Artículos 236 al 241 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil, Acuerdo No. 1518 del 28 de agosto de 2002.

En este contexto, el Municipio cuestionó la conclusión del Tribunal en el sentido que los municipios tienen la obligación de conceder subsidios con fundamento en el artículo 368 de la Constitución, toda vez que esta norma establece que: “*La nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas*” (Subraya y negrilla incluidas en la demanda de tutela). De lo que se deriva, dice la entidad, una facultad potestativa.

Y en este sentido, afirma, es que se entiende lo pactado en el contrato, pues, “*el modelo económico aprobado desde la suscripción del mismo, determinaba que fuera autosostenible, y por ello, exigía gestión del Concesionario, y no contemplaba el aporte de subsidios presupuestales.// Lo que los Concesionarios (sic) del servicio, a través del interventor o administrador de fondo, debían realizar era un cruce de los subsidios a otorgar, contra los aportes solidarios que generaría un sobreprecios (sic), y así poder graduar los montos de subsidios a concederse, con el fin de mantener el equilibrio financiero de los subsidios*”⁵⁵.

Lo anterior, según el accionante, determinaba que el otorgamiento de los subsidios tuviera un carácter potestativo, de manera que la causación de la obligación a cargo de los entes territoriales, según los artículos 99 a 100 de la Ley 142 de 1994, solamente se produce “*(...) una vez se haya autorizado por el Consejo Municipal la partida presupuestal destinada al subsidio, y sólo a partir de la creación de la obligación presupuestaria, es posible que la empresa prestadora del servicio pueda facturar y cobrar intereses*”⁵⁶. Y pasa, la entidad territorial, a citar un compendio de normas de las cuales considera que se deriva el carácter facultativo de los subsidios y la necesidad de que se cree una partida presupuestal para cada situación⁵⁷.

⁵⁵ Cuaderno 2, folio 60.

⁵⁶ Cuaderno 2, folio 62.

⁵⁷ Se refiere al artículo 78 de la Ley 715 de 2001:

“Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías Especial, 1ª, 2ª y 3ª; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4ª, 5ª o 6ª; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley. Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en agua potable y saneamiento básico. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. El cambio de destinación de estos recursos estará condicionado a la certificación que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, en el sentido que el municipio o distrito tienen:

a) Coberturas reales superiores a noventa por ciento (90%) en acueducto y ochenta y cinco por ciento (85%) en alcantarillado;

b) Equilibrio financiero entre las contribuciones y los subsidios otorgados a los estratos subsidiables, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 o aquellas que la modifiquen o adiciones;

c) Que existan por realizar obras de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en el territorio del municipio o distrito, adicionales a las tarifas cobradas a los usuarios.

La ejecución de los recursos de la participación de propósito general deberá realizarse de acuerdo a programas y proyectos prioritarios de inversión viables incluidos en los presupuestos.

Parágrafo 1º. Con los recursos de la participación de propósito general podrá cubrirse el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos de inversión física, adquirida en desarrollo de las competencias de

Esto, en definitiva, dice el Municipio, con la finalidad de que no se desconozca el principio de legalidad presupuestal, “*por lo tanto es de ámbito facultativo de los entes territoriales determinar o no la contribución presupuestaria en el tema del servicio público de aseo, por lo que el Tribunal de Arbitramento vulneró la autodeterminación territorial y con ello desconoció los fundamentos básicos del Estado Social de derecho en su parte orgánica*”⁵⁸.

3.2. Por otro lado, el Municipio accionante indicó que el laudo arbitral presenta un **defecto sustantivo**, toda vez que en el mismo no se explica en qué normas sustenta que los subsidios facturados y pendientes de pago no hubieran tenido que someterse a conciliación entre las partes, y cuáles correspondían a las sumas que efectivamente fueron recaudadas. Tampoco explicaba las normas que determinaron el cambio de tarifas; “*ni explica en que (sic) funda su decisión para ordenar al Municipio desconocer el contrato y las normas sobre presupuesto, ni explica con base en que (sic) estudio de tarifas se soporta el cambio de sistema de compensación*”⁵⁹.

los municipios. Para el desarrollo de los mencionados proyectos se podrán pignorar los recursos de la Participación de propósito general.

Parágrafo 2°. Las transferencias de libre disposición podrán destinarse a subsidiar empleo o desempleo, en la forma y modalidades que reglamente el Gobierno Nacional. Parágrafo 3°. Del total de los recursos de Propósito General destinase el 10% para el deporte, la recreación y la cultura: 7% para el deporte y la recreación y 3% a la cultura”.

También al artículo 7 del Decreto 849 de 2002:

“ARTICULO 7°-Inversiones en infraestructura por realizar. El alcalde municipal o distrital, deberá enviar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, la información que se requiera para expedir la certificación de que trata el artículo 4° del presente decreto, correspondiente a cada una de las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico que exista en el municipio.

PARAGRAFO. Las inversiones en infraestructura que se podrán financiar con los recursos destinados por la Ley 715 de 2001 al sector de agua potable y saneamiento básico, son las siguientes:

a) Preinversión en diseños, estudios e interventorías;

b) Diseños e implantación de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto y alcantarillado;

c) Construcción, ampliación y rehabilitación de sistemas de acueducto y alcantarillado, de sistemas de potabilización del agua y de tratamiento de aguas residuales, así como soluciones alternas de agua potable y de disposición de excretas;

d) Saneamiento básico rural;

e) Tratamiento y disposición final de residuos sólidos;

f) Conservación de microcuencas que abastecen el sistema de acueducto, protección de fuentes y reforestación de dichas cuencas;

g) Programas de macro y micromedición;

h) Programas de reducción de agua no contabilizada;

i) Equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico”.

Y, a los artículos 10 y 11 del Decreto 565 de 1996:

“Artículo 10. Transferencias efectivas de las entidades prestadoras de los servicios públicos. Las transferencias efectivas de dinero de las entidades prestadoras de servicios públicos a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de “aportes solidarios” sólo ocurrirán cuando se presenten superávits, después de aplicar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios.

La entidad territorial y la empresa prestadora de servicios públicos definirán el mecanismo más idóneo para garantizar que la transferencia de que trata el inciso anterior se haga efectiva, estableciendo entre otros, los intereses de mora por el no giro oportuno.

Los superávits en empresas privadas o mixtas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, se destinarán a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del municipio, distrito o departamento correspondiente, y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezca la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Artículo 11. Transferencias de dinero de las entidades territoriales. Las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de subsidios, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio (artículo 99.8 de la Ley 142 de 1994).

Para asegurar esta transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios, y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto debe suscribirse entre el municipio, distrito, o departamento y las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán los intereses de mora.

Los alcaldes y concejales deberán dar prioridad a las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento del ente territorial respectivo (artículo 99.5 de la Ley 142 de 1994)”.

⁵⁸ Cuaderno 2, folio 72.

⁵⁹ Cuaderno 2, folio 72.

Y, agrega, que en el Tribunal de Arbitramento omitió “referirse y analizar en debida forma las normas imperativas convencionales y las condiciones que gobiernan el contrato de concesión, soporte legal de las pretensiones y cuyo análisis debía evacuarse, por corresponder al tema contractual que se tenía que analizar. Vgr no se analizaron los términos de referencia (...)”⁶⁰.

La entidad tutelante indica que en el presente caso se satisfacen los requisitos que la jurisprudencia ha señalado para la procedibilidad de la acción de tutela cuando se instaura contra laudos arbitrales, toda vez que se habían identificado los hechos que generaron la violación de derechos fundamentales y se agotó el recurso de anulación, además de que según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, la facultad interpretativa de los árbitros no puede derivar en decisiones caprichosas como, en su criterio, sucedió en el presente asunto.

Por último, el accionante hace un comentario adicional respecto a la inmediatez, e indica que la demora en la instauración de la acción de tutela se debió a que, primero, el expediente tardó en ser protocolizado en el Consejo de Estado, y por tanto no lo pudo conocer enseguida; segundo, porque, si bien el fallo arbitral se profirió en 2010, el cambio de administración en la alcaldía determinó que su estudio se iniciara hasta inicios de 2012; y, por último, porque fue necesario hacer un análisis profundo para descifrar el tema y comprender “la realidad presentada frente a las concesiones otorgadas para los años 2001 a 2008, y la complejidad presentada con el manejo del FSRI; por ello se requirió un juicioso análisis encaminado a demostrar la existencia de las vías de hecho”⁶¹. Frente a lo cual considera que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el examen de inmediatez debe tener en cuenta la continuidad del daño, como afirma que ocurre en el presente caso en el que el laudo arbitral trae un perjuicio actual para el erario.

4. Pretensiones

En primer lugar, el Municipio accionante solicita que, mientras se resuelve la presente acción de amparo, se suspendan los efectos del laudo con el propósito de proteger los recursos públicos.

En segundo lugar, solicita que se deje sin efecto el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta, el 3 de diciembre de 2010.

Y, por último, solicita que se realice una inspección judicial, en compañía de las partes, al expediente del proceso de arbitramento

5. Auto admisorio

El 3 de julio de 2012, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió auto en el que admitió la presente acción de tutela, a la vez que negó la solicitud de medida provisional,

⁶⁰ Cuaderno 2, folio 72.

⁶¹ Cuaderno 2, folio 74.

por considerar que ésta coincide con la pretensión principal de la *litis*, lo cual corresponde definir en la sentencia de tutela. Asimismo, negó la inspección judicial al expediente arbitral, toda vez que encontró que no era necesaria para adoptar una decisión.

En la misma providencia, la Sección Cuarta notificó de la acción, tanto al Tribunal de Arbitramento accionado, como a las empresas Proactiva Oriente S.A. E.S.P., y a Aseo Urbano S.A. E.S.P., por ser terceros interesados en los resultados del proceso.

6. Fundamentos de la oposición

6.1. Quienes conformaron el Tribunal de Arbitramento, presentaron conjuntamente, escrito de contestación a la acción de amparo. En éste, indicaron, inicialmente, que no se satisfacen los requisitos de subsidiariedad y de inmediatez de la acción; (i) respecto al primero, porque el Municipio de San José de Cúcuta había contado con todos los mecanismos de defensa, sin embargo había asumido una actitud pasiva y no utilizó la oportunidad para dar respuesta a la demanda arbitral, para proponer excepciones y solicitar pruebas, así como tampoco había asistido a la audiencia de conciliación, y por último, tampoco había hecho uso, en contra de la sentencia que resolvió la anulación, del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, (ii) sobre el incumplimiento del requisito de inmediatez, indica que la acción de tutela fue interpuesta seis meses después de que se hubiera resuelto el recurso de anulación, cuando, incluso, ya el Tribunal de Arbitramento se había disuelto y había cesado en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, con relación a los reproches que el tutelante hace sobre el perito y sus dictámenes, los intervinientes señalan que en el proceso arbitral las partes conocieron la hoja de vida del perito designado, sin que el Municipio hubiera ejercido el derecho consagrado en el artículo 235 del Código de Procedimiento Civil para que, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto por medio del cual se designó, el Municipio lo hubiera recusado por escrito y hubiera solicitado las pruebas para tal efecto. En consecuencia, afirman, ha operado la preclusión respecto a este asunto, que indica que *“una vez superada una determinada etapa del proceso, no se puede retomar por cuanto precluye la oportunidad procesal de efectuar aquellos actos procesales propios de esa etapa”*⁶².

Finalmente, señalan que el Municipio pretende hacer caer en error al juez de tutela, con una interpretación del informe de interventoría, según el cual el tutelante habría cumplido sus obligaciones, cuando en realidad este informe se refería al cumplimiento de Proactiva.

⁶² Cuaderno 2, folio 115.

6.2. La empresa Proactiva presentó escrito en el que solicitó que se declarara improcedente la presente acción de tutela con base en las siguientes consideraciones:

6.2.1. El actor pretende reabrir, en sede de tutela, un debate que fue objeto del proceso arbitral, y presentar excepciones de fondo, exponiendo circunstancias de hecho y de Derecho, cuando para ello tuvo oportunidad de hacerlo ante el Tribunal de Arbitramento, y con ello “*pretende subsanar la negligencia de las obligaciones y cargas procesales de las partes (...)*”⁶³.

Frente a lo anterior, considera necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha recalcado la excepcionalidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, lo que en este caso cobra mayor interés en la medida en que lo que persigue el accionante es ejercer el derecho de defensa que no ejerció en el proceso arbitral, pretendiendo, en nombre de una violación de derechos fundamentales, hacer una reconsideración extemporánea sobre los hechos y las pretensiones.

6.2.2. Sobre el requisito de inmediatez afirmó que no resulta excusable la tardanza del Municipio en interponer la acción de tutela, pues, en primer lugar, debió hacerlo cuando se profirió el laudo arbitral, de la mano del recurso de anulación, y como sea, tampoco lo hizo sino después de seis meses de proferida la sentencia que resolvió el mencionado recurso. En este sentido, no puede excusarse su desidia en el cambio de administración, pues el municipio es la misma persona y sus actuaciones y efectos jurídicos no dependen de quién ocupe el cargo.

6.2.3. Asimismo, la empresa consideró que las pretensiones del Municipio no encuadraban en los defectos fáctico y sustantivo alegados, en general, porque como también lo había considerado el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación, los argumentos presentados correspondían a materia propia de las excepciones de fondo que debieron plantearse en la contestación de la demanda. Con lo cual no se superaba el requisito de procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales, toda vez que la acción de amparo no está prevista para desplazar al juez natural ni menos para suplir la inactividad del accionante y desconocer el carácter subsidiario.

En particular, se refirió a la alegación fáctica de que la empresa convocante del arbitramento no había acreditado correctamente una sola cuenta en los términos del contrato, sin embargo, pasa a citar apartes del fallo arbitral en el que se hace referencia a las facturas relacionadas con el correspondiente recibido de la Secretaría de Hacienda Municipal, en su calidad de administrador del Fondo, así como cada cuenta de cobro con el pleno de los requisitos formales que habían sido previstos, tanto en los términos de referencia como en el contrato de concesión y el de operatividad. Luego termina por concluir que el Tribunal de Arbitramento valoró, en su oportunidad, el material probatorio aportado y decretado de oficio, sin que se

⁶³ Cuaderno 2, folio 118.

haya basado exclusivamente en el dictamen pericial como lo sugiere el tutelante.

Mientras que en relación con la obligación del Municipio de pagar los subsidios, afirma Proactiva, que el Consejo de Estado encontró que el Tribunal de Arbitramento había hecho un análisis de los subsidios en materia de servicios públicos a la luz del principio de solidaridad y redistribución previstos en la Ley 142 de 1994.

6.3. También presentó escrito la empresa Aseo Urbano S.A. E.S.P, encargada de prestar el correspondiente de los servicios de aseos que prestaba Proactiva, pero en la zona sur del Municipio de San José de Cúcuta.

De manera preliminar, señala que no estuvo vinculada en el proceso arbitral ni en el recurso de anulación, por lo que no puede pronunciarse de lo allí ocurrido, y sólo se puede referir a los que conoce en relación con el pagos de los subsidios. Al respecto indica que muchos aspectos de la prestación del servicio de aseo no siempre están contemplados en el contrato de concesión, como la transferencia de dineros al Fondo, provenientes de las retribuciones y sobreprecios de los estratos 4, 5 y 6. Esta circunstancia, sin embargo, diferente a lo que pudo haber sucedido entre Proactiva y el Municipio, en el caso de Aseo Urbano, ésta canceló todos los valores adeudados al Fondo, pero no puede conocer ni era responsable del manejo y destino que luego tuvieron esos pagos.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

El 9 de agosto de 2012, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió negar el amparo solicitado con fundamento en las siguientes consideraciones:

A partir de una consideración sobre el carácter *excepcionalísimo* de la acción de tutela contra providencias judiciales y los requisitos contemplados en la Sentencia C-590 de 2005, el Consejo de Estado pasa analizar estos últimos en el caso concreto.

Considera pertinente detenerse a analizar, en primer lugar, el requisito de inmediatez, toda vez que, si bien el tutelante dejó transcurrir seis meses desde que se profirió la sentencia que resolvió el recurso de anulación, corresponde al juez de tutela definir el asunto según los elementos del caso concreto, y considera que en la medida que se trata de una decisión arbitral referida al pago de una suma dineraria, “*no es dable concluir que el trascurso de seis meses para la interposición de la acción de tutela, de (sic) cuenta de la inexistencia del perjuicio irremediable*”⁶⁴. En consecuencia, considera superado este requisito.

⁶⁴ Cuaderno 2, folio 237.

Sin embargo, el Consejo de Estado considera que no sucede lo mismo en lo que respecta al requisito de subsidiariedad, pues, la tutelante pretende darle un uso distinto —no subsidiario— a la acción de amparo, en el sentido de utilizarla *“para revivir una cuestión judicial que fue decidida de forma adversa a sus intereses, tanto por el tribunal de arbitramento demandado, como por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a causa de las omisiones en que incurrió la apoderada durante el proceso arbitral y que pretende hacer valer por la vía de la tutela, argumentando la supuesta configuración de vías de hecho”*⁶⁵.

En tal sentido, el juez de tutela se refiere a las oportunidades procesales dentro del trámite arbitral que la tutelante no utilizó, para concluir que en virtud de la calidad subsidiaria y residual de la acción de amparo, ésta *“no puede convertirse en un instrumento que le permita a la parte vencida en juicio revivir los términos y, en general, los momentos procesales por no haber hecho uso de los medios de defensa que el ordenamiento jurídico tiene previstos, e incluso, que se hayan utilizado indebida o irregularmente como, por ejemplo, cuando, como en el concreto, no se contesta la demanda ni se proponen excepciones”*⁶⁶.

Con ello, el Consejo de Estado pretende rescatar la protección de los principios de preclusión y de eventualidad que rigen los procesos judiciales, y que determinan que las actuaciones judiciales se clausuren una vez agotadas las etapas que para ello establece cada proceso. Y en este sentido la acción de tutela no pudo sustituir los mecanismos ordinarios de defensa.

Por último, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, llamó la atención en la actitud pasiva que asumió el apoderado del Municipio de San José de Cúcuta durante el trámite arbitral y que implicó que no representaran idóneamente los intereses de la entidad territorial, y que, en definitiva, el Municipio fuera condenado al pago de una importante suma de dinero que afecta al erario. En consecuencia, además de negarse el amparo solicitado, el juez de tutela ordenó que se remitiera copia de la correspondiente providencia y del expediente del proceso arbitral a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura *“para que investigue, en lo de su competencia, la actuación de la abogada (...) apoderada del municipio de San José de Cúcuta en el citado proceso”*⁶⁷.

El anterior fallo no fue impugnado.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución

⁶⁵ Cuaderno 2, folio 238.

⁶⁶ Cuaderno 2, folio 238.

⁶⁷ En la parte resolutive del fallo de tutela. En: Cuaderno 2, folio 240.

Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional, mediante Auto del 28 de junio de 2013.

2. Trámite surtido en la Corte Constitucional

2.1. Mediante auto del 4 de octubre de 2013, la Sala Tercera de Revisión ordenó la práctica de algunas pruebas, con el propósito de obtener mayores elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo en el presente caso. Conforme con ello, solicitó al Notario Cuarto del municipio de San José de Cúcuta, que allegara, en calidad de préstamo, el expediente del proceso arbitral que había sido protocolizado en esa notaría, ordenando a su vez, suspender el término para la resolución del trámite de revisión, hasta que fuera recibida y evaluada la documentación solicitada.

En relación con la solicitud realizada, el Notario Cuarto respondió indicando que, de conformidad con el artículo 113 del Decreto 960 de 1970, los libros de protocolo no pueden sacarse de las notarías.

2.2. En auto del 21 de octubre de 2013 el Magistrado Sustanciador denegó las solicitudes hechas por un ciudadano⁶⁸, en la medida en que no estaba legitimado dentro del proceso de tutela.

2.3. En auto del 7 de noviembre de 2013, la Sala Tercera de Revisión pasó a analizar las solicitudes de medida provisional que un ciudadano y un concejal del Municipio de San José de Cúcuta, habían presentado con el objeto que se suspendieran los efectos del laudo arbitral y se protegiera el patrimonio público.

En dicha providencia, la Sala decidió rechazar tales solicitudes, en la medida en que los sujetos no estaban legitimados en la causa por no ser parte dentro del proceso, y, que tal legitimación reside en el representante legal del Municipio. Sin embargo, en atención a la relevancia constitucional del asunto por decidir, y teniendo en cuenta la facultad oficiosa reconocida a la Corte para adoptar ese tipo de decisiones, la Sala pasó a analizar la pertinencia de la medida provisional y concluyó que, en razón a que el fallo de tutela implicaba una discusión respecto al desembolso de dineros públicos, era pertinente suspender los efectos del laudo hasta tanto se lleve a cabo la revisión del fallo de tutela.

3. Presentación del caso

La presente acción de tutela se suscita con ocasión del proceso arbitral promovido por la empresa Proactiva S.A. E.S.P. contra el Municipio de San José de Cúcuta, que puso fin a la controversia de tipo contractual surgida entre las dos partes, y que fue resuelto por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara

⁶⁸ El ciudadano Omar Javier García Quiñones.

de Comercio del mismo Municipio, mediante laudo arbitral proferido el 3 de diciembre de 2010.

Cabe observar que, aun cuando en la actualidad el procedimiento arbitral se rige por la Ley 1563 de 2012 *“por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, que entró en vigencia en octubre de 2012, la actuación que en esta oportunidad es objeto de cuestionamiento, se tramitó con sujeción al Decreto 1818 de 1998 *“por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*, que era la normatividad vigente para el momento de la presentación de la demanda arbitral el 9 de marzo de 2010, y durante todo el curso del proceso, hasta la adopción de la decisión final.

En el mencionado laudo del 3 de diciembre de 2010, se resolvieron las controversias que surgieron respecto a la terminación y liquidación del contrato de concesión No. 617, suscrito entre el Municipio de San José de Cúcuta y Proactiva S.A. E.S.P., por virtud del cual esta última prestaba el servicio de recolección y transporte de desechos sólidos, barrido de calles y limpieza de áreas públicas, en la zona norte del mencionado Municipio.

De acuerdo con las pretensiones de la empresa convocante, el Tribunal de Arbitramento resolvió declarar la terminación del contrato por vencimiento del plazo, y procedió a realizar la liquidación del mismo, toda vez que las partes no lo habían hecho de común acuerdo, ni la entidad territorial de manera unilateral. La liquidación dio como resultado la obligación a cargo del Municipio de pagar el valor de unos subsidios que habían quedado pendientes, así como también unos sobrecostos en los que Proactiva incurrió a consecuencia del mayor valor en la prestación de los servicios de aseo.

Contra la anterior decisión, el Municipio de San José de Cúcuta interpuso el respectivo recurso de anulación, con base en tres de las causales contenidas en artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. No obstante, solamente sustentó dos de ellas relacionadas con (i) *“haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y; (ii) no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

El referido recurso fue tramitado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien resolvió declararlo infundado, tras considerar que (i) en relación con la primera causal alegada, el Tribunal de Arbitramento sí contaba con competencia para decidir, pues las partes lo habían facultado mediante la cláusula compromisoria para resolver sobre cualquier controversia contractual, incluida la referida a la liquidación del contrato. Además, el Consejo de Estado indicó que el Municipio no había objetado la competencia en la correspondiente oportunidad procesal, esto es, en la primera audiencia de trámite, o en la contestación de la demanda; y (ii) al abordar la segunda causal de anulación, indicó que el Tribunal de Arbitramento no había omitido referirse a argumentos presentados por el Municipio, sólo que éste los había presentado tardíamente en la audiencia de alegatos de conclusión, no obstante que

constituían materia propia de las excepciones de fondo y que, por tanto, debieron plantearse en la contestación de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, el Municipio de San José de Cúcuta, a través de apoderado judicial, decidió presentar acción de tutela, contra la decisión adoptada en el laudo arbitral, sin hacer referencia a la decisión que resolvió el recurso de anulación y por razones distintas a las que fueron esgrimidas en el mismo. En efecto, en la acción de tutela la entidad territorial alegó que el laudo había incurrido en varios defectos fácticos relacionados con la liquidación de los subsidios cobrados, y en un defecto sustantivo derivado de las normas aplicables a la hora de abordar la tasación de la misma liquidación. Estos defectos pueden agruparse, según el resumen que se hizo en los antecedentes de esta providencia, de la siguiente manera:

a. Defectos fácticos:

- (i) El primero está dirigido a afirmar que no se aportaron los elementos probatorios que acreditaran que el Municipio estaba obligado al pago del subsidio. En ese sentido, dicha obligación tampoco se podía derivar de los términos del contrato de concesión, el cual tenía el carácter de auto-sostenible a partir de los aportes solidarios superavitarios que los mismos operadores recaudaran; y, si bien fue en el contrato de operatividad que se contemplaron tales subsidios, la liquidación estaba referida al contrato de concesión.

A lo anterior, agrega que la asignación de una partida presupuestal para esta finalidad es, según la lectura del artículo 358 de la Constitución, un aspecto potestativo de las entidades públicas que en este caso el Municipio nunca decidió asignar.

- (ii) También plantea el Municipio de San José de Cúcuta que, en todo caso, los cobros de subsidios reclamados por Proactiva no estaban debidamente acreditados, pues no constaba una prueba contable financiera que permita soportar la cadena de pago de los subsidios, y, en este sentido, el Tribunal de Arbitramento había omitido hacer el examen probatorio a partir de la contabilidad, balances o cuentas de Proactiva.

Así las cosas, la entidad accionante indicó que el Tribunal no se había ceñido a una lectura apropiada de las facturas presentadas por Proactiva en la que se analizara la relación entre las contribuciones de los estratos altos y los subsidios que, correlativamente, debían reconocerse a los estratos beneficiarios de los mismos.

- (iii) Adicionalmente, arguye la entidad tutelante, que el laudo se basó en una prueba nula, esto, en la medida en que el perito llamado no era idóneo por no ser experto en temas financieros, debía ostentar el título de contador público y, sin embargo, el Tribunal de Arbitramento le dio plena validez, lo que derivaba en el vicio de indebida valoración de la prueba.

b. Defecto sustantivo: en relación con este aspecto, el Municipio es muy breve y no hace una relación específica de las normas en las que se había fundado el laudo y que eran inaplicables, o cuya aplicación se hubiera omitido indebidamente. En su lugar, hace una afirmación general en el sentido que en el laudo no se explica cuál es el régimen normativo conforme al cual los subsidios facturados y pendientes de pago no tenían que someterse a conciliación entre las partes. Esto, con el objeto de establecer cuáles correspondían a las sumas que efectivamente fueron recaudadas. En el mismo sentido, también reprochó el hecho de que tampoco se citaran las normas que determinaron el cambio de tarifas para el cobro de subsidios.

Sobre todos estos reproches, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió negar el amparo, al considerar que en el presente caso, la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad en la medida en que la entidad tutelante pretendía que, en sede de tutela, se volviera a plantear una controversia que ya había sido resuelta en contra a sus intereses en el proceso arbitral, y en el cual no había hecho un uso oportuno del derecho de defensa, pues, al no contestar demanda arbitral, tampoco había presentado excepciones ni había solicitado pruebas. Así las cosas, el Consejo de Estado hizo énfasis en que por el carácter subsidiario de la acción de tutela, ésta no puede ser usada con el objeto de subsanar las propias omisiones, en el sentido de no acudir a las oportunidades procesales que el ordenamiento jurídico concede para ejercer el derecho de defensa.

4. Problema jurídico

En la presente oportunidad, corresponde a esta Corporación decidir sobre la acción de tutela interpuesta por el Municipio de Cúcuta en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, con el fin de determinar si se configuran las causales de procedibilidad que ha fijado la jurisprudencia en relación con la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Como quiera que el objeto central del debate en el proceso de tutela se centró en el requisito general de subsidiariedad, la Sala pasará a determinar, a partir de la dogmática constitucional, si la inacción del municipio en ciertas etapas del proceso arbitral, son un motivo de improcedencia.

En desarrollo de lo anterior, a continuación (i) se realizarán unas consideraciones en relación con la procedibilidad de la acción de amparo contra los laudos arbitrales, posteriormente (ii) se hará una consideración particular sobre la verificación del requisito de subsidiariedad en este tipo de trámites y, finalmente, (iii) se hará el examen de procedibilidad en el caso concreto a la luz de las anteriores precisiones.

5. Procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Reiteración de la jurisprudencia

5.1. La posibilidad de que un laudo arbitral sea cuestionado a través de la acción de tutela, está determinada por la **equivalencia** material que esta

Corporación ha reconocido entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales. Al respecto, en la Sentencia C-242 de 1997 esta Corporación indicó que los laudos arbitrales también son decisiones eminentemente jurisdiccionales⁶⁹. Lo mismo se dispuso en la Sentencia T-244 de 2007, en la que, además, se agregó que *“[e]n síntesis, el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que 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 además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral”*.

En consecuencia, resulta que, en virtud de tal equivalencia, así como la acción de tutela puede, bajo ciertas circunstancias, ser un mecanismo procedente para controvertir una providencia judicial, también lo es para proteger los derechos fundamentales afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de arbitramento. Y en este sentido, la equivalencia también determina que el reproche que se hace sobre un laudo por medio de la acción de amparo esté sometido, en principio, a los mismos requisitos de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto a las providencias judiciales, porque como lo ha señalado esta Corporación: *“[e]n 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”*⁷⁰.

5.2. Lo anterior significa que para que proceda una acción de tutela contra un laudo arbitral, se deben observar los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido en relación con las providencias judiciales, y que, en la Sentencia C-590 de 2005 fueron clasificados en dos grupos: (i) los requisitos de procedibilidad de carácter general que deben ser satisfechos integralmente para habilitar la viabilidad procesal del amparo y (ii) las causales especiales, que determinan su prosperidad⁷¹, pues ante la presencia de una de ellas, se configura una vulneración del derecho al debido proceso. Así, la

⁶⁹ En este mismo sentido, el fallo, también de constitucionalidad, C-378 de 2008, indicó: *“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, y que la acción de tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral”*.

⁷⁰ Sentencia T-790 de 2010.

⁷¹ Respecto a los requisitos generales y los específicos en términos de viabilidad procesal y prosperidad de la acción de tutela ver las Sentencias T-933 de 2012, T-1047 de 2012 y T-265 de 2014. En esta última se indica: *“(…) en la Sentencia C-590 de 2005, siguiendo la postura de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, se planteó que sí se cumplen ciertos y rigurosos requisitos el juez constitucional puede analizar y decidir una causa elevada contra sentencias judiciales. Dentro de estos requisitos pueden distinguirse unos de carácter general que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otros de carácter específico que determinan su prosperidad”*.

Sentencia referida organizó los requisitos y condiciones de procedibilidad de la acción de tutela de la siguiente manera:

(i) Requisitos generales de procedibilidad:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁷². En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁷³. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁷⁴. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁷⁵. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad,

⁷² Sentencia 173 de 1993.

⁷³ Sentencia T-504 de 2000.

⁷⁴ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005.

⁷⁵ Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁷⁶. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela⁷⁷. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

(ii) Requisitos o causales especiales de procedibilidad:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁷⁸ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

⁷⁶ Sentencia T-658 de 1998

⁷⁷ Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001

⁷⁸ Sentencia T-522 de 2001.

g. *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*

h. *Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado*⁷⁹.

i. *Violación directa de la Constitución*”.

5.3. Ahora bien, la equivalencia comentada entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, no significa una identidad en las características de cada tipo de decisión, pues las diferencias que existen entre ellas determinan que no se pueda hacer una aplicación directa de los requisitos anteriormente mencionados. Es decir, sus diferencias tienen incidencia a la hora en que el juez de tutela sea llamado a intervenir.

La principal diferencia entre estas figuras y que incide notoriamente en la valoración de procedibilidad de la acción de amparo, es el carácter especial de la justicia arbitral que surge de la voluntad de las partes de que sus conflictos sean resueltos por particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros⁸⁰. Como esta Corporación ya lo ha señalado *“la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla”*⁸¹. De modo que, acudir a la justicia arbitral *“(…) implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible”*⁸².

Esta opción de apartarse de la justicia ordinaria, irradia la fuerza vinculante de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una

⁷⁹ Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

⁸⁰ En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política que dice:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. (Resaltado fuera del texto original).

(...).

⁸¹ Sentencia T-466 de 2011.

⁸² SU-174 de 2007.

posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente. Tal fuerza vinculante se evidencia, por ejemplo, en la ausencia del trámite de impugnación ante la justicia ordinaria, pues someter el laudo a las instancias propias de la justicia ordinaria significaría desconocer la voluntad de las partes de acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007, al sostener:

“Ahora bien, debe aclararse que aunque son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y, por lo mismo, quedan cobijados por la cosa juzgada, los laudos arbitrales no son completamente equiparables en sus características formales y materiales a las sentencias judiciales, principalmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y libre de los árbitros por las partes en conflicto, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación, como sí lo están las decisiones adoptadas por los jueces. Si los laudos fueran apelables ante los jueces, la disputa cuya resolución las partes voluntariamente decidieron confiar a unos particulares habilitados por ellas terminaría siendo desatada precisamente por el sistema estatal de administración de justicia de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía contractual y de la facultad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, querían sustraer esas controversias específicas en virtud de una cláusula compromisoria o de un compromiso. Las vías legales para atacar los laudos son extraordinarias y limitadas, por decisión del legislador en desarrollo de la Constitución: contra ellos únicamente proceden los recursos de homologación (en materia laboral), de anulación (en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo) y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión”.

A partir de lo anterior, se puede concluir que las vías para controvertir los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas, pues, por un lado, frente a éstos no procede la segunda instancia, y, por el otro, los recursos de homologación, anulación y revisión (aunque después de la vigencia del Ley 1563 de 2012 se redujo solamente a la existencia de los dos últimos) fueron creados por el legislador para controvertir aspectos del procedimiento, y se limitan a unas causales taxativas expresamente señaladas en la ley. Esto, no como una limitación a las garantías 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 al artículo 116 de la Constitución, han convenido someterse a lo dispuesto por un juez *ad hoc*.

Así, pues, se dice en la mencionada sentencia de unificación que “[t]ales recursos —dice la misma Sentencia SU-174 de 2007— han sido concebidos como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral, no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir en el ámbito contencioso administrativo al recurso de anulación son restringidas si se las compara con

las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia”.

Esta excepcionalidad y taxatividad, en últimas, restringen el análisis del recurso de anulación al aspecto meramente *in procedendo*⁸³, con lo cual se respeta la voluntad de las partes que han decidido que su controversia sea resuelta materialmente por la justicia arbitral. Es decir, que la decisión arbitral goza de una vocación de firmeza que escapa, en principio, a cualquier reproche *in iudicando*.

5.4. En este contexto, como ya se había anunciado, la vocación de firmeza del laudo no resulta ajena al procedimiento de tutela, en el sentido que la evaluación de los requisitos de procedibilidad es más estricta, pues si como en la misma Sentencia C-590 de 2005 se indicó, la acción de tutela tiene un carácter excepcional frente al reproche *iusfundamental* de las providencias judiciales⁸⁴, dicha excepcionalidad se acentúa en el caso de los procesos arbitrales, los cuales se rigen por el principio de voluntariedad.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que la excepcionalidad acentuada de la acción de tutela para controvertir, tanto los laudos arbitrales, como los recursos que resuelvan sobre ellos, está determinada por: “(i) *la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento*”⁸⁵.

5.5. De todo lo dicho, se tiene que, si bien el examen de procedibilidad de la acción de tutela en contra de un laudo arbitral está condicionado por los requisitos establecidos para las providencias judiciales, éstos deben observarse de conformidad con el carácter especial de la justicia arbitral que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad para apartarse de la jurisdicción ordinaria y que explica la vocación de firmeza del laudo. Al respecto, la Sentencia SU-174 de 2007 concretó, a partir de los casos de

⁸³ Al respecto, la Sentencia T-466 de 2011 esta Corporación señaló que los mecanismos judiciales de control de los laudos arbitrales —el recurso de anulación y de revisión— no tienen como objeto “*revisar in integrum la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada*”, .

⁸⁴ “*En ese sentido, los fundamentos de una decisión de tutela contra una sentencia judicial deben aclarar con transparencia la relevancia iusfundamental del punto que se discute y el juez debe contraerse a estudiar esta cuestión y ninguna otra. No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho*”.

⁸⁵ Estas características fueron indicadas primeramente en la Sentencias SU174 de 2007, y asumidas en fallos posteriores como en la T-972 de 2007, T-058 de 2009 y T-466 de 2011, entre otras.

arbitramento resueltos hasta ese momento por esta Corporación, los criterios que deben observarse en el procedimiento de tutela:

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

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

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

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

Como se observa, los dos primeros criterios constituyen un reforzamiento del presupuesto de autonomía de la justicia arbitral para decidir sobre el fondo del asunto, lo que supone un límite para el juez de tutela. Ello, como se deriva de las exigencias que en ellos se menciona, obliga a hacer un estricto examen para determinar si la petición hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, lejos de plantear una nueva discusión sobre aspectos de fondo, legales o contractuales, que ya han sido resueltos definitivamente en el laudo.

No puede pasarse por alto, entonces, la estrecha relación que esta limitación tiene con el requisito general de relevancia constitucional, pero que en el caso del laudo arbitral se hace aún más estricto, para evitar que la acción de tutela se convierta en una oportunidad para reabrir un debate que las partes reservaron al conocimiento de los árbitros, y, así, de lo que se trata es de hacer una valoración de procedencia encaminada a determinar si en la actuación arbitral resultaron afectados derechos de carácter fundamental⁸⁶.

Ahora bien, frente al tercer criterio, esta Corporación ha indicado que, cuando se trata de tutelas contra laudos arbitrales, a la hora de examinar los requisitos o causales de procedibilidad establecidas en la Sentencia C-590 de 2005, se deben tener en cuenta las características propias del trámite arbitral. Y esta condición fue expresamente desarrollada en la Sentencia T-466 de 2011 de la siguiente manera:

⁸⁶ Sentencia T-244 de 2007.

“I. Defecto sustantivo: Se presenta cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.

II. Defecto orgánico: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables.

III. Defecto procedimental: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta.

IV. Defecto fáctico: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros (i) han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo”.

Por último, el cuarto criterio hace referencia a la subsidiariedad, el cual merece ser abordado en un acápite aparte, no sólo porque abarca un contenido mayor en relación con el examen de valoración de la procedibilidad de la acción de amparo contra laudos arbitrales, sino porque tiene especial relevancia en el caso objeto de estudio.

6. La subsidiariedad de la acción de tutela contra laudos arbitrales

De conformidad con lo indicado en el numeral anterior, la aproximación al requisito de subsidiariedad de una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral, parte de la equivalencia entre un laudo y una sentencia judicial y, por este camino, de la aplicación de los requisitos que la jurisprudencia ha señalado en relación con la procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales. Ello, sin perjuicio de las consideraciones a las que haya lugar en

razón a las características que les distinguen, en particular, por el hecho que el laudo tiene como origen la decisión de los extremos contractuales de apartarse de la jurisdicción ordinaria.

En tales términos, a continuación se realizará una consideración sobre (i) el carácter subsidiario de la acción de tutela (ii) las reglas específicas cuando se ejerce la acción de amparo contra providencias judiciales y (iii) su aplicación en relación con los laudos, atendiendo a las características propias del proceso arbitral.

6.1. De acuerdo con el artículo 86, la Constitución concibió la acción de tutela como un instrumento orientado a la protección de los derechos fundamentales, pero de manera subsidiaria, sólo ante la ausencia de mecanismos judiciales ordinarios que así lo permitan, o cuando se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable.

Esta situación, sin embargo, debe apreciarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591, que reglamenta la acción de tutela, y conforme al cual la existencia de los medios alternativos de protección de los derechos fundamentales *“será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*. Al respecto, en la Sentencia T-103 de 2014, la Corte puntualizó que *“no basta con la mera existencia de otro mecanismo de defensa judicial para determinar la improcedencia de la tutela, sino que el juez debe valorar la idoneidad y la eficacia del mismo de cara a cada caso en particular, sin que ello implique el desconocimiento de la prevalencia y validez de los medios ordinarios de protección judicial como instrumentos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Entonces, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección”*.

A partir de lo anterior, la subsidiariedad se manifiesta en dos aspectos que rescatan el carácter principal de los mecanismos de defensa como medios de protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, (i) la acción de tutela no es un medio alternativo de defensa, de manera que la existencia de un mecanismo judicial que permita la protección *iusfundamenteal*, desplaza a la acción de amparo que se torna improcedente y, en segundo lugar, (ii) la acción de tutela no es un mecanismo de defensa adicional, al que las partes puedan acudir una vez agotadas las instancias judiciales ordinarias, de manera que la decisión sobre una posible afectación a un derecho fundamental hace tránsito a cosa juzgada y, en principio, no cabe que nuevamente sea propuesto ante el juez de tutela.

6.1.1. En relación con primer aspecto mencionado, el carácter subsidiario previsto en el artículo 86 Superior supone un examen de procedibilidad en abstracto, dirigido a determinar si existe un medio de defensa judicial que, de

forma principal, permita la protección del derecho fundamental —en términos de idoneidad y eficacia—. De manera que en caso afirmativo, la acción de tutela resulta improcedente, salvo en los casos en que, ante la existencia de un perjuicio irremediable, se acuda a ella como mecanismo transitorio. Mientras que en caso negativo, la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario a proteger el derecho fundamental.

Esta construcción de la figura pone de presente, entre otros aspectos, que dada la transcendencia de los derechos fundamentales como elementos esenciales de la Constitución, su protección está garantizada por los distintos medios de defensa judicial, y, ante la ausencia de ellos, reforzada por la acción de tutela a la que toda persona puede acudir de manera supletoria⁸⁷.

En tales términos, esta Corporación se ha referido a la vinculación de los poderes públicos a la protección de los derechos fundamentales y, especialmente, la vinculación de la jurisdicción a través de los distintos mecanismos ordinarios y extraordinarios que así lo permitan. Sobre ello, la Sentencia T-480 de 2011, deja sentado con claridad lo concerniente a esta vinculación general, en los siguientes términos:

“Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos”

Así las cosas, la existencia de mecanismos judiciales que permitan la protección de los derechos fundamentales, determina que, en razón al carácter subsidiario recién comentado, la acción de tutela resulte improcedente. Subsidiariedad que, en concreto, impone *“al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”*⁸⁸. Así, se rescata el carácter principal de los mecanismos ordinarios de defensa, y que, sólo ante su ausencia, la acción de

⁸⁷ El carácter supletorio fue reconocido desde los primeros años de esta Corporación, y se explicó en los siguientes términos en la Sentencia T-568 de 1994: “[s]obre el particular, debe reiterar la Sala la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta el carácter de mecanismo excepcional concebido en defensa de los derechos fundamentales, **con la característica de ser supletorio**, esto es, que sólo procede en caso de inexistencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -artículo 86 de la CP. y artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991”. (Resaltado fuera del texto original).

⁸⁸ Sentencia T-480 de 2011.

tutela se presenta como el mecanismo subsidiario llamado a la protección *iusfundamental*.

En este contexto, tal y como lo fórmula el artículo 86 de la Constitución, la mera existencia de un medio de defensa es un factor objetivo que hace improcedente la acción de tutela. Esto, con independencia de que efectivamente se haga uso del mismo, pues, en principio, la valoración de procedibilidad no está subordinada al efectivo uso del medio de defensa sino a la posibilidad que el ordenamiento ofrece, y que determina que “*si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo*”⁸⁹.

Lo anterior pone en evidencia el carácter excluyente de los mecanismos ordinarios de defensa, los cuales, como escenarios principales de protección de los derechos fundamentales desplazan a la acción de tutela.

6.1.2. Este desplazamiento supone que, además de que la acción de tutela no pueda ser utilizada de manera alternativa o paralela a los mecanismos judiciales de protección, tampoco se acuda a ella posteriormente para controvertir la decisión adoptada por la jurisdicción. Esto es, que los mecanismos ordinarios desplazan a la acción de amparo de manera definitiva en razón a que las decisiones judiciales hacen tránsito a cosa juzgada.

En este punto, la acción de tutela diseñada por el constituyente colombiano se distingue, por ejemplo, del recurso de amparo que estructuró el constitucionalismo español, cuya procedibilidad está supeditada al previo agotamiento de la “*vía judicial precedente*”⁹⁰. En el entendido del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, los mecanismos ordinarios de defensa no son un prerequisite para acceder a la tutela, sino que, incluso, operan como una exclusión de la misma, pues, en principio, la acción de tutela sólo procede ante la ausencia de ellos.

Así formulada la subsidiariedad de la acción de tutela, es de tener en cuenta que ante la existencia de un mecanismo de defensa judicial, éste actúa como la instancia definitiva para resolver sobre un reproche de vulneración de derechos fundamentales. No cabría, entonces, que luego de que una autoridad ha definido sobre una presunta vulneración *iusfundamental* con efectos de cosa juzgada, se utilice la acción de tutela para revivir un trámite finalizado, pues, en la medida en que los procesos judiciales se presentan como los escenarios naturales de protección de estos derechos, no sería posible, por efectos de la

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Numeral 1, del artículo 43 de la Ley Orgánica 2/1979 española.

subsidiariedad, usar la acción de amparo como un mecanismo adicional en relación con las discusiones de carácter *ius fundamental* que ya han tenido ocasión de ser valoradas y resueltas en un proceso judicial.

Sobre ello indicó esta Corporación en la Sentencia C-543 de 1992, por medio de la cual se declararon inexecutable ciertos artículos del Decreto 2591 de 1991 relacionados con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al indicar que, *“cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección (...)”*.

La mencionada sentencia estableció que la acción de amparo es improcedente, tanto como una instancia adicional a las surtidas en el proceso ordinario, como para darle una calidad sustitutiva en los eventos en que la parte no hizo uso de los mecanismos con los que contaba dentro de un proceso para reclamar la defensa de sus derechos fundamentales, pues *“si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”*.

En el mismo sentido, la sentencia en comento señaló que la acción de amparo resulta improcedente, tanto como una instancia adicional a las surtidas en el proceso ordinario, como para darle una calidad sustitutiva en los eventos en que la parte no hizo uso de los mecanismos con los que contaba dentro de un proceso para reclamar la defensa de sus derechos fundamentales, pues *“si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”*.

6.2. Un caso distinto es aquel en el que la posible vulneración de derechos fundamentales proviene de una actuación judicial. Situación que también fue prevista por la Sentencia C-543 de 1992, cuando se refirió a que los jueces como autoridades públicas, *“no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales”*. En esta

eventualidad, el cuestionamiento *iusfundamental* se deriva, no de la pretensión propuesta para ser resuelta por la autoridad judicial, sino que se eleva un reproche sobre su propia actuación dentro del proceso, como violatoria del derecho fundamental al debido proceso, y que plantea la posibilidad de que se instaure una acción de amparo contra la propia autoridad judicial.

Esta posibilidad, entonces ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de esta Corporación, en la que se ha admitido la excepcional procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, cuando se satisfagan los requisitos en los términos en que ya se comentó la Sentencia C-590 de 2005. Entre ellos, se exige como requisito general de procedibilidad, un riguroso examen de subsidiariedad en el siguiente sentido:

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁹¹. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”.

Como se observa, la exigencia de este requisito, resulta ser una reproducción del carácter subsidiario planteado en términos del artículo 86. El cual exige, que, se haga uso de todos los medios de defensa al alcance, las oportunidades procesales e instancias que el ordenamiento contempla para la defensa de los derechos. De manera que, ante la posible ocurrencia de una afectación de un derecho fundamental en la actuación procesal, el mismo proceso es el escenario natural donde cabe reclamar su protección, y la autoridad judicial que lo dirige le corresponde, en primera mediada, protegerlo.

En estos términos, el requisito de subsidiariedad rescata la vinculación de las autoridades judiciales a los derechos fundamentales más allá de la protección por vulneraciones en distintos escenarios y diferentes autoridades, y les atribuye la función garantizadora frente a posibles amenazas derivadas de sus propias actuaciones, dentro de los mismos procesos que dirigen. En consecuencia, esto constriñe a las partes a hacer uso de los mecanismos de defensa que el mismo proceso contempla para solicitar el amparo de su derecho fundamental al debido proceso. Al respecto, señaló esta Corte en la Sentencia T-753 de 2006:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si

⁹¹ Sentencia T-504 de 2000.

quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior”.

Lo anterior enfatiza el contenido subsidiario de la acción de tutela, la cual resulta, en principio, excluida ante el deber de las partes de reclamar en el mismo proceso judicial, y ante la misma autoridad que lo dirige, su garantía. Así lo dispuso SU-026 de 2012.

“Es necesario resaltar que la acción de tutela no es, en principio, el instrumento judicial adecuado para solicitar la protección de los derechos que eventualmente sean lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues el ordenamiento jurídico ha diseñado para este efecto la estructura de órganos de la rama judicial, estableciendo un modelo jerárquico cuyo movimiento se activa a partir de la utilización de una serie de mecanismos judiciales que buscan garantizar la corrección de las providencias judiciales”.

De manera que, si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, a la luz del artículo 86 de la Carta Política, es procedente iniciar una acción de tutela en contra de una autoridad judicial —en tanto autoridad pública—, esta opción sigue siendo extraordinaria en atención al requisito de subsidiariedad, pues el mismo proceso judicial es el escenario principal y natural en el que se debe ventilar cualquier reproche *iusfundamental*. Solamente, una vez agotada la instancia procesal y por una deficiencia de la actividad judicial, de mantenerse la vulneración, cabe hacer el análisis de procedibilidad de carácter estricto y excepcional que esta Corte ha establecido a partir de los requisitos generales y especiales de procedibilidad, y que, en últimas, se dirigen a evitar que la acción de amparo sea tomada como una instancia adicional o como una vía para rescatar oportunidades procesales pretermitidas.

Lo anterior fue categóricamente explicado en la Sentencia T-746 de 2013, al indicar que, *“quien invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Esta exigencia pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el legislador”.*

A partir de lo anterior la jurisprudencia ha identificado tres circunstancias concretas, derivadas del principio de subsidiariedad, que conducen a que una acción de tutela elevada contra providencia judicial resulte improcedente, y que son presentadas con claridad en la Sentencia T-396 de 2014, en los siguientes términos:

“(…) es dable establecer que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres eventos importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico”.

Bajo este orden de ideas, resulta conveniente apuntar, para efectos del caso objeto de revisión, que en el último de estos propósitos del examen de subsidiariedad, es decir, evitar que la acción de amparo se utilice para revivir etapas procesales pretermitidas, la restricción de procedibilidad permite *“asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios”*⁹².

A la luz de lo anterior, un estricto análisis de requisito de subsidiariedad permite que la acción de tutela contra providencias judiciales no sea manipulada ante el simple desacuerdo de las partes con las decisiones judiciales, y que, además, no se afecte la figura de la cosa juzgada, contravirtiendo extemporáneamente situaciones jurídicas consolidadas y que tuvieron su oportunidad de discusión⁹³.

En consecuencia con lo anterior, al juez de amparo le corresponde hacer un estudio de subsidiariedad en los términos del artículo 86 de la Constitución, en el que, primero, determine si en abstracto el proceso cuenta con mecanismos de defensa eficaces e idóneos que garanticen la protección del derecho fundamental. De manera que de no existir, la tutela resulta procedente en términos de subsidiariedad. Sin embargo en el escenario de las providencias judiciales, la jurisprudencia ha desarrollado también la necesidad de realizar un examen en concreto, orientado a valorar la actividad procesal del tutelante, al punto de definir si ya ha agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa que tenía a su alcance de manera diligente, y, no obstante, por una deficiencia de la actividad judicial, la amenaza al derecho permanece, lo que obliga a la intervención del trámite de amparo.

Lo indicado también permite concluir que no cabe que las partes omitan proponer su controversia ante la autoridad judicial dentro de las oportunidades procesales, para, luego, acusar su actuación frente al juez de tutela, impidiendo

⁹² Sentencia T-103 de 2014.

⁹³ Al respecto se indicó en la Sentencia T-396 de 2014:

“En ese orden de ideas, es reiterativa la posición de la Corte en cuanto a la improcedencia de la tutela cuando en desarrollo de un proceso judicial las partes pudieron valerse de los recursos judiciales ordinarios pero estos no fueron empleados oportunamente, ya que no puede constituirse en la vía para discutir situaciones jurídicas consolidadas que adquirieron firmeza por la caducidad de los recursos y acciones que no fueron utilizados oportunamente por los interesados”.

con ello que el fallador cuestionado pueda proponer los motivos de su actuación dentro del trámite judicial e, incluso, en dado caso, que adecúe su actuación en caso de advertir una posible afectación a derechos fundamentales.

6.3. Así las cosas, en virtud de la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, al examen de procedibilidad recién comentado y el alcance del requisito de subsidiariedad, resulta plenamente aplicable a la hora de evaluar la procedibilidad de una acción de amparo contra un laudo.

Por lo tanto, a continuación se realizarán unos breves consideraciones sobre los presupuestos basales que esta Corporación ha definido en relación con la aplicación equivalente del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela cuando se eleva la acción de amparo contra laudos arbitrales, pero haciendo las aclaraciones pertinentes en función de las características propias de los procesos de arbitraje. Así, el primer acercamiento a la evaluación de subsidiariedad tiene un contenido en abstracto que consiste en (i) definir si el procedimiento arbitral confiere las oportunidades procesales para que un determinado reproche de carácter *iusfundamental* pueda ser alegado y resuelto por la autoridad arbitral, lo que, en principio, haría improcedente la acción de amparo. Luego, habrá que (ii) realizar una valoración en concreto a fin de determinar si, no obstante su existencia, los mecanismos de defensa fueron agotados diligentemente y, por una deficiencia de la actividad judicial se mantiene la amenaza o vulneración, y la acción de tutela se presenta como el mecanismo subsidiario de amparo.

6.3.1. En primer lugar, es necesario aproximarse al procedimiento arbitral a partir de la principal diferencia entre los dos tipos de decisiones y que ya fue expuesta en el numeral 5.3. de esta sentencia, esto es, el carácter especial de la justicia arbitral que surge de la voluntad de las partes de que sus conflictos sean resueltos por particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia y, por ende, el carácter vinculante de la decisión arbitral que no podría condicionarse a una posterior ratificación por parte de la jurisdicción a la cual renunciaron.

Esta situación, conduce a que, en primera instancia, el principio de la autonomía de la voluntad contenido en el artículo 116 de la Constitución y que vincula a las partes a la decisión arbitral, excluye la posibilidad de que ésta pueda ser sometida al examen de la jurisdicción ordinaria, lo que significa un reforzamiento del requisito de subsidiariedad a la hora de valorar la procedibilidad de la acción de amparo, aunque en realidad se trata de una subsidiariedad en relación con la administración de justicia en general.

Ahora bien, lo anterior en modo alguno significa que la sujeción a la justicia arbitral como una excepción a la ordinaria, sea también una excepción a la vinculación a los derechos fundamentales y a la garantía que supone disponer de las oportunidades procesales para hacerlos valer, toda vez que, en todo caso, como esta Corporación lo ha indicado “*la justicia arbitral está sujeta a las reglas básicas de todo proceso, como el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente los derechos al debido proceso, a*

la defensa y al acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes”⁹⁴. En efecto, el mencionado artículo 116 Superior dispone que el proceso de arbitramento está regulado “*en los términos que determine la ley*”.

Bajo estos supuestos, en el numeral tercero del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de la Administración de Justicia— se contempló la posibilidad de que los particulares ejercieran función jurisdiccional “*actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad*”.

Además, en la Sentencia C-713 de 2008, esta norma fue declarada condicionalmente exequible, “*en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales*”. De modo que, el principio de autonomía de la voluntad, no excluye el sometimiento a un mínimo constitucional, a los principios a los que también está sometida la jurisdicción ordinaria y al derecho al debido proceso, el cual, a su vez, es garantizado a partir de las normas que regulan el proceso arbitral.

De hecho, la Ley 1563 de 2012 “[p]or medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 1º establece los principios generales del arbitraje y crea el marco general que permite a las partes intervenir activamente en etapas regladas:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción (...). (Resaltado fuera del texto original).

Asimismo, y en desarrollo de los anteriores principios, el Capítulo II de la ley anteriormente mencionada, se ocupa de regular el procedimiento arbitral, en donde se establecen, entre otras, las reglas para dar inicio al trámite, para conformar el tribunal, los mecanismos de alegación tanto para la parte demandante como para la demandada (como es el caso de la posibilidad de contestación de la demanda), las audiencias de trámite, las etapas probatorias, audiencia de alegatos y la decisión final a través del respectivo laudo.

Igualmente, el Decreto 1818 de 1998 (normatividad anterior a la Ley 1563 de 2012), consagra los fundamentos constitucionales y legales que lo sustentan,

⁹⁴ Sentencia T-288 de 2013.

con expresa referencia a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y destina el Título II a cada una de las etapas del procedimiento arbitral, dentro de las que se incluían las aludidas en el proceso actualmente vigente.

En desarrollo de lo anterior, las dos regulaciones mencionadas, el Decreto 1818 de 1998, y Ley 1563 de 2012, regulan con precisión las etapas a las que se encuentra sujeto el proceso arbitral y en las que incluyen, como en los procesos de la jurisdicción ordinaria, las oportunidades para que las partes puedan presentar argumentos, contraargumentos, excepciones, solicitar material probatorio, y en general puedan hacer valer su derecho al debido proceso. Incluso, no puede pasarse por alto que en variados asuntos, este ordenamiento remite a las disposiciones del procedimiento civil. Lo que permite entrever una manifestación procesal de la equivalencia.

Por un lado, el Decreto 1818 de 1998, regula en la Parte Segunda, Título II, el procedimiento arbitral, el cual se divide en: Iniciación del trámite arbitral (Capítulo I), Intervención de terceros (Capítulo II), Audiencias, pruebas y medidas cautelares (Capítulo III), y Laudo arbitral y recursos (Capítulo IV). Así pues, estas normas prevén la posibilidad de que, una vez presentada la demanda, sea posible, entre otras actuaciones, la contestación de la misma, la reconvencción y la celebración de la audiencia de conciliación; así como la posibilidad de presentar, solicitar pruebas y contradecirlas.

Mientras que, por su parte, la normatividad vigente, Ley 1563 de 2012, destinó al trámite arbitral las normas incluidas en el Capítulo II de la Sección Primera. En ellas reguló, entre otros aspectos, la iniciación del proceso arbitral (artículo 12), el traslado y la contestación de la demanda (artículo 21), la audiencia de conciliación (artículo 24), las audiencias y pruebas (artículo 31), y la audiencia de alegatos y el laudo (artículo 33),

Lo anterior determina que, de frente a un examen de subsidiariedad respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, y sin perjuicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para acogerse a una jurisdicción especial, su trámite se desarrolla dentro del marco del derecho al debido proceso, con un carácter reglado y con las oportunidades para que las partes puedan hacer valer sus posturas y, desde luego, sus derechos fundamentales.

Por otra parte, se presenta una cuestión procesal que debe observarse a la hora de realizar el examen de subsidiariedad de tipo objetivo de la acción de amparo contra laudos arbitrales, y que se relaciona con las posibilidades de impugnación de las decisiones arbitrales. En primer lugar, es de tenerse en cuenta que, si bien las decisiones arbitrales no cuentan con un mecanismo de impugnación, en consecuencia con la garantía del principio de autonomía de la voluntad, en todo caso, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de llevar ante la jurisdicción ordinaria ciertos aspectos relacionados con irregularidades procesales que no hayan sido observadas y subsanadas en el trámite arbitral.

Sobre este asunto, tanto la normatividad anterior -Decreto 1818 de 1998-, como la actualmente vigente -Ley 1563 de 2012-, prevén el recurso destinado a la anulación de los laudos arbitrales. Aunque, en el ordenamiento anterior se distinguía un recurso para los laudos de carácter administrativo (recurso de anulación), y otro para los laudos de carácter laboral (recurso de homologación), en la Ley 1563 de 2012 se unificó en el recurso de anulación para unos y otros tipos de laudos.

El Decreto 1818 de 1998 estableció en el artículo 163:

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

- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
- 2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
- 3. [Declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante la Sentencia del 8 de abril de 1999].*
- 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
- 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
- 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
- 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*
- 8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y*
- 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

Mientras que la Ley 1563 de 2012 estableció como causales del recurso de anulación las siguientes:

“1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.

[El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-572A de 2014].

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”.

Como se observa, todas las causales del recurso de anulación están relacionadas con aspectos procesales, denominadas *in procedendo*, lo que determina, para efectos de la aplicación del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, que una aproximación en abstracto informa que las

alegaciones de tipo *iusfundamental* relacionadas con causales de contenido procesal, cuentan con dos escenarios de controversia. Primero, las oportunidades que para tal efecto concede el trámite arbitral y, luego, el recurso de anulación.

En estos términos, el examen de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales debe tener en cuenta que en los casos en que se trate de reproches *iusfundamentales* relacionados con aspectos *in procedendo*, se cuenta con una vía de defensa adicional al trámite arbitral ante la jurisdicción ordinaria que consiste en el recurso de anulación.

Un caso distinto se observa en aquellos reproches que desbordan las causales anteriormente mencionadas, es decir afectaciones a derechos fundamentales que no corresponden con las causales que la ley establece para la procedencia del recurso anulación, como sucedería, en general, con los llamados errores sustanciales o también denominados *in iudicando*. En tales eventos, al ser improcedente el recurso de anulación, cualquier alegación en tal sentido solamente se puede realizar dentro de las oportunidades del proceso arbitral. Ello, claro está, siempre que el reproche no se predique del contenido del mismo laudo, pues en tal evento, no se contaría con ninguna instancia de controversia.

Sin embargo, para efectos del examen en abstracto de subsidiariedad de la acción de tutela, debe partirse de que, en principio, el proceso arbitral, así como sucede en la jurisdicción ordinaria, se desarrolla dentro del escenario de garantía de los derechos fundamentales que permite a las partes solicitar su protección dentro de las etapas procesales. Sólo que, tratándose de un reproche *in procedendo*, además se cuenta con el recurso de anulación. Entonces, este es el punto de partida para abordar el examen en concreto y determinar si la parte tutelante agotó diligentemente los medios de defensa con los que contaba y si la autoridad arbitral cometió algún defecto en su actuación.

6.3.2. A partir de esas condiciones se manifiesta la regla general que sustenta el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, según la cual, el escenario natural de protección de los derechos fundamentales es el proceso arbitral y las oportunidades que concede, de manera que las partes tienen la carga de elevar cualquier reclamación ante la autoridad arbitral, quien es la primera llamada a garantizar la protección de los derechos fundamentales dentro del proceso que tramita, para que se resuelva definitivamente con los efectos vinculantes de la cosa juzgada.

Ahora bien, sólo al tratarse de reproches procesales indicados tácitamente para que proceda el requisito de anulación cabría hacer una excepción en relación con la vinculación de las partes a la decisión arbitral.

No obstante lo apuntado, la acción de tutela puede proceder en contra de un laudo arbitral cuando, de conformidad con la jurisprudencia constitucional en relación con las providencias judiciales, no se contaba con la oportunidad procesal para controvertir una supuesta vulneración *iusfundamental*, o,

teniéndolos y habiendo hecho uso de ellos, por una deficiencia en la actuación de la autoridad, persiste el defecto alegado. Esta circunstancia exige que se haga una valoración en concreto sobre la actuación en el proceso arbitral, en relación con el agotamiento diligente de los medios de defensa de los que se disponía, para evitar que con la acción de amparo se pretenda remplazar los medios de defensa creados por el legislador.

De manera que, la subsidiariedad determina que, como se dispuso en la Sentencia SU-174 de 2007, la acción de tutela “(...) sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental”. Lo anterior presenta un planteamiento amplio que no se restringe exclusivamente a los recursos que se pueden usar en contra de la decisión arbitral final, como es, el de anulación, sino, que incluye, previamente, también las etapas procesales dentro del mismo proceso de arbitramento. En tal sentido, esta Corporación ha establecido que: “(i)[d]ado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral, y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable”⁹⁵.

Así pues, antes de cualquier alegación en sede de tutela, deben agotarse los mecanismos de protección ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento concede, pues, en principio, los jueces de cada una de las jurisdicciones son los primeros llamados a garantizar los derechos fundamentales dentro del respectivo proceso, y la jurisdicción arbitral no está exenta de tal exigencia.

En este orden de ideas, el examen de subsidiariedad debe, primero, centrarse en el agotamiento de los medios de defensa que ofrece el trámite arbitral propiamente dicho y, luego, cuando haya lugar a ello, en las restringidas posibilidades frente a la jurisdicción ordinaria. Esto, sin embargo, parte de hacer una distinción en el examen de subsidiariedad en concreto, según si se trata de reproches *in procedendo*, o, *in iudicando*.

Sobre ello, el ordenamiento ha previsto que, no obstante la voluntad de las partes de abandonar la jurisdicción ordinaria, es posible acudir a recursos concretos que permitan controlar el proceso arbitral. Así lo ha precisado esta Corte, por ejemplo, en relación con el recurso de anulación, al decir que este “es un medio de defensa judicial idóneo para subsanar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido lugar con ocasión del laudo arbitral, razón por la cual la acción de tutela sólo puede impetrarse una vez haya sido fallado el primero por el órgano judicial competente”⁹⁶.

⁹⁵ Sentencia T-466 de 2011.

⁹⁶ Sentencia T-244 de 2007.

En cambio, no sucede lo mismo con los eventos que que la alegación del desconocimiento del derecho fundamental, no coincida con alguna de las causales establecidas por la ley para acudir al recurso de anulación, lo que llevaría a que en estos eventos no pudiera exigirse el agotamiento del mismo por no ser un mecanismo eficaz. En tal eventualidad, se puede generar una desprotección de derechos fundamentales, que esta Corte describió en la Sentencia T-244 de 2007, así:

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

De este modo, y con la finalidad de satisfacer el requisito de subsidiariedad, obligar al agotamiento del recurso de anulación en tales casos, conllevaría a un trámite innecesario e ineficaz, pues tales defectos no encajan en las causales taxativas establecidas para dicho recurso. Por consiguiente, al tenor de lo señalado por la jurisprudencia, en estos eventos el requisito de subsidiariedad se vería relativizado en la medida en que exigir el agotamiento del recurso resultaría desproporcionado, *“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 que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley”*⁹⁷.

A propósito, en el Auto 051 de 2012, la Corte indicó que la idoneidad del recurso de anulación como mecanismo de protección de derechos fundamentales, debe analizarse en el caso concreto, toda vez que este recurso sólo procede por las causales estipuladas en la ley, y que están relacionadas con aspectos procesales. De manera que, señala la mencionada providencia, la Corte puede admitir —y lo ha hecho— la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral, incluso, sin que se hubiera agotado el recurso de anulación, por tratarse de un aspecto ajeno a las causales de procedencia del mencionado recurso.

Este es el caso de los denominados errores *in iudicando*, respecto los cuales el juicio de subsidiariedad, en abstracto, recae en las oportunidades que ofrece el trámite arbitral para controvertir las actuaciones que puedan configurar una afectación de derechos fundamentales. Aunque, ello conlleva a plantearse la situación en la que el reproche se formule contra errores de esta naturaleza contenidos en el mismo laudo arbitral, contra el cual, no se cuenta con ningún mecanismo de defensa, por lo que podría acudirse a la acción de amparo.

⁹⁷ Sentencia T-972 de 2007.

Lo anterior, como indicó la Corte en la Sentencia T-972 de 2007 “*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 extraordinarios 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 éstos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional*”.

6.3. En este contexto, se puede concluir que los laudos arbitrales están sujetos a un control *iusfundamental* integral, pues, si bien la voluntariedad del arbitramento implica que la actuación de la jurisdicción ordinaria sea mínima, y que “*la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible*”⁹⁸, los derechos fundamentales, por su parte, gozan de una protección especial, que permite que, de manera excepcional, los laudos arbitrales puedan ser objeto de la acción de tutela.

Por tanto, antes que nada, la protección *iusfundamental* se concreta en los mecanismos de defensa propios del procedimiento arbitral, y luego, cuando haya lugar, en el recurso de anulación. Estos dos son los escenarios naturales donde corresponde verificar la adecuación del laudo a la Constitución, sin embargo, de manera equivalente al tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a la acción de amparo contra providencias judiciales, en el caso de los laudos arbitrales también ha previsto la posibilidad excepcional de que se pueda acudir ante el juez de tutela para proteger el derecho fundamental al debido proceso, bien sea cuando la afectación se alegue de un aspecto *in iudicando*, y que no requiere ser llevado a conocimiento del recurso de anulación, o, al tratarse de un vicio *in procedendo*, una vez no haya sido posible ampararlo mediante este mecanismo. Pero, en todo caso, la procedibilidad de la acción de tutela, en cualquiera de los dos eventos mencionados, está subordinada a que, antes, se haya solicitado la protección dentro de los escenarios previstos para el procedimiento arbitral.

Dicho de otra manera, la acción de tutela se puede plantear en dos escenarios, dependiendo si es preciso, o no, el agotamiento del recurso de anulación. Esta situación determina que la aproximación del juez de tutela, en uno y otro caso, sea distinta y sea posible la evaluación de la actividad procesal de las partes. De modo que, si bien siempre se parte del respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros que, en principio, no debe ser invadido por la jurisdicción ordinaria, incluido el juez de amparo, a quien no le corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, también es cierto que en los casos en que no resulta exigible agotar el recurso de anulación, la acción de amparo hace un primer acercamiento al laudo arbitral, y en este sentido, la valoración sobre la violación directa de derechos fundamentales habrá de ser más estricta.

⁹⁸ Sentencia T-466 de 2011.

Mientras que en los casos en que se ha agotado el recurso de anulación, el laudo ha sido sometido a un primer examen, y el juez de tutela cumple una función más distante frente a cualquier reproche *in procedendo*. De modo que habría de examinar si al resolverse el recurso, no se advirtió alguna vulneración de tipo *iusfundamental*. Pero, en todo caso, se insiste, no debe pasarse por alto que en ambos casos, “(...) *la sede de tutela no puede convertirse en un nuevo espacio procesal para reexaminar las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral*”⁹⁹.

Así las cosas, la regla de procedibilidad establecida en el artículo 86 de la Constitución, en lo que concierne a la subsidiariedad, se concreta en el procedimiento arbitral a partir de dos valoraciones a saber. Una, en **abstracto**, destinada a determinar si el procedimiento arbitral confiere las oportunidades procesales idóneas para proteger el derecho fundamental invocado y que, en principio, harían improcedente la acción de amparo; y otra, en **concreto**, orientada a examinar la actuación procesal de quien acude a la acción de amparo, a fin de definir si, ante la existencia de mecanismos de defensa contemplados en el proceso arbitral, estos fueron utilizados diligentemente, pero por una deficiencia en la actuación de la autoridad jurisdiccional, la posible afectación *iusfundamental* se mantiene. Esta doble valoración permitirá establecer si la acción de amparo es utilizada de manera principal o subsidiaria y, con ello, si la misma resulta procedente.

7. Caso concreto

Corresponde a esta Corporación, revisar el fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en relación con la acción de amparo instaurada por el Municipio de San José de Cúcuta contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de la misma ciudad, el 3 de diciembre de 2010. Para ello, se analizarán los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela frente al laudo arbitral en controversia, y, en especial, el referido a la subsidiariedad, por haber sido un aspecto controvertido en el proceso de tutela que se revisa. Antes, sin embargo, se pasará a abordar una cuestión previa relacionada con la vinculación de las partes en este proceso.

7.1. Cuestión previa

Es pertinente tener en cuenta que en el proceso arbitral objeto de estudio, intervinieron, por una parte, el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo, y, por la otra, el Consejo de Estado (Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo) que resolvió el recurso de anulación contra el mismo laudo. Sin embargo, la acción de amparo se dirige exclusivamente contra el laudo arbitral, lo que podría generar cierta duda respecto a si el Consejo de Estado debió estar vinculado en este proceso de Revisión.

⁹⁹ Sentencia T-225 de 2010.

Para abordar esta cuestión, resulta importante recordar las consideraciones generales que en esta providencia se hicieron en relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de amparo cuando se dirige contra laudos arbitrales. Entonces, se planteó la posibilidad de que aquella pueda versar, bien sobre asuntos que coincidan con los vicios *in procedendo* que se incluyen en las causales taxativas del recurso de anulación del laudo, o bien que se aduzcan defectos *in iudicando*, que no se ajustan a dichas causales.

Respecto al segundo supuesto, se indicó que, incluso, la demanda de tutela puede elevarse directamente contra el laudo, sin que sea necesario agotar el recurso de anulación, y sin que tal proceder afecte la subsidiariedad de la acción de tutela.

En el caso objeto de estudio, después de proferido el laudo arbitral, el Municipio de San José de Cúcuta promovió el recurso de anulación, que se resolvió desfavorablemente a sus intereses. Posteriormente, instauró la acción de tutela en contra el laudo arbitral, en la que se refirió a varios defectos relacionados con la valoración que el Tribunal de Arbitramento hizo del material probatorio, esto es, sobre asuntos *in iudicando* que no se relacionan con las causales que invocó en la solicitud de anulación resuelta por el Consejo de Estado.

Esto quiere decir que, en la medida en que la acción de tutela instaurada por el Municipio no realiza reproche alguno sobre los errores *in procedendo* en que pudo incurrir el Tribunal de Arbitramento, ni está cuestionando la actuación del Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación, se descarta cualquier posibilidad de que el Consejo de Estado sea o haya sido vinculado al presente proceso de tutela. Por tales razones la Sala no abordará los temas resueltos en el recurso de anulación, ni hará un pronunciamiento sobre el mismo.

Aclarado este aspecto, el presente fallo estará orientado, exclusivamente, a resolver los reproches *iusfundamentales* que la entidad accionante realizó en relación con el laudo arbitral por motivos *in iudicando*, para lo cual la Sala pasará a efectuar el examen de procedibilidad de la presente acción de tutela de conformidad con las consideraciones generales hechas anteriormente.

7.2. Examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

7.2.1. Relevancia constitucional: como lo ha señalado esta Corporación, la cuestión que se pretende resolver por vía de tutela debe tener evidente relevancia constitucional, toda vez que la finalidad de la acción de amparo no es convertirse en otra instancia judicial o reemplazar las instancias ordinarias, sino resolver aspectos que trascienden las meras cuestiones legales, donde se vean implicados derechos fundamentales¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Sentencia T-244 de 2007.

Esta situación adquiere un matiz especial en el caso que la acción de amparo se instaure contra laudos arbitrales, pues el fundamento principal en estos casos se orienta a demostrar la presencia de ciertos defectos en la actuación judicial, lo cual gira en torno a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Situación que, *ab initio*, supone ya una clara afectación constitucional. Sin embargo, en todo caso se hace necesario que, en virtud de este requisito, se verifique si el motivo del amparo solicitado responde efectivamente a una posible violación del derecho al debido proceso y no a una intención de reabrir el proceso y cuestionar el criterio que tuvo el fallador para decidir.

De lo anterior se deriva que la valoración de este requisito tenga una aproximación *ex ante* con los motivos que, en general, mueven la acción de amparo; pero esta valoración no implica que a la hora de desarrollar con detalle los cargos formulados, el criterio conductor de la relevancia constitucional se haga a un lado, de tal forma que, incluso, pueda considerarse que uno de los varios defectos alegados, en un examen más profundo, no tenga relevancia constitucional por pretender, en el fondo, reabrir un debate que ya fue resuelto en el proceso, o plantear una controversia de tipo legal o contractual.

Así pues, en el presente caso, se alegan dos defectos; uno fáctico y otro sustantivo, ambos relacionados con la valoración probatoria que adelantó el Tribunal de Arbitramento. Al respecto, la Sala encuentra que, en principio, los defectos plantean una controversia de relevancia constitucional, en la medida en que la crítica a la valoración probatoria realizada por el juez arbitral determina una situación definitiva en la garantías procesales dentro de un trámite que está destinado a la definición de la liquidación de un contrato, y en el que el examen probatorio-contable es fundamental en la decisión del fallo.

Es decir, que en tanto que el examen probatorio que se cuestiona en la acción de tutela se refiere a la esencia de la *litis*, un defecto fáctico en este sentido significaría la afectación inminente del derecho al debido proceso. Empero, ello no impide que a la hora de abordar cada defecto alegado, se pueda llegar a la conclusión que alguno de ellos no plantea una discusión constitucional sobre la vulneración del derecho al debido proceso, sino que termina por referirse a un desacuerdo eminentemente interpretativo de la ley o de una cláusula contractual.

Lo anterior quiere decir que, *prima facie*, la Sala encuentra satisfecho este requisito de relevancia constitucional, pero que su evaluación se hará extensible al momento en que se analice cada uno de los defectos alegados.

7.2.2. Subsidiariedad: a partir de las precisiones hechas en las consideraciones generales, se pasará a hacer el examen de subsidiariedad de la acción de amparo interpuesta por el Municipio de Cúcuta contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Esto es, establecer si el proceso arbitral confería las oportunidades procesales para que la tutelante planteara sus reproches constitucionales y los mismos fueran resueltos —valoración objetiva, y, de existir tales

oportunidades, si efectivamente fueron utilizadas diligentemente por el municipio mencionado —valoración subjetiva—. Esto último, atendiendo en todo momento, a la situación particular que define el proceso arbitral como un apartamiento voluntario de la jurisdicción en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes que han decidido someterse a lo decidido por quienes invistieron de competencia para ello.

Además, el estudio de subsidiariedad cobra especial relevancia, en la medida en que, dentro del caso a definir en la presente providencia, fue un aspecto objeto de discusión, principalmente, en relación con el hecho que el Municipio de Cúcuta no contestó la demanda arbitral. En este sentido se refirieron los miembros del Tribunal de Arbitramento en la contestación de la acción de amparo, al indicar que, al no hacer uso de tal herramienta procesal el municipio había dejado pasar la posibilidad para proponer excepciones y para solicitar pruebas. En el mismo sentido se refirió Proactiva Oriente S.A. E.S.P., al señalar que el municipio no había ejercido en las oportunidades procesales, lo que en definitiva determinaba hacer una reconsideración extemporánea sobre los hechos y las pretensiones en sede de tutela.

De hecho, este argumento también fue sostenido por el juez de tutela quien indicó que el accionante pretendía darle un uso distinto al que le es propio a la acción de amparo por su carácter subsidiario, *“para revivir una cuestión judicial que fue decidida de forma adversa a sus intereses, tanto por el tribunal de arbitramento demandado, como por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a causa de las omisiones en que incurrió la apoderada durante el proceso arbitral y que pretende hacer valer por la vía de la tutela, argumentando la supuesta configuración de vías de hecho”*¹⁰¹. En concreto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de tutela, se refirió a las oportunidades procesales pretermitidas por el Municipio de San José de Cúcuta, que llevaron al detrimento patrimonial de la entidad pública, por lo que, incluso, ordenó que se remitiera copia de la presente providencia y del expediente del proceso arbitral a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En este escenario, es preciso pasar a identificar los reproches elevados en sede de tutela, de manera que se pueda determinar si, en primer lugar, el proceso arbitral concedía las oportunidades para que fueran alegados, lo cual pasa necesariamente por hacer un análisis del acto procesal relativo a la contestación de la demanda, y, posteriormente, si la entidad agotó el trámite arbitral diligentemente.

Tal y como se presentó en los antecedentes de esta providencia, el Municipio de Cúcuta reprochó la actuación del Tribunal de Arbitramento a partir de dos cargos como causantes del desconocimiento alegado de su derecho fundamental al debido proceso, y que, en términos generales, se dirigen a cuestionar la existencia misma de la obligación a pagar los subsidios que fueron objeto de discusión en el procedimiento arbitral.

¹⁰¹ Cuaderno 2, folio 238.

Estos cargos se refieren, en primer lugar, a un defecto fáctico, consistente en una supuesta indebida valoración probatoria, (i) haber fallado sin obrar prueba para ello; (ii) condenar sin tener en cuenta situaciones que hacían imposible el fallo; (iii) condenar con base en una prueba pericial nula; y (iv) condenar sin tener en cuenta que no existía obligación en el presupuesto del municipio. Y, en segundo lugar, a un defecto sustantivo en relación con la inexistencia de normas que sustentaran el cobro de los subsidios a cargo del presupuesto municipal.

De manera preliminar, es preciso observar que estos cargos no están relacionados con cuestiones *in procedendo*, dentro de las que enumera el artículo 163 del decreto 1818 de 1998, como causales para iniciar el recurso de anulación. Son, en cambio, cuestiones *in iudicando*, por estar dirigidas a cuestionar la actuación del Tribunal de Arbitramento en relación con la justificación normativa y probatoria de la obligación de pago de los subsidios por el servicio de aseo y recolección de basura, y que, fue una de las pretensiones que Proactiva solicitó como consecuencia de la liquidación del contrato pretendida ante la justicia arbitral. Por lo tanto, al no ajustarse a las causales para acudir al recurso de anulación, el examen de subsidiariedad se debe concentrar solamente en el proceso arbitral propiamente dicho, y, en consecuencia, a continuación se pasará a determinar (i) si el proceso arbitral confiere las oportunidades de defensa en relación con estas alegaciones, y si, en tal caso, (ii) el municipio agotó los mecanismos de defensa diligentemente.

7.2.2.1. Con la finalidad de abordar el examen objetivo sobre la disponibilidad de oportunidades procesales para que el Municipio de San José de Cúcuta pudiera elevar los cargos que, ahora presenta en sede de tutela, resulta apropiado, antes, hacer una breve descripción de las principales etapas y actuaciones dentro del proceso arbitral contemplado en el Decreto 1818 de 1998¹⁰², y, así, poder tener una perspectiva general sobre el mismo y las oportunidades de defensa con las que cuentan las partes.

7.2.2.1.1. El primer acto procesal, una vez presentada la demanda es (i) el pronunciamiento de los árbitros respecto a la aceptación de los cargos, que en caso de admitirlos, se inicia, propiamente, el “*trámite arbitral*” del que trata el artículo 141 del mencionado Decreto, el cual, a su vez, remite a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, en lo que concierne: (ii) al contenido y los requisitos de la demanda, (iii) al término de traslado de la misma (10 días), y (iv) a la contestación de la demanda. A continuación, corresponde celebrarse (v) la audiencia de conciliación, y, en caso que las partes no lleguen a un acuerdo, se pasará a (vi) la instalación del Tribunal de Arbitramento¹⁰³.

¹⁰² Artículo 139 y siguientes.

¹⁰³ Artículo 142. Instalación del Tribunal. Para la instalación del Tribunal se procederá así:

1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del Tribunal e integrado este y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si esta fuere parcial, el Centro de Arbitraje fijará fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes, salvo que estos hubieren sido notificados por estrados.

Instalado el Tribunal, tiene ocasión (vii) la “*primera audiencia de trámite*”¹⁰⁴ en la cual se desarrollan varias actuaciones a saber: la lectura del documento que contenga la cláusula compromisoria; la resolución, por parte del Tribunal, sobre su competencia y sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias; y la fijación de la fecha para la siguiente audiencia. Posteriormente, (viii) el Tribunal decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que, de oficio, considere pertinentes¹⁰⁵; y, concluida la etapa de instrucción, (ix) se celebrará audiencia en la que las partes podrán presentar alegaciones de conclusión, y se fijará una fecha para la (x) audiencia de fallo en la que, finalmente, se profiera el laudo arbitral¹⁰⁶.

7.2.2.1.2. De la anterior descripción general del proceso arbitral, vale la pena rescatar que el Decreto 1818 de 1998 remite, en alguna de las etapas, a las normas generales del Código de Procedimiento Civil (normatividad procesal general vigente al tiempo del Decreto 1818 de 1998). Particularmente, y para lo que aquí interesa, el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 remite a las normas del Código de Procedimiento Civil en lo concerniente a la demanda, admisión, traslado y contestación, por lo que, al respecto, hay que remitirse al artículo 92 del mencionado Código que dispone:

“Artículo 92 Contestación de la demanda. La contestación de la demanda contendrá:

1. La expresión del nombre del demandado, su domicilio o a falta de éste su residencia y los de su representante o apoderado, en caso de no comparecer por sí mismo.

2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan.

2. Si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6° del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991.

3. El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.

4. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo

¹⁰⁴ Artículo 147. Primera audiencia de trámite. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.

2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.

5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

¹⁰⁵ Artículo 151. El Tribunal de Arbitramento realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes; en pleno decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que oficiosamente considere pertinentes.

El Tribunal tendrá respecto de las pruebas, las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles del recurso de reposición.

¹⁰⁶ Artículo 158. El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, aun por quienes hayan salvado el voto y por el secretario; si alguno se negare, perderá el saldo de honorarios que le corresponda, el cual se devolverá a las partes.

El árbitro disidente consignará en escrito separado los motivos de su discrepancia.

En caso de no constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así.

3. Las excepciones que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, salvo las previas, y la alegación del derecho de retención si fuere el caso.

4. La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer.

5. La indicación bajo juramento, que se considerará prestado con la presentación del escrito, del lugar de habitación o de trabajo donde el demandado o su representante o apoderado recibirán notificaciones.

A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba a nombre del demandado y las pruebas de que trata el numeral 6° del artículo 77.

Si el demandado no está de acuerdo con la cuantía señalada en la demanda, deberá alegar la excepción previa de falta de competencia; si no lo hiciere, quedará definitiva para efectos de ésta”.

De la norma transcrita se puede colegir que el trámite de contestación de la demanda concede la oportunidad para que la parte demandada se oponga a los hechos y pretensiones de la demanda, proponer excepciones y presentar y solicitar el material probatorio que considere necesario para sustentar sus afirmaciones. Así las cosas, no cabe duda de que, para el caso que ocupa a la Corte, las cuestiones planteadas en sede de tutela por parte del Municipio de San José de Cúcuta, relacionadas con aspectos sustanciales y fácticos de la pretensión elevada por Proactiva ante el Tribunal de Arbitramento, podían ser ventiladas en la contestación de la demanda. Es decir, que el proceso arbitral le concedía una oportunidad idónea para elevar los reproches a los que hace alusión en la acción de amparo.

Lo anterior porque, como quedó dicho, los reproches que formula el municipio están dirigidos a desvirtuar una pretensión dineraria relacionada con la existencia de la obligación a la que fue condenado en el laudo arbitral. La entidad territorial, en efecto, sostiene en sede de tutela que no existía norma que sustentara la obligación presupuestal de tal prestación, y, por otra parte, hace énfasis en la ausencia de fundamentos fácticos que le obligaran al pago, para lo cual cuestiona la valoración hecha de los términos del contrato suscrito y de los soportes financieros. Sin embargo, estos reproches tendrían que haber sido planteados en la contestación de la demanda, a partir de que el municipio formulara sus argumentos y desacuerdos en relación con la obligación en el pago de subsidios, la aplicación normativa en esta materia, propusiera excepciones e, incluso, aportar y solicitar el material probatorio conducente a sus afirmaciones.

7.2.2.2. Ahora bien, establecida la conclusión objetiva de que el municipio contaba con la contestación de la demanda, esta conclusión objetiva de que el

procedimiento arbitral otorgaba, en la contestación de la demanda, un mecanismo de defensa eficaz e idóneo para que el municipio planteara los cargos que, ahora, formula en sede de tutela, resulta pertinente pasar a hacer la valoración subjetiva sobre su actuación dentro del trámite arbitral a la hora de agotar tal mecanismo principal como presupuesto de procedibilidad para acceder a la acción de amparo. En este contexto, el municipio contaba con la contestación de la demanda para plantear los cargos que ahora presenta en sede de tutela.

Sin embargo, la Corte advierte que no obstante que el 4 de abril de 2010 la entidad territorial fue notificada personalmente, de manera injustificada no acudió al proceso a contestar la demanda, ni propuso excepciones ni solicitó pruebas ante el Tribunal de Arbitramento¹⁰⁷.

Con ello, se pone de presente que el Municipio de San José de Cúcuta omitió hacer uso de una oportunidad procesal basilar del derecho de defensa, la cual le permitía elevar los reproches de fondo que pretende traer al conocimiento del juez de amparo. Esta situación, no se compadece con el requisito de subsidiaridad descrito en el artículo 86 de la Constitución, y que, en consecuencia, ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, particularmente a partir de las circunstancias que han sido señaladas como causales de improcedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, en los siguientes términos:

*“(i)[d]ado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral, y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable”*¹⁰⁸.

Incluso, la idoneidad de la contestación de la demanda se resalta dentro de los demás actos procesales, a partir de las prerrogativas y alcances argumentativos y probatorios que confiere, por lo que la inacción en relación con esta oportunidad difícilmente puede ser subsanada por otros actos dentro del mismo proceso arbitral que, si bien permiten un cierto margen de defensa, tienen una finalidad determinada y, sobre todo, se desarrollan en un momento procesal concreto que condicionan su alcance.

Lo anterior tiene relación con el hecho que la Corte encuentra que, si bien la entidad territorial tampoco se presentó a la audiencia de conciliación, sí lo hizo a la audiencia de alegatos de conclusión. En esta, el municipio se refirió a la inexistencia de la obligación de pagar los subsidios, la deficiencia en los soportes financieros y cuentas de cobro, y, por último, señaló que el Tribunal

¹⁰⁷ Así lo constató el Tribunal de Arbitramento en el Laudo. A folio 4, cuaderno 3.

¹⁰⁸ Sentencia T-466 de 2011.

no contaba con competencia para resolver sobre la etapa de liquidación del contrato.

Se observa, entonces, que el municipio sólo presentó sus alegaciones en relación con las pretensiones de la demanda, y que son las que ahora sustentan su acción de amparo, hasta la audiencia de alegatos de conclusión, la cual, como se pasará a explicar, no tiene la facultad suficiente para suplir la omisión mencionada y, con ello, considerarse agotado el mecanismo principal de defensa dentro del proceso arbitral. Asunto que, por lo demás, ya fue resuelto en sede de anulación y hace tránsito a cosa juzgada.

Esta etapa tiene ocasión en la audiencia prevista en el artículo 154 el Decreto 1818 de 1998, que la consagra en los siguientes términos:

“Concluida la instrucción del proceso, el Tribunal oirá las alegaciones de las partes, que no podrán exceder de una (1) hora cada una; señalará fecha y hora para audiencia de fallo, en la cual el secretario leerá en voz alta las consideraciones más relevantes del laudo y su parte resolutive. A cada parte se entregará copia auténtica del mismo.

En el mismo laudo se hará la liquidación de costas y de cualquier otra condena”.

De la anterior formulación puede observarse que esta es, como su nombre lo indica, una fase conclusiva del proceso, después de que las partes ya han presentado los argumentos y una vez *“concluida la etapa de instrucción”*. Aunque, a diferencia de lo que ocurre con la contestación de la demanda, ni la ley especial sobre arbitramento, ni la aplicación analógica del Código de Procedimiento Civil, establecen cuál debe ser el contenido de los alegatos de conclusión. No obstante esta situación, una lectura sistemática de las normas procesales permite hallar, *groso modo*, la finalidad de esta etapa. Así, en el proceso ordinario, por ejemplo, el artículo 403 CPC establece sobre *“las alegaciones”*, que: *“Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de ocho días”*. En el verbal de mayor y menor cuantía, el parágrafo 5to., artículo 432 CPC se refiere a *“las alegaciones”* así: *“concluida la instrucción oirá hasta por veinte minutos a cada parte, primero a la demandante y luego a la demandada”*. A su turno, el artículo 414, que regula las alegaciones y la sentencia en el proceso abreviado establece que: *“[v]encido el término para practicar pruebas, se le dará traslado a las partes para alegar el término común de veinte días (...)”*.

Por otra parte, vale la pena considerar que, en la medida en que esta etapa procesal se presenta como la oportunidad de que, una vez vencido el término para practicar pruebas, las partes pueden presentar al juez los razonamientos para sustentar las pretensiones o excepciones y, a partir del análisis del probatorio recaudado, buscar persuadir al juez, entonces, la etapa de alegatos de conclusión presupone una previa argumentación y exposición de excepciones y fundamentos de las partes en relación con las pretensiones que promueven el proceso, y, a la vez, una actividad probatoria realizada que

permita formular contraargumentos y conclusiones finales para darle mayores elementos de juicio al fallador. No constituye, por tanto, una etapa de formulación inicial de argumentos, además de que, sobre el material probatorio, sólo cabe hacer referencia al que ya haya sido incorporado.

La audiencia de alegatos de conclusión es, por demás, una fase que la misma norma arbitral limita a un tiempo máximo de duración de una hora, lo cual pone de manifiesto su carácter sumario y conclusivo, y que, contrasta con la oportunidad en la contestación de la demanda, desprovista de este tipo de limitantes para presentar argumentos, excepciones y pruebas.

Así las cosas, acudir a esta etapa procesal conclusiva, aisladamente, sin haber hecho uso de la contestación de la demanda, parece insuficiente para garantizar una efectiva defensa. Sin embargo, más allá de las estrategias de defensa elegidas por el Municipio de San José de Cúcuta, en relación con las etapas procesales a utilizar, el hecho de que haya pretermitido la contestación de la demanda y haber presentado sus posturas en relación con la *litis* hasta la audiencia de alegatos de conclusión, sí tiene especial relevancia de frente al examen de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que, en cumplimiento del requisito de subsidiariedad, no resulta procedente la acción de amparo impetrada contra el laudo arbitral, teniendo en cuenta que la entidad territorial no hizo uso de los escenarios naturales e idóneos para ejercer su defensa, y, en particular, no permitió al Tribunal de Arbitramento resolver sobre los cargos que, ahora, plantea en sede de tutela.

En efecto, el municipio pretermitió la contestación de la demanda, tampoco acudió a la audiencia de conciliación y abandonó su defensa a la limitada audiencia de alegatos de conclusión, con la pretensión de que el juez de tutela sustituya al Tribunal de Arbitramento en el estudio de fondo de la cuestión; y se ocupe de examinar los argumentos, excepciones y pruebas que no impulsó en la etapa que el trámite arbitral le concedía. Esta actitud negligente y desinteresada, además, se hace evidente en el mismo trámite de tutela, al no haber impugnado la decisión de instancia para, en tal caso, manifestar las razones que motivaran su inacción, o si, en su concepto, se encontraba superado el requisito de subsidiariedad.

Por lo tanto, no cabe que el municipio eleve, en sede de amparo, un reproche frente a la actuación de Tribunal de Arbitramento en relación con su valoración de las normas y pruebas, teniendo en cuenta que la propia entidad territorial no acudió a las etapas procesales oportunas para ofrecer los elementos de juicio que consideraba importantes. Y así, luego, pretender sustituir al Tribunal de Arbitramento con el juez de tutela, contrariando con ello la naturaleza que el constituyente otorgó a la acción de amparo como un mecanismo de defensa subsidiario.

Lo anterior, además, resulta diametralmente opuesto al ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral, según el cual las partes decidieron abstenerse de someter sus controversias a la jurisdicción ordinaria, e invistieron de competencia a un tribunal de

arbitramento para que resolviera sus diferencias. Lo cual, como se apuntó en las consideraciones generales, determina una exclusión transitoria de la jurisdicción ordinaria para conocer el asunto objeto de arbitramento y, por ende, confiere un mayor rigor a la valoración del requisito de subsidiariedad, que, en el presente asunto, no supera la acción de amparo tal y como también lo definió la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver en el presente proceso.

7.2.2.3. Por otra parte, merece la pena referirse a un cargo adicional que el municipio propone en sede de tutela al afirmar que el laudo arbitral se basó en su decisión en una prueba pericial que resultaba nula, pues considera que el perito llamado, en tanto abogado, no era idóneo por no ostentar algún título en materias contables. Sin embargo, también en este punto se hace evidente el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues el proceso arbitral contempla, en aplicación de la ley procesal civil, el mecanismo apropiado para objetar cualquier aspecto de un peritaje ordenado y practicado como parte del acervo probatorio. En efecto, el Municipio, consciente de esta oportunidad, presentó la objeción al peritaje, sólo que, dentro de las cinco cuestiones objetadas no incluyó la falta de idoneidad del perito. No cabe, entonces, que sea ahora, en sede de tutela, que el Municipio pretenda subsanar su omisión y eleve un cargo que tuvo que haber presentado en la oportunidad procesal con la que contaba, dentro de la cual, el mismo Tribunal hubiera podido valorar esta objeción para efectos de haber desestimado la prueba, o haber dado las explicaciones de su designación en términos de idoneidad.

La improcedencia de este defecto alegado se hace evidente en la medida en que, en términos de la Sentencia C-590 de 2005, se estaría dando a la acción de tutela el carácter de mecanismo alternativo, además que, como esta Corporación lo dejó claro en la Sentencia SU-174 de 2007, en relación con el procedimiento arbitral, *“(i)[d]ado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral (...)”*. De modo que, no resulta procedente por este cargo que el juez de tutela pase a definir un asunto que no fue invocado en la etapa procesal idónea.

7.2.2.4. Corolario todo lo anterior, la Corte encuentra que la presente acción de tutela no supera el examen de procedibilidad en tanto no cumple con uno de los requisitos generales para tal efecto, y que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, constituyen, todos estos, supuestos que deben satisfacerse integralmente.

En el mismo sentido se pronunció el juez de instancia quien consideró que el Municipio accionante no agotó los mecanismos de defensa con los que había contado en el proceso de arbitramento, por lo que no podía subsanar su falta de diligencia mediante la acción de tutela. No obstante lo anterior, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió negar el amparo, cuando correspondía decretar la improcedencia de la acción de tutela por no satisfacerse el requisito de inmediatez.

En consecuencia, la Corte revocará el fallo de instancia que negó el amparo y, en su lugar, pasará a declarar la improcedencia de la acción de tutela al no encontrar satisfecha la subsidiariedad como uno de los requisitos generales de procedibilidad.

Lo anterior no obsta para que, a continuación, la Corte pase a hacer una breve aproximación sobre el requisito de inmediatez, aunque su valoración, si bien no tiene ninguna incidencia en la decisión final del presente asunto, por cuanto la acción de amparo ya resulta improcedente por no haber superado el requisito de subsidiariedad, es un aspecto que, además de ser cuestionado en el trámite de tutela, guarda conexidad con la subsidiariedad anteriormente estudiada.

7.2.3. Inmediatez: sobre el requisito de inmediatez es preciso tener en cuenta que el mismo fue controvertido por los miembros del Tribunal de Arbitramento en la contestación de la acción de tutela, al argüir que no se satisfacía por cuanto la acción se había interpuesto seis meses después de que se profirió la sentencia que resolvió el recurso de anulación sobre el laudo arbitral. Sin embargo, sobre este aspecto la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el fallo de tutela objeto de revisión, relativizó la evaluación del requisito al considerar que, en atención a que se trataba de un perjuicio causado por el pago de una suma de dinero, no era posible concluir que *“el transcurso de seis meses para la interposición de la acción de tutela, [dier] cuenta de la inexistencia del perjuicio irremediable”*¹⁰⁹, por lo cual lo consideró superado.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que no obstante no exista un plazo de caducidad, la índole de la tutela como mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales, impone que se deba elevar en un término razonable¹¹⁰. Esta valoración corresponde hacerla al juez de amparo, quien, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso concreto, debe establecer si el término transcurrido entre la ocurrencia del hecho generador de la amenaza o violación de derechos y la fecha en que se interpuso la tutela, resulta razonable, y si existen o no motivos que justifiquen la inactividad de la persona afectada¹¹¹.

Dentro de este contexto, la Corte no advierte como 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

¹⁰⁹ Cuademo 2, folio 237.

¹¹⁰ Sobre este aspecto se refirió la Sentencia T-730 de 2003, y más recientemente la Sentencia T-1028 de 2010, en la que la corte advirtió que: *“la exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable, caso en el que se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas. En segundo lugar, impedir que el amparo se convierta en factor de inseguridad [jurídica]. En tercer lugar, evitar el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia en la agencia de los derechos”*

¹¹¹ Al respecto, en la Sentencia SU-961 de 1999, se indicó que: *“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros”*..

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. Esto sobre la base que, en principio, la valoración sobre una afectación de un derecho fundamental de una persona jurídica se realiza en razón de la persona misma y no de quienes se encargan de su administración. Sin embargo, puede que en un análisis fáctico se arribe a la conclusión de que la actuación u omisión de las personas naturales pueda afectar la defensa de sus derechos y, en consecuencia, a partir de argumentos concretos y convincentes, se llegue a un análisis más flexible de este requisito.

No obstante lo anterior, y más allá de definir sobre la inmediatez, lo que para el examen de procedibilidad resulta irrelevante por no haberse ya superado el requisito de subsidiariedad, la Sala advierte que este elemento fáctico, relativo a la tardanza de interponer la acción de tutela, adhiere a la inacción generalizada del Municipio de San José de Cúcuta. De modo que, además de que pretermitió distintas etapas en el proceso arbitral, ahora en el trámite de tutela, 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. Esto, sin ahondar en el hecho que tampoco se interesó en impugnar el fallo de tutela.

En este orden de ideas, se pasará a adoptar la decisión ya anunciada de revocar el fallo de instancia proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para, en su lugar, decretar la improcedencia de la acción de tutela por no satisfacer los requisitos generales de procedibilidad.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada.

Segundo.- REVOCAR el fallo de tutela emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012), dentro del trámite de la acción de tutela formulada por el Municipio de San José de Cúcuta, en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta, en el cual negó el amparo solicitado y, en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA T-430/16**

Referencia: Expediente T-3.861.922

Acción de tutela presentada Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, conformado para dirimir las controversias entre el Municipio de San José de Cúcuta y la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala Tercera de Revisión, me aparto de la decisión adoptada en el presente asunto, en cuanto arribó a la conclusión de que debía confirmarse el fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado, con fundamento en que la acción de tutela no superaba el examen de procedibilidad, puesto que: 1) "no cabe que el municipio eleve, en sede de amparo un reproche frente a la actuación del Tribunal de Arbitramento en relación con la valoración de las normas y pruebas, teniendo en cuenta que la propia entidad no acudió a las etapas procesales oportunas para ofrecer los elementos de juicio que consideraba importantes"; 2) en lo que tiene que ver con el defecto fáctico alegado, específicamente, en lo relativo a la prueba pericial, se consideró que entre los temas planteados en la objeción del peritaje, no se incluyó la falta de idoneidad del perito, finalmente, 3) frente al requisito de inmediatez, aunque se advierte que su análisis resulta irrelevante, por no haberse superado el requisito de subsidiariedad, la Sala precisó que "la tardanza en interponer la acción de tutela se adhiere a la inacción generalizada del Municipio San José de Cúcuta. De modo que, además que pretermitió distintas etapas en el proceso arbitral, ahora en el trámite de tutela, 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."

Las razones que motivan mi disenso, son las que a continuación expongo:

1 Sea lo primero señalar que, en lo que tiene que ver con la falta de subsidiariedad, la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial a efectos de controvertir un laudo arbitral, la sentencia SU-174 de 2007 sostuvo que la acción de tutela procede exclusivamente cuando *"se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a*

pesar de ello persiste una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental. "(Énfasis añadido)

Es así como la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales constituye un mecanismo de defensa de carácter residual, cuya procedencia está condicionada a que, una vez ejercidos oportunamente los recursos ordinariamente establecidos para impugnarlos, la presunta vulneración de los derechos fundamentales no haya sido superada.¹¹² Vale la pena precisar que el recurso con el que se cuenta a efectos de controvertir el laudo arbitral lo es el de anulación. Se ha dicho entonces que la acción de tutela "se puede plantear en dos escenarios, dependiendo de si es preciso, o no, el agotamiento del recurso de anulación. Esta situación determina que la intervención del juez de tutela, en uno y otro caso, sea distinta. Si bien se parte siempre del respeto por el margen de autonomía de los árbitros que no debe ser invadido por el juez de amparo, a quien no le corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, también es cierto que en los casos en que no resulta exigible agotar el recurso de anulación, la acción de amparo hace un primer acercamiento al laudo arbitral y, en este sentido, la valoración sobre la violación directa de derechos fundamentales habrá de ser más estricta. Mientras que en los casos en que se ha agotado el requisito de anulación (hablando en términos generales), el laudo ya ha sido sometido a un primer examen, perspectiva bajo la cual el juez de tutela cumple una función más distante, y pasa a controlar si, al examinarse las causales en el recurso, no se advirtió alguna vulneración de tipo *iusfundamental*. Con todo, se insiste, en que no debe pasarse por alto que en ambos casos, "(...) *la sede de tutela no puede convertirse en un nuevo espacio procesal para reexaminar las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral*"¹¹³ Ahora bien, cuando se cuestiona el laudo arbitral, en estos casos, no se trata de un control *iusfundamental* sobre el laudo bajo las características especiales vistas más arriba, sino de una tutela contra una providencia judicial en sentido general.¹¹⁴

Desde esta perspectiva, el examen de subsidiariedad, a mi modo de ver, debió tener en cuenta que si bien el municipio San José de Cúcuta no contestó la demanda, esto no podía constituir un factor determinante en el estudio de dicho requisito. Se advierte que en la etapa probatoria fue objetado el dictamen pericial, prueba fundamental al momento de condenar a la entidad territorial. De igual manera, el municipio presentó sus alegatos de conclusión, en los cuales expuso argumentos a tener en cuenta al momento de proferir el laudo arbitral, razón por la cual, estimo, no puede tildarse de pasiva o inactiva la conducta desplegada por dicho ente territorial. La falta de contestación de la demanda arbitral, a diferencia del proceso contencioso, no impone consecuencias, con excepción de la establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.¹¹⁵ La contestación y proposición de excepciones establece un marco de competencia sin que sea el único elemento de juicio que

¹¹² T-466 de 2011.

¹¹³ SU 500 de 2015

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ "Parágrafo. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto."

pueda tenerse en cuenta a efectos de analizar el presupuesto de la subsidiariedad en materia de acción de tutela. Estimo que para el caso *sub examine* debió flexibilizarse el estudio de este requisito, toda vez que el municipio participó activamente dentro del proceso arbitral. De otra parte, debió tomarse en consideración que la decisión que se controvierte afecta el erario público. Además, al tratarse de un tema de facturación de servicios públicos el asunto estaba revestido de un evidente interés general, lo que inclusive, motivó la intervención de la Procuraduría General de la Nación, entidad que participó activamente durante todo el trámite arbitral. Así mismo, no podía la Sala ignorar el hecho de que la entidad territorial interpuso el recurso de anulación contra el laudo, de lo cual se desprende que esta no tuvo una actitud pasiva durante el transcurso del proceso arbitral.

2. Ahora bien, en cuanto al defecto fáctico alegado por el municipio, cabe destacar que se cuestiona una indebida estimación probatoria, además de la nulidad de la prueba pericial. Al respecto, debo manifestar que el ejercicio de valorar las pruebas en el proceso arbitral constituye un análisis judicial que escapa y resulta independiente de lo que pueda decirse en la contestación de la demanda. La práctica de las pruebas representa para el árbitro una nueva realidad fáctica con la que puede corroborar o no lo dicho por las partes, motivo por el cual considero, que el fallo de mayoría debió estudiar dicho defecto en lo que tiene que ver con el análisis del pago de los subsidios y las respectivas deducciones, cálculos que debieron contar con prueba contable y financiera. Llama la atención que estos mismos cuestionamientos los efectuó la Procuraduría 23 Judicial II de Cúcuta, durante el trámite del proceso y al interponer la solicitud de aclaración del laudo arbitral en el que solicita *"el análisis del baluarte probatorio para concluir sobre el procedimiento instructivo a seguir para obtener el pago del déficit por parte de Proactiva , contemplado en el contrato suscrito"¹¹⁶ (...) y lo que tiene que ver "con la solicitud de la verificación expresa de las cuentas de cobro y su posterior cancelación¹¹⁷, "* aspectos que recaen sobre el estudio probatorio que efectuó el Tribunal para tomar su decisión, y que estimo, al menos, debieron verse reflejados en la prueba pericial.

3. Aunque no fue determinante el análisis del requisito de inmediatez al momento de negar la presente acción de tutela, debo recalcar que existen casos en los cuales el análisis de la inmediatez exige una adecuada ponderación entre el respeto por la estabilidad jurídica, los intereses de terceros y los derechos fundamentales, razón por la cual cobran especial relevancia, las condiciones personales y el asunto que se controvierte. No obstante lo anterior, estimo que el tiempo entre la decisión del recurso de anulación y la interposición de la acción de tutela es razonable en la medida en que transcurrieron 6 meses y 16 días.¹¹⁸

¹¹⁶ Folio 154 Cuaderno CC

¹¹⁷ Folio 157 Cuaderno CC

¹¹⁸ Recurso de anulación (17 de noviembre de 2011) Presentación de la acción de tutela (31 de mayo de 2012)

Por último, a mi juicio, el escenario ideal de decisión del presente asunto ha debido ser la Sala Plena de esta Corte, precisamente, por cuanto el meollo de la cuestión así lo exigía.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado