

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Incumplimiento del requisito de subsidiariedad / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - En trámite

[E]l cargo de tutela se sustentó en la supuesta aplicación indebida del régimen de contratación estatal a un contrato que no tiene esa naturaleza, lo cual la parte actora ya puso de presente ante la jurisdicción contencioso administrativa a través del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, que se encuentra en trámite ante la Sección Tercera, Subsección "A" de esta Corporación. Por lo tanto, resulta improcedente adelantar un estudio de fondo sobre ese reproche, teniendo en cuenta el carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección constitucional. En este orden de ideas, la solicitud de amparo no cumple el requisito de subsidiariedad, en la medida que actualmente se encuentra en curso en la Sección Tercera, Subsección "A" de esta Corporación, mecanismo de defensa judicial al que acudió la propia sociedad demandante con el fin de cuestionar la decisión arbitral proferida el 27 de febrero de 2018, en la que se declaró la caducidad de la acción contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 6 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 29

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03738-00(AC)

Actor: ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A.

Demandado: CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ - CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN - TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Temas: Tutela contra laudo arbitral. Requisitos de procedibilidad. Declara la improcedencia por no cumplirse el requisito de subsidiariedad

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la solicitud de tutela promovida, a través de apoderado, por la Organización Clínica General del Norte S.A, contra el laudo arbitral proferido el 27 de febrero de 2018, por el Tribunal de Arbitramento integrado¹ para dirimir la controversia suscitada entre la Unión

¹ Conformado por Fabricio Mantilla Espinosa, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Hernando Herrera Mercado.

Temporal del Norte y Fiduprevisora en calidad de administradora de los recursos del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), que declaró la caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

Aclaración preliminar

A través del escrito radicado el **5 de febrero de 2019**, el apoderado de la entidad actora amplió la solicitud de amparo, en el sentido de incluir como cargo de tutela, el desconocimiento del numeral 2º, artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en los siguientes términos, que la Sala transcribe para efectos de transmitir el sentir del apoderado de manera fiel y precisa.

“Sin aceptar que se hubiese producido la caducidad. Porque está plenamente establecido que no existe caducidad. Cabe precisar que en el trámite procesal del laudo arbitral dictado el 27 de febrero de 2018 por un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá se incurrió en vía de hecho por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea del inciso 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que exige que la caducidad sólo podrá invocarse si se hizo valer los motivos constitutivos de ella, mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

Al examinar el auto mediante el cual el Tribunal Arbitral, se declaró competente, se observa que la parte convocada no interpuso recurso de reposición contra dicho proveído solicitando su revocatoria por existir una presunta caducidad de la acción. Por ello, en el trámite del laudo arbitral se incurrió en un evidente vicio de procedimiento (in procedendo) que viola la protección de la garantía del derecho fundamental humano al debido proceso, por ello, es procedente declarar la nulidad del laudo mencionado, por haber incurrido en una nulidad de rango constitucional por transgresión del artículo 29 de la Norma de Normas”.

Al respecto, encuentra la Sala que lo anterior constituye una nueva pretensión que no fue incluida en el escrito de tutela, respecto del cual se corrió traslado a la parte demandada. Por lo tanto, circunscribirá el estudio a lo señalado en la solicitud de inicial, frente a la cual las entidades accionadas tuvieron oportunidad de pronunciarse.

1. Hechos

1.1. El 10 de julio de 2008, Fiduprevisora en calidad de administradora de los recursos del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y la Unión Temporal del Norte, conformada por la Organización Clínica General del Norte S.A. y la Clínica Las Peñitas S.A.S, suscribieron contrato N° 001 de 2008, cuyo objeto era la prestación de servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del FOMAG. El plazo del contrato era de dos años, contados a partir del 15 de diciembre de 2008, sin embargo, su vigencia se extendió hasta el 30 de abril de 2012 en virtud de ocho (8) otrosíes suscritos entre las partes contratantes.

1.2. Señaló la actora que el contrato fue liquidado en forma bilateral, no obstante, la fecha en que se llevó a cabo dicha actuación no quedó registrada en el acta.

1.3. Manifestó que en el momento en que se produjo la liquidación del contrato se dejó la siguiente salvedad: *“sin embargo las partes podrán posteriormente presentar reclamación por diferencias en los datos aquí plasmados y sobrevinientes a la firma de la presente liquidación, que generen saldo pendiente por liquidar y pagar a su favor especialmente por (i) alta siniestralidad de la población; (ii) amplia red hospitalaria y ambulatoria; (iii) inclusión de usuarios trasladados de otras regiones del país, con enfermedades catastróficas; (iv) pirámide poblacional con una gran proporción de usuarios mayores de 60 años; (v) insuficiencia de la UPCM generada por desfase entre el valor pagado y la excesiva cobertura de los servicios objeto de contrato y, (vi) constancia que la suma de dinero por la cual el contratista presentará reclamación hacia el futuro por el desequilibrio de contrato se estima en 12.000.000 millones de pesos, con la salvedad de que este es un valor aproximado y no una cuota fija”*.

1.4. El 19 de noviembre de 2015, la Unión Temporal del Norte presentó demanda arbitral contra Fiduprevisora S.A, como administradora del patrimonio autónomo del FOMAG. Ello, con el fin de que se declarara el desequilibrio económico del contrato derivado de la insuficiencia en el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio, UPCM, para atender y financiar el Plan de Atención del Magisterio, así como del incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante.

1.5. Frente a la citada demanda, el Tribunal de Arbitramento integrado por Fabricio Mantilla Espinosa, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Hernando Herrera Mercado, mediante el laudo proferido el 27 de febrero de 2018, declaró la caducidad de la acción.

Para efectos del estudio de ese presupuesto, evidenció que el acta de liquidación bilateral no tenía fecha y, por lo tanto, no podía iniciarse el conteo de los dos años a partir de ese momento. Entonces, el Tribunal de Arbitramento decidió analizar la caducidad como si no se hubiese efectuado la liquidación bilateral del contrato. En ese orden, señaló que el contrato estuvo vigente entre 15 de diciembre de 2008 y el 30 de abril de 2012 por lo que el término para la liquidación venció el *“2 de enero de 2013”*².

Ese argumento se fundamentó en lo establecido en el artículo 164 del CPACA, en torno a la caducidad de la acción de controversias contractuales sobre contratos que requieren liquidación. Al respecto, el citado precepto señala lo siguiente:

“(...) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

² Folio 67 del cuaderno de tutela.

iv) *En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

v) ***En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (Negrilla fuera del texto original).***

En ese orden, consideró que el plazo para presentar la demanda arbitral venció el 2 de enero de 2015, sin embargo, fue presentada el 19 de noviembre de 2015.

1.6. La convocante presentó recurso extraordinario de anulación contra el citado laudo arbitral, el cual actualmente se encuentra en trámite en la Sección Tercera de esta Corporación³. Invocó para tal efecto, la causal segunda establecida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia”*.

2. Fundamentos de la acción

La sociedad actora acudió al mecanismo de protección constitucional con el objeto de que se conceda el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, de acceso a la administración de justicia y respeto por los principios de legalidad y buena fe, garantías que consideró vulneradas con la decisión de declarar la caducidad de la acción, adoptada por el Tribunal de Arbitramento accionado mediante laudo proferido el 27 de febrero de 2018.

Concretamente, acusó a la autoridad accionada de incurrir en los siguientes defectos:

- **Sustantivo**, el cual se habría configurado al aplicar de forma indebida el artículo 164 del CPACA, pues el contrato objeto de litis no es de naturaleza estatal. Ello, por cuanto conforme a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 *“los contratos que celebren (...) las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*.

Refirió que para efectos de calcular la caducidad de la acción y frente a la duda que se originó en la falta de fecha del acta en que se efectuó la liquidación del contrato, correspondía adoptarse una interpretación favorable a la parte demandante y en aplicación del principio de buena fe, determinar que la demanda se presentó de manera oportuna.

- **Defecto fáctico**, se acusó al Tribunal de Arbitramento de adoptar una decisión sin el respaldo probatorio que le permitiera declarar la caducidad de la acción. Adujo que la carga de probar la fecha de suscripción del acta de liquidación, supuesto a partir del cual se inicia el cálculo de la caducidad, corresponde al Ministerio Público que la alegó y al Tribunal de Arbitramento que la decretó.

³ M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

3. Pretensiones

La sociedad actora formuló en el escrito de tutela las siguientes pretensiones:

“1. Que se tutelen los derechos fundamentales humanos de mi mandante al debido proceso, a la defensa, al acceso efectivo material a la jurisdicción y a la administración de justicia, al principio democrático de legalidad y a la buena fe (arts. 2, 6, 29, 83, 123, 209, 229 CN)

2. Que como consecuencia de ello, se declare la nulidad del laudo arbitral de 27 de febrero de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Fabricio Mantilla Espinosa, Presidente, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Hernando Herrera Mercado, para dirimir las controversias originadas en el contrato de prestación de servicios médicos-asistenciales N° 1122-15-08 de fecha 31 de diciembre de 2008, celebrado entre Fiduprevisora, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal del Norte – Bogotá (integrada por la Organización Clínica General del Norte S.A. y Clínica las Peñitas S.A.S.), y en su lugar, se disponga que dicho Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje, profiera un nuevo laudo arbitral, en la cual se declare que no operó la caducidad de la acción contractual”.

4. Pruebas relevantes

Obra en el expediente de tutela copia del laudo arbitral proferido el 27 de febrero de 2018.

Asimismo, se allegó el expediente contentivo del trámite arbitral y correspondiente al trámite del recurso de anulación del laudo arbitral, radicado bajo el número 110010326000-2018-00074-00.

5. Trámite procesal

5.1. Inicialmente la acción de tutela fue radicada ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, que mediante auto de 27 de agosto de 2018, dispuso la remisión por competencia a los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

5.2. Posteriormente, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, mediante fallo de 13 de septiembre de 2018, declaró improcedente la acción de tutela promovida contra el laudo arbitral proferido el 27 de febrero de 2018. Frente a esa decisión, la entidad actora presentó escrito de impugnación.

5.3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, mediante providencia de 3 de octubre de 2018, declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio que profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, para que en su lugar, se remitiera el expediente al Consejo de Estado. Ello, en consideración a que conforme a lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, la competencia para conocer acciones de tutela contra laudos arbitrales, es de la misma autoridad judicial que le corresponde conocer del recurso extraordinario de anulación.

5.4. En ese orden, el asunto fue repartido a la Sección Cuarta del Consejo de Estado que mediante auto de 16 de octubre de 2018, dispuso la admisión de la

acción de tutela y ordenó notificar a la parte demandante, a la autoridad judicial accionada, al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A" y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), a Fiduprevisora S.A, y a la Clínica Las Peñitas en calidad de terceros interesados.

De igual forma, solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá que en calidad de préstamo remitiera el expediente contentivo del trámite de la demanda arbitral promovida por la Unión Temporal del Norte contra Fiduprevisora S.A.

5.5. Posteriormente, mediante auto de 11 de febrero de 2019 dispuso la vinculación al trámite de tutela de la Unión Temporal del Norte.

6. Oposición

6.1. Respuesta del Tribunal de Arbitramento conformado por Fabricio Mantilla Espinosa, Hernando Herrera Mercado y Alier Hernández Enríquez

Los integrantes del Tribunal de Arbitramento alegaron que no se cumple el requisito de la subsidiariedad, en consideración a que la sociedad actora acudió al recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral para controvertir la decisión de decretar la caducidad de la acción, trámite que aún está en curso en la Sección Tercera, Subsección "A" del Consejo de Estado.

6.2. Respuesta de Fiduciaria La Previsora S.A.

El apoderado de la entidad solicitó que se niegue al amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora. Señaló que no se cumple el requisito de la subsidiariedad, por cuanto se encuentra en trámite el recurso extraordinario de anulación que formuló la Unión Temporal del Norte contra el laudo arbitral, a través del cual atacó la decisión adoptada, en el marco de la causal segunda establecida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (caducidad de la acción y falta de jurisdicción o de competencia).

Con todo, efectuó un pronunciamiento de fondo respecto al asunto, señalando que el criterio aplicado por el Tribunal de Arbitramento para subsanar el hecho de no poderse determinar la fecha en que se liquidó de manera bilateral el contrato y tomar como referente para calcular la caducidad de la acción, ha sido establecido por el Consejo de Estado en distintas ocasiones, así lo hizo en la sentencia proferida por la Sección Quinta el 18 de octubre de 2018⁴.

De la misma manera, señaló que la decisión de considerar el contrato como de naturaleza estatal, se fortalece con las actuaciones de las mismas partes contratantes desde la invitación pública.

Al respecto, explicó que para efectos de la interpretación unilateral del contrato, en la cláusula 17 se determinó que para efectos de la liquidación, en el contrato objeto de debate se pactó la aplicación del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

En relación con el defecto fáctico alegado señaló que la carga de probar que presentó la demanda en tiempo está en cabeza de la actora y, por lo tanto, le correspondía establecer la fecha en la que se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato.

⁴ M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Expediente 2018-000503-01.

6.3. Respuesta de la Unión Temporal del Norte

La representante legal señaló que el trámite arbitral desde su admisión está viciado de nulidad, en tanto no se vinculó a la Unión Temporal del Norte, lo cual a su juicio era obligatorio aun cuando las demandantes eran las empresas que la conformaban (Clínica General del Norte y Clínica Las Peñitas).

Del mismo modo, señaló que el proceso se adelantó habiéndose pretermitido etapas previas, pues en el contrato se pactó que antes de someter una controversia al trámite arbitral, correspondía buscar una solución mediante conciliación, amigable composición o transacción.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si con el laudo arbitral proferido el 27 de febrero de 2018, que declaró la caducidad de la acción, se vulneraron los derechos invocados por la parte actora al aplicar el régimen general de contratación estatal a pesar de que el contrato objeto de la demanda arbitral no tenía esa naturaleza.

De manera previa, deberá establecer si la solicitud de amparo cumple con el requisito de la subsidiariedad.

3. **Carácter excepcional de la acción de tutela contra los laudos arbitrales**

El artículo 116 de la Carta Política permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, en condición de árbitros habilitados por las partes para que decidan, en derecho o en equidad, conflictos que involucren derechos transigibles.

La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que las decisiones que producen los árbitros **son auténticas providencias judiciales**, por cuanto se dictan en un procedimiento judicial reglado y por particulares que ejercen transitoriamente la función de administrar justicia. Como proceso judicial especial está sujeto a las normas y principios que rigen en el derecho procesal: verbigracia, las oportunidades para presentar pruebas y ejercer los derechos de contradicción y defensa, los poderes y deberes del juez, etcétera.

A partir de la facultad otorgada a las partes para apartarse de la justicia estatal para someterse a la decisión de particulares investidos transitoriamente de jurisdicción como árbitros, la Corte Constitucional ha considerado que la intervención de los jueces, por regla general, está vedada. Salvo que se presenten las condiciones generales y específicas contempladas en la ley para la procedencia de los recursos de anulación, por ejemplo, o las precisadas en la jurisprudencia para la procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto, en el examen de procedencia la Corte Constitucional en la Sentencia SU-174 de 2007⁵, consolidó los elementos característicos que definen la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, tales como: *“(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 directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado una vía de hecho por el laudo arbitral que vulnere de manera directa derechos fundamentales (...); (3) la doctrina de las vías de hecho es aplicable a los laudos arbitrales, en las hipótesis en que éstos implican una vulneración directa de derechos fundamentales; y (4) la acción de tutela tiene un carácter subsidiario 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 una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental”*.

Es decir, **siendo providencias judiciales** la regla general es que la acción de tutela es improcedente, salvo que se cumplan los requisitos generales y específicos que ha fijado la Corte Constitucional para la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, con las precisiones que ha efectuado esa Corporación y que hacen más estricto el estudio de procedencia⁶.

De acuerdo con lo anterior, a continuación se abordarán los presupuestos de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, haciendo especial énfasis al requisito de la subsidiariedad.

4. El requisito de la subsidiariedad en la acción de tutela contra providencias judiciales. Reglas aplicables al estudio de procedibilidad formal cuando se promueve contra un laudo arbitral

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. Destaca esa disposición que dicha solicitud de amparo, *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa para amparar los derechos fundamentales invocados o, en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

A su turno, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 dan la posibilidad al juez de tutela de valorar las circunstancias particulares de cada caso y determinar si la acción de tutela es procedente o, si por el contrario, existen otros medios que permiten satisfacer los derechos fundamentales de la actora.

⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la sentencia SU-556 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶ Ver sentencias SU-174 de 2007, T-455 de 2012 y SU-556 de 2016, entre otras

Siguiendo estos parámetros, la jurisprudencia constitucional ha extendido los efectos del requisito de subsidiariedad, al considerar que el sólo hecho de que existan otros medios de defensa, no hace que automáticamente la acción de tutela se torne improcedente, pues bajo ciertas circunstancias el carácter subsidiario y residual de la misma puede llegar a tener algunas excepciones. La Corte Constitucional en sentencia SU-263 de 2015⁷, precisó que ello puede ocurrir *“(i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales y (iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”*⁸

De esta forma, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, ha servido para restringir su procedencia, como quiera que el sistema jurídico permite a las personas valerse de diversos medios de defensa que pueden ser eficaces para la defensa de sus derechos⁹, ya que si bien, la regla de la subsidiariedad debe aplicarse de forma general para determinar la procedencia de la acción de tutela, el juez constitucional puede llegar a intervenir en algunos casos en los que se demuestre que no existe otro medio de defensa o que a pesar de existir no es idóneo ni eficaz, cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable o cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, lo anterior, teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de amparo es la protección de los derechos fundamentales.

En conclusión, para la procedencia de la acción de tutela cuando exista otro medio de defensa, el juez constitucional debe tener en cuenta la eficacia e idoneidad del otro medio, o si se encuentra frente a un perjuicio irremediable, circunstancias que son determinantes a fin de valorar la procedencia formal del amparo constitucional.

En el caso particular de la tutela contra providencias judiciales, esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración iusfundamental. En aquél entonces, este tribunal dijo:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe

⁷ Véase al respecto: Corte Constitucional, sentencia T-656 de 2006, M.P. María Victoria Calle Correa, sentencia T-435 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-768 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, sentencia T-651 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1012 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU- 263 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “de sus máximos tribunales”, en tanto se trata de autoridades públicas que “pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁰.

Así, los requisitos generales de procedencia que deben ser cuidadosamente verificados, son: a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b. **Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-** de defensa judicial al alcance de la persona afectada; 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 vulneración (...); 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 actora (...); 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 posible (...) y f. Que no se trate de sentencias de tutela.

En relación con la subsidiariedad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que dicho presupuesto incluye tres características importantes que llevan a su **improcedencia contra providencias judiciales**, a saber: (i) **el asunto está en trámite**, por regla general, salvo que se trate de un auto interlocutorio que amerite la intervención urgente del juez constitucional; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al primer aspecto, esto es, que el asunto se encuentre en trámite, la Corte Constitucional ha expresado que:

*“(...) el requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, se puede presentar en dos escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) **se encuentra en curso**. En el segundo de los escenarios, **la intervención del juez constitucional está vedada** en principio, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. (...)*

“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los

¹⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y **solo en casos excepcionales** a través de la acción de tutela. (...)*

*Entonces, la jurisprudencia de este tribunal constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que la **acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite**, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamiento” (Negrillas fuera de texto).*

Esta Corporación se ha referido al presupuesto de la subsidiariedad en casos en que se acude al mecanismo de protección constitucional para controvertir un laudo arbitral, cuando está en trámite el recurso extraordinario de anulación. En ese sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 14 de diciembre de 2018¹¹, confirmó el fallo de tutela proferido por esta Sala de Decisión el 4 de octubre de 2018¹², que declaró improcedente la acción de tutela proferida por la Sociedad Noticias Uno 27 S.A.S, contra el laudo arbitral dictado el 23 de mayo de 2018, dictado dentro del proceso promovido por la actora contra la sociedad PEOPLE CONTACT S.A.S, que declaró la caducidad de la acción contractual.

En aquella oportunidad, la sociedad actora reconoció que estaba en trámite el recurso extraordinario de anulación, sin embargo, confrontó el requisito de la subsidiariedad a partir del hecho de que a través de ese mecanismo no era posible alegar la configuración de los defectos sustantivo y procedimental.

5. Estudio y solución del caso concreto

5.1. La parte actora acudió al mecanismo de protección constitucional con el objeto de que se conceda el amparo de los derechos fundamentales invocados, los cuales consideró vulnerados con la decisión de declarar la caducidad de la acción contractual.

Concretamente, acusó a la autoridad accionada de incurrir en los siguientes defectos:

- **Sustantivo**, el cual se habría configurado al aplicar de forma indebida el artículo 164 del CPACA, en tanto el contrato objeto de litis no era de naturaleza estatal. Ello, por cuanto conforme a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 *“los contratos que celebren (...) las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*.

Refirió que para efectos de calcular la caducidad de la acción de controversias contractuales, frente a la duda que se originó en la falta de fecha del acta en que se efectuó la liquidación del contrato, debe adoptarse una interpretación favorable a la parte demandante y en aplicación del principio de buena fe, determinar que la demanda se presentó de manera oportuna.

- **Defecto fáctico**, se acusó al Tribunal de Arbitramento de adoptar una decisión sin el respaldo probatorio que le permitiera declarar la caducidad de la acción. Adujo que la carga de probar la fecha de suscripción del acta de liquidación, supuesto a partir del cual se inicia el cálculo de la caducidad,

¹¹ M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Expediente 2018-02129-01.

¹² M.P. Milton Chaves García.

corresponde al Ministerio Público que la alegó y al Tribunal de Arbitramento que la decretó.

En ese escenario, la parte accionante pidió que se declarara la nulidad del trámite arbitral desde el auto admisorio.

5.2. En el presente asunto, evidencia la Sala que la Clínica General del Norte formuló recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 27 de febrero de 2018¹³, con sustento en la causal segunda establecida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, *“la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”*, el cual se encuentra en trámite en la Sección Tercera, Subsección “A” de esta Corporación.

Para tal efecto, alegó que el contrato objeto del trámite arbitral no era de naturaleza estatal dado que fue suscrito por una entidad financiera y, por lo tanto, no son aplicables los presupuestos que conforman el régimen de la contratación estatal, para efectos de calcular la caducidad.

En este punto, señaló que la duda sobre la fecha en que se firmó el acta de liquidación bilateral, debió resolverse a partir del principio de la buena fe y tener por presentada la demanda oportunamente.

Además, aseveró que la carga de la prueba en materia de caducidad de la acción la tiene quien alegó esa excepción, esto es, la Procuraduría General de la Nación o el Tribunal de Arbitramento que la declaró, por lo tanto, les correspondía demostrar la fecha en que se suscribió el acta de liquidación bilateral.

5.3. Al respecto, para la Sala resulta claro que el cargo de tutela se sustentó en la supuesta aplicación indebida del régimen de contratación estatal a un contrato que no tiene esa naturaleza, lo cual la parte actora ya puso de presente ante la jurisdicción contencioso administrativa a través del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, que se encuentra en trámite ante la Sección Tercera, Subsección “A” de esta Corporación. Por lo tanto, resulta improcedente adelantar un estudio de fondo sobre ese reproche, teniendo en cuenta el carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección constitucional.

5.4. En este orden de ideas, la solicitud de amparo no cumple el requisito de subsidiariedad, en la medida que actualmente se encuentra en curso en la Sección Tercera, Subsección “A” de esta Corporación, mecanismo de defensa judicial al que acudió la propia sociedad demandante con el fin de cuestionar la decisión arbitral proferida el 27 de febrero de 2018, en la que se declaró la caducidad de la acción contractual.

Por lo anteriormente expuesto, se declarará la improcedencia de la acción de tutela promovida por la actora.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹³ Folio 344 a 364 del cuaderno del trámite del recurso extraordinario de anulación.

RESUELVE:

Primero.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE la solicitud de amparo promovida por Organización Clínica General del Norte S.A.

Segundo.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Por la Secretaría General de esta Corporación, **DEVUÉLVASE** a la Sección Tercera, Subsección "C" del Consejo de Estado, el expediente N° 110010326000-2018-00074-00 correspondiente al recurso de anulación del laudo arbitral promovido por la sociedad actora, para que continúe el trámite.

Cuarto.- En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero