

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad / SUBSIDIARIEDAD - Omisión en el agotamiento de los medios de defensa judicial / RECURSO DE REPOSICIÓN - Medio idóneo para controvertir la decisión y solicitar se estudie la procedencia de la suspensión de los efectos del laudo arbitral

[L]a Sala considera que fue acertada la posición que adoptó el a quo para resolver el asunto, ya que si la parte actora consideraba que el juez de la anulación debía pronunciarse sobre la suspensión de los efectos del laudo arbitral, bien pudo solicitar la adición del auto admisorio del 22 de mayo de 2017, para que la autoridad judicial demandada lo complementara con el pronunciamiento pretendido, de acuerdo con los términos del artículo 287 del Código General del Proceso. Del mismo modo, la parte actora también contaba con el recurso de reposición previsto en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, para que la autoridad judicial demandada entrara a considerar la procedencia de la suspensión de los efectos del laudo arbitral. Téngase en cuenta que el recurso extraordinario de anulación es uno de los procesos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispone el numeral 7 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, concordante con el numeral 7 del artículo 149 Ibidem, de manera que el mismo está sujeto a las disposiciones procedimentales allí establecidas, para suplir los aspectos no previstos en la regulación especial. (...). Por ello, en manera alguna puede ser de recibo el argumento de la impugnante, según el cual la presentación del recurso o de la adición es una carga excesiva, cuando cierto es que el reclamo del pronunciamiento que echa de menos debió plantearlo ante la autoridad judicial demandada y no ante el juez constitucional. Con todo, la Sala observa que el pronunciamiento que pretende la parte actora carece de efecto útil, ya que mediante la providencia del 19 de julio de 2017, el colegiado demandado resolvió de fondo la controversia en el sentido de declarar infundado el recurso extraordinario de anulación, de manera que no tiene caso retrotraer la actuación surtida, en los términos de su pretensión, cuando ello no conduciría a que el juez del recurso varíe su posición sobre el caso. Sobre la base de las consideraciones anteriores, se confirmará el proveído impugnado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 30 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 287 / DECRETO 1069 DE 2015 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 242 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 NUMERAL 7 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERAL 7 // LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 242

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02854-01(AC)

Actor: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C

Decide la Sala la impugnación presentada por la apoderada de la parte demandante, contra el fallo del 15 de marzo de 2018, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través del cual declaró improcedente el amparo solicitado en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. (en adelante Transmilenio), por conducto de su subgerente jurídica, instauró acción de tutela contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados dada la omisión en la que incurrió dicha autoridad judicial, al abstenerse de resolver una solicitud de suspensión de los efectos de un laudo arbitral, en el marco del recurso de anulación con radicación 11001-03-26-000-2017-00043-00.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se otorgue a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. el Amparo Constitucional a sus DERECHOS FUNDAMENTALES y en especial:

- *AL DEBIDO PROCESO Y/O AL DERECHO DE DEFENSA, consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 11 y 14 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y demás normas que lo regulan, y al,*
- *DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, señalado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 2° del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y demás normas concordantes.*

SEGUNDA: Que se proceda en consecuencia a:

1. *Dejar sin efectos la totalidad de la actuación surtida con posterioridad a la admisión del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN, incluyendo la ejecutoria del auto admisorio del recurso y el proveído (sentencia), del diecinueve (19) de julio del presente año 2017 proferidos dentro del trámite del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN, con radicación No. 11001-03-26-000-2017-00043-00 (59067), que interpuso la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.,*

contra el laudo arbitral proferido el veintiuno (21) de diciembre de 2016 dentro del Tribunal de Arbitramento convocado por las sociedades concesionario TRANSMASIVO S.A. y SOMOS K S.A. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

2. Ordenar a los señores Honorables Magistrados JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (Presidente de la Sala), JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS (Consejero Ponente) y GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, Honorables Magistrados del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C, declare la suspensión de los efectos del laudo arbitral desde la fecha en que se profirió la admisión del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN y hasta que tenga lugar el pronunciamiento de fondo del mismo.”¹

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

La apoderada de la parte actora refirió, en síntesis, que las sociedades Transmasivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. convocaron a un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias contractuales surgidas con Transmilenio, en el marco de unos contratos de concesión.

Adujo que el laudo respectivo fue desfavorable a Transmilenio, por lo que el 27 de febrero de 2017 presentó recurso de anulación ante el tribunal arbitral y, adicionalmente, mediante correo electrónico de la misma fecha, presentó “*ante los señores árbitros (...) y con destino a la Sección Tercera del Consejo de Estado, SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL LAUDO ARBITRAL*”, en los términos del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

Advirtió que, surtido el trámite correspondiente, el asunto fue remitido a la Sección Tercera del Consejo de Estado, y el ponente de la Subsección C, por auto del 22 de mayo de 2017, admitió el recurso extraordinario de anulación, sin pronunciarse frente a la solicitud de suspensión del cumplimiento del laudo.

Mencionó que a través de proveído del 19 de julio de 2017, el Consejo de Estado decidió de fondo el recurso de anulación de que se trata, en el sentido de declararlo infundado.

3. Sustento de la petición

La demandante afirmó que la autoridad judicial demandada desconoció sus derechos fundamentales, por cuanto se abstuvo de resolver la solicitud de

¹ Folios 84 a 114.

suspensión de los efectos del laudo arbitral, y pese a estar pendiente tal decisión, profirió decisión de fondo.

Explicó que la ley no prevé un término u oportunidad para pronunciarse sobre la solicitud de suspensión del laudo presentada en escrito separado al recurso, sin embargo, tal pronunciamiento tenía que darse, necesariamente, antes de la decisión de fondo.

Agregó que, como se omitió el pronunciamiento en cuestión, Transmilenio no tuvo la oportunidad de presentar recursos frente al mismo, dada su inexistencia.

Indicó que el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 establece que *“La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.”*, por lo que la autoridad judicial debía pronunciarse sobre el particular.

Luego de destacar las normas del Código General del Proceso, relacionadas con el acceso a la justicia y la interpretación de la ley procesal, así como parte del texto de la sentencia T-213 de 2008 de la Corte Constitucional, señaló que al no existir dentro del trámite del recurso de anulación ningún estudio, análisis y pronunciamiento oportuno sobre la medida de suspensión, la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto procedimental absoluto.

Consideró que se configuró un perjuicio irremediable a Transmilenio, dada la circunstancia de tener que cancelar una importante suma de dinero, cuyos intereses no se causarían de haberse estudiado la solicitud.

4. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 23 de octubre de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ordenó remitir el asunto, por competencia, a esta Corporación².

Hecha la remisión, el caso correspondió a la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Por auto del 3 de noviembre de 2017 se admitió la presente solicitud de amparo, y se dispuso la vinculación de la autoridad judicial demandada, así como de los árbitros que integraron el Tribunal de Arbitramento y de los representantes legales de Transmasivo S.A. y de Somos K S.A.³

5. Contestación

5.1. Transmasivo S.A. y de Somos K S.A.

Los apoderados de estas sociedades presentaron escrito de intervención conjunta,

² Folio 116.

³ Folio 122.

en los siguientes términos⁴:

Argumentaron que el estatuto arbitral dispone que el expediente debe ingresar directamente al despacho para decidir el recurso de anulación, y que la suspensión opera de pleno derecho sin pronunciamiento previo.

Advirtieron que Transmilenio no solicitó la adición del auto que avocó el conocimiento, para obtener el pronunciamiento que echa de menos.

Explicaron que la suspensión del laudo no tiene el propósito de impedir la causación de intereses, sino la ejecución de la condena hasta tanto se profiera el fallo, sin embargo, en este caso no se presentó alguna ejecución, por lo que la petición es intrascendente.

Mencionaron que la suspensión pretendida es inane porque el Consejo de Estado ya se pronunció de fondo, en un término inferior al de diez meses que prevé el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 para poder iniciar la ejecución de la condena.

Afirmaron que la presente acción es improcedente por no tener relevancia constitucional, y en razón a que la parte demandante no agotó los recursos judiciales a su alcance.

Reiteraron, con fundamento en la sentencia del 2 de marzo de 2017 proferida por la Sección Tercera de esta Corporación⁵, que la suspensión de los efectos del laudo opera de pleno derecho, y no está sujeta al pronunciamiento del juez.

Indicaron que, aun así, Transmilenio no cumplió el requisito consistente en fundamentar la solicitud.

5.2. Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C

El ponente de la providencia controvertida se pronunció en los siguientes términos⁶:

Sostuvo que la actuación ante la Corporación cumplió los términos legales, y que al revisar el sistema, no aparece registro de la presentación de la solicitud de suspensión, la cual, de acuerdo con la ley, debía presentarse junto con el recurso de anulación o en el mismo escrito, sin embargo, como lo reconoce la demandante, tal solicitud fue enviada por correo electrónico dirigido a los árbitros de la Cámara de Comercio.

Resaltó que en el presente caso el recurso de anulación del laudo fue resuelto de fondo, mediante sentencia del 19 de julio de 2017, contra la cual procede recurso extraordinario de revisión.

⁴ Folios 163 a 175.

⁵ Expediente 11001-03-26-000-2016-00049-00. C.P. Stella Conto Díaz.

⁶ Folios 283 a 287.

5.3. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Los árbitros que proferieron el laudo de que se trata presentaron memorial en el que manifestaron que la tutela no se presentó contra el tribunal de arbitramento que integraron, sino exclusivamente contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C⁷.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de marzo de 2018, declaró improcedente el amparo solicitado⁸.

Advirtió que la presente solicitud no cumplió el requisito de subsidiariedad, por cuanto Transmilenio pudo presentar el recurso de reposición, en los términos del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, o formular la solicitud de adición (conforme con el artículo 287 del Código General del Proceso) del auto del 22 de mayo de 2017 de 2017, que admitió el recurso de anulación. Sin embargo, la decisión cobró ejecutoria sin manifestación alguna de la parte actora.

Agregó que, por lo tanto, si la demandante estimaba que la autoridad judicial debía pronunciarse expresamente respecto de la solicitud de suspensión del cumplimiento del laudo arbitral, lo procedente era ejercer oportunamente los recursos y mecanismos en el proceso, mas no esperar a que se dictara la sentencia definitiva para invocar la vulneración del debido proceso y del derecho de acceso a la administración de justicia.

Advirtió que la tutela no procede ni siquiera como mecanismo transitorio, pues, para el efecto, es necesario que se agoten los recursos legales procedentes y que el afectado se encuentre expuesto a un auténtico perjuicio irremediable, requisitos que no se cumplen en el caso particular.

7. Impugnación

Por escrito radicado oportunamente por medios electrónicos el 3 de abril de 2018⁹, la apoderada de la parte actora impugnó el proveído de primera instancia en los siguientes términos¹⁰:

Adujo que el recurso de reposición o la adición frente al auto que admitió el recurso de anulación, es una carga excesiva para Transmilenio, puesto que *“el Juez del recurso de Anulación no tenía el deber de decidir sobre la solicitud de suspensión de los efectos del Laudo Arbitral en esa oportunidad pues la ley no impone tal obligación, no obstante, el Juez del Recurso sí debía resolver la solicitud de suspensión de los efectos del Laudo Arbitral en algún momento, anterior a proferir la sentencia que resolvió el Recurso extraordinario de*

⁷ Folio 220.

⁸ Folios 64 a 69.

⁹ La sentencia se notificó por medios electrónicos el 23 de marzo de 2018 (Folio 289).

¹⁰ Folios 72 a 75.

Anulación.”

Afirmó que, en tanto ya se profirió decisión de fondo, Transmilenio no dispone de algún mecanismo legal para materializar sus derechos, por lo tanto la presente acción cumple el requisito de subsidiariedad.

Reiteró lo concerniente a la configuración del defecto procedimental, ante la falta de pronunciamiento del juez del recurso sobre la solicitud de suspensión de los efectos del laudo arbitral.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el demandante contra la sentencia emitida por la Sección Cuarta en Consejo de Estado, en primera instancia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015¹¹.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo proferido la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que declaró improcedente el amparo solicitado, con base en los argumentos de la impugnación.

Para el efecto, se deberá analizar en primer lugar si, en efecto, la presente solicitud cumplió o no con el requisito de subsidiariedad.

Sólo en el evento de superar tal requisito, se determinará si la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto procedimental, al haber omitido el pronunciamiento correspondiente, frente a la solicitud de suspensión de los efectos del laudo arbitral que presentó Transmilenio.

3. Caso concreto

Según se tiene, lo pretendido por la parte actora, ahora recurrente, es *“Dejar sin efectos la totalidad de la actuación surtida con posterioridad a la admisión del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN, incluyendo la ejecutoria del auto admisorio del recurso y el proveído (sentencia), del diecinueve (19) de julio del presente año 2017”* y que se ordene a la autoridad judicial demandada que *“declare la suspensión de los efectos del laudo arbitral desde la fecha en que se profirió la admisión del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN y hasta que tenga lugar el pronunciamiento de fondo del mismo.”*

En primera instancia se declaró improcedente el amparo, por cuanto la solicitud no cumplió el requisito de subsidiariedad, ya que la parte actora bien pudo interponer

¹¹ Modificado por el Decreto 1983 de 2017.

recurso de reposición contra el auto que admitió el recurso de anulación, o bien solicitar su adición, lo cual no ocurrió.

Inconforme con dicha decisión, la demandante la impugnó, bajo el argumento según el cual la reposición o la adición a la que se refirió el *a quo* es una “*carga excesiva*”, ya que la ley no establece que el juez deba pronunciarse sobre la suspensión al momento de la admisión del recurso de anulación, pero sí debe hacerlo antes de resolver de fondo.

En vista de lo anterior, la Sala anticipa que confirmará el proveído impugnado, comoquiera que en el presente caso, como bien lo advirtió el *a quo*, la presente solicitud de amparo no cumplió el requisito de subsidiariedad.

La Ley 1563 de 2012 prevé un trámite expedito del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, el cual contempla, esencialmente, la admisión del recurso y la decisión de fondo, según lo dispone el artículo 42 al señalar que “*Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los tres (3) meses siguientes.*”

La misma norma establece que “*La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.*”

En el auto que admitió el recurso extraordinario de anulación, el ponente no se pronunció respecto de la solicitud de suspensión materia del *sub lite*.

Sin embargo, la Sala considera que fue acertada la posición que adoptó el *a quo* para resolver el asunto, ya que si la parte actora consideraba que el juez de la anulación debía pronunciarse sobre la suspensión de los efectos del laudo arbitral, bien pudo solicitar la adición del auto admisorio del 22 de mayo de 2017, para que la autoridad judicial demandada lo complementara con el pronunciamiento pretendido, de acuerdo con los términos del artículo 287 del Código General del Proceso.

Del mismo modo, la parte actora también contaba con el recurso de reposición previsto en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, para que la autoridad judicial demandada entrara a considerar la procedencia de la suspensión de los efectos del laudo arbitral.

Téngase en cuenta que el recurso extraordinario de anulación es uno de los procesos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispone el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, concordante con el numeral 7° del artículo 149 *Ibidem*, de manera que el mismo está sujeto a las disposiciones procedimentales allí establecidas, para suplir los aspectos no previstos en la regulación especial.

No sobra recordar que la acción de tutela constituye una vía excepcional de amparo, y que la misma sólo procede cuando la parte interesada no cuente con

otros mecanismos judiciales para reclamar el reconocimiento de sus derechos, lo que de suyo implica que, en todo caso, es ante el juez natural del asunto que debe plantearse la subsanación de los presuntos yerros de la conducción del proceso.

Por ello, en manera alguna puede ser de recibo el argumento de la impugnante, según el cual la presentación del recurso o de la adición es una carga excesiva, cuando cierto es que el reclamo del pronunciamiento que echa de menos debió plantearlo ante la autoridad judicial demandada y no ante el juez constitucional.

Con todo, la Sala observa que el pronunciamiento que pretende la parte actora carece de efecto útil, ya que mediante la providencia del 19 de julio de 2017, el colegiado demandado resolvió de fondo la controversia en el sentido de declarar infundado el recurso extraordinario de anulación, de manera que no tiene caso retrotraer la actuación surtida, en los términos de su pretensión, cuando ello no conduciría a que el juez del recurso varíe su posición sobre el caso.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se confirmará el proveído impugnado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 15 de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través del cual declaró improcedente el amparo solicitado, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado