

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL - Ampara / DEFECTO PROCEDIMENTAL / DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR - Excede competencia establecida en la cláusula arbitral / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

La Sala accederá a la solicitud de amparo presentada por la sociedad KMC en relación con el decreto de la medida cautelar por parte del Tribunal, pues mediante esta, el Panel excedió la competencia establecida en la cláusula arbitral y vulneró el derecho al debido proceso de la accionante. En primer lugar, está probado que el decreto de la medida cautelar afectó directamente a la accionante, pues esta suspendió el Contrato de Obra Pública No. 20 de 26 de diciembre de 2019, celebrado entre la sociedad KMC y el Distrito de Cartagena, además implicó que no le fuera desembolsado el anticipo pactado con la entidad. (...) Para la Sala también es evidente que el decreto de la medida cautelar violó el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues desconoció las normas del CPACA, que se refieren al decreto y práctica de medidas cautelares, las cuales debían ser consideradas y aplicadas por el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el artículo 32 de la ley 1563 de 2012. (...) Así las cosas, para la Sala está probado que la medida cautelar impactó el contrato de obra pública, y, en consecuencia, afectó a KMC, sociedad que no hace parte del trámite arbitral existente entre el Consorcio Vial Isla Barú y el Distrito de Cartagena.

**NOTA DE RELATORÍA:** Con salvamento de voto del consejero Ramiro Pazos Guerrero, sin medio magnético a la fecha.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03325-01(AC)**

**Actor: SOCIEDAD KMC SAS**

**Demandado: TRIBUNAL ARBITRAL CONVOCADO POR EL CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA EL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**

De acuerdo con la competencia asignada<sup>1</sup>, procede la Sala a resolver la impugnación presentada contra la Sentencia de 24 de septiembre de 2020,

---

<sup>1</sup> Artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 1983 de 2017 y el Acuerdo No. 80 de 2019 de esta Corporación.

proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio de la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión.

## 1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Fallo de primera instancia e impugnación.

### 1.1. Posición de la parte demandante.

1. La sociedad KMC SAS<sup>2</sup> presentó acción de tutela contra el Tribunal Arbitral convocado por el Consorcio Vial Isla Barú<sup>3</sup> contra el Distrito Turístico y Cultura de Cartagena de Indias<sup>4</sup>, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad con ocasión de los Autos No. 4 de 28 de febrero de 2020 y 16 de 3 de julio de 2020, proferidos por el Panel Arbitral demandado, en el marco del trámite convocado por el aludido consorcio para resolver un conflicto derivado del Contrato de Concesión No. VAL-02-06.

2. Adicionalmente, la actora solicitó la siguiente medida provisional, (se transcribe):

*“Que, a título de MEDIDAS PROVISIONALES para proteger los derechos de mi poderdante y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2592 de 1991, ORDENE: – SUSPENDER las actuaciones del Tribunal de Arbitramento accionado. – SUSPENDER parcialmente el Auto No. 04 de 28 de febrero de 2020, ordinales segundo, tercero, cuarto y quinto, por medio del cual el Tribunal accionado se pronunció oficiosamente sobre la medida cautelar solicitada por el Consorcio Vial Barú contra el Distrito de Cartagena de Indias, D.T. y C. – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, negando lo pedido por la convocante, pero al tiempo decretando oficiosamente unas medidas cautelares con efectos similares a las solicitadas”.*

3. Dicha medida fue negada mediante el Auto de 3 de agosto de 2020.

4. A título de amparo constitucional, la parte actora solicitó (se transcribe):

*“SEGUNDA. Que TUTELE los derechos constitucionales fundamentales de KMC S.A.S. al debido proceso, al derecho a la defensa e igualdad, consagrados en los artículos 29 y 13 de la*

---

<sup>2</sup> En adelante KMC.

<sup>3</sup> El Auto Admisorio notificó la acción de tutela al Tribunal de Arbitramento convocado ante la Cámara de Comercio de Cartagena, por el Consorcio Vial Isla Barú, integrado por las sociedades Constructora Emma Ltda., y Cición SAS.

<sup>4</sup> En adelante Distrito de Cartagena.

*Constitución Política, vulnerados por el Tribunal de Arbitramento accionado.*

*TERCERA. Que, como consecuencia del amparo otorgado, ORDENE al Tribunal de Arbitramento accionado excluir expresamente de la medida cautelar proferida mediante Auto No. 04 de fecha 28 de febrero de 2020, las obras adelantadas en ejecución del Contrato de Obra Pública No. 20 – 2019, celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la accionante del presente recurso de amparo (KMC S.A.S.), esto es los ordinales segundo, tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del auto, en donde se ordena, entre otras medidas, en su orden: (segundo), al “Distrito de Cartagena de Indias que evite que se ejecuten obras en el terraplén protector del sector Playetas de la Isla de Barú, que sean similares o afines a las que son objeto de la controversia sometida a la decisión de este Tribunal de Arbitramento, derivados del contrato de concesión VAL 02-06 del 29 de diciembre de 2006 celebrado entre las partes, con los condicionamientos que se exponen en este proveído y se especifican a continuación”; (tercero), la vigencia de la medida preventiva durante el trámite arbitral; (cuarto), deber de las partes de poner en conocimiento del tribunal las nuevas circunstancias que se presenten en el proceso, porque dichas medidas afectan directamente la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato suscrito por mi poderdante.*

*Lo anterior, bajo el entendido que el Tribunal de Arbitramento accionado carece de competencia absoluta para impedir la ejecución de contratos distintos del que contiene la cláusula compromisoria en que se fundamenta el Tribunal, legalmente celebrados por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con terceros de buena fe y aún más, cuando mi poderdante no fue vinculado a dicho proceso arbitral.*

*CUARTA. Que ORDENE al Tribunal de Arbitramento accionado declarar la nulidad de las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a su instalación. En particular, que, vistas las pretensiones de la demanda reformada, declare la nulidad procesal del Auto No. 16 de fecha 3 de julio de 2020, por medio del cual asumió competencia en desarrollo de la primera audiencia de trámite de que trata el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, sin haber previamente integrado en debida forma el contradictorio.*

*QUINTA. Que ORDENE al Tribunal de Arbitramento accionado declararse incompetente para resolver la pretensión primera de la demanda, hasta el momento en que KMC S.A.S. haya tenido oportunidad procesal de adherir o no al pacto arbitral que sirve de fundamento a dicho Tribunal.*

*SEXTA. Que ORDENE al Tribunal de Arbitramento accionado citar a KMC S.A.S. para la integración del contradictorio, en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, bajo el entendido que las providencias judiciales que se produzcan en el proceso arbitral que es objeto de esta tutela generarán directamente efectos de cosa juzgada respecto de la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 20 – 2019, celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la accionante de este recurso de amparo (KMC S.A.S.), cuyo objeto es “contratar la optimización del Pedraplén para la conformación de la cimentación de la vía transversal Barú, en el tramo 2 de Playetas del Distrito de Cartagena de Indias”.*

*SEPTIMA. Que, al analizar el requisito de la ‘apariencia de buen derecho’ del contrato que sirve de fundamento a la demanda de la convocante y al auto de medidas cautelares del Tribunal, de encontrar mérito para ello, ordene compulsar copias a las autoridades competentes, en el evento que encuentre probadas conductas con incidencia penal y/o disciplinaria, relacionadas con la planeación, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión No. VAL – 02 – 06, en especial, respecto de la disponibilidad presupuestal en el momento de celebración de dicho contrato.*

*OCTAVA. Solicito respetuosamente que el juez de tutela ordene “lo que considere procedente” para proteger los derechos de mi poderdante, y “no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”, de acuerdo con la previsión del inciso 2º del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, pues con la celeridad que trabaja el Tribunal accionado es de esperar que si no se protegen los derechos de KMC S.A.S, al debido proceso, defensa e igualdad, pronto habrá laudo que desconozca esos derechos”.*

3. Como hechos relevantes fueron narrados los siguientes:

4. 1) El 29 de diciembre de 2006, el Consorcio Vial Isla Barú, integrado por las sociedades Constructora Emma Ltda. y Cición S. A. S., celebró el Contrato de Concesión No. VAL-02-06 “para la construcción y mejoramiento de la Vía Transversal de Barú” con el Distrito de Cartagena.

5. 2) Posteriormente, el Distrito de Cartagena celebró el Contrato de Obra Pública No. 20 de 26 de diciembre de 2019 con la sociedad KMC, cuyo objeto fue “contratar la optimización del Pedraplén para la conformación de la cimentación de la vía transversal Barú en el tramo 2 de Playetas del Distrito de Cartagena de Indias”.

6. 3) El Consorcio Vial Isla Barú convocó un Tribunal Arbitral en la Cámara de Comercio de Cartagena contra el Distrito de Cartagena, para que se dirimieran las controversias relacionadas con el presunto incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06. Dentro de las pretensiones declarativas y de condena,

solicitó que se diera por terminado el Contrato de Obra No. 20-2019, celebrado entre el Distrito de Cartagena y KMC, al existir una presunta superposición entre los objetos contractuales del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 y del referido Contrato de Obra No. 20-2019.

### *“3.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS*

*3.1.1. PRIMERA: Que se declare que las obras del Pedraplén protector de “Playetas” comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de Indias se encuentra dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No. 1 de la Licitación Pública VAL-02-06, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión.*

*3.1.2. SEGUNDA: Que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA viene incumpliendo el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no permitir que el Contratista CONSORCIO ejecute la totalidad del su objeto contractual en lo que corresponde a la ejecución obras del Pedraplén protector de “Playetas”.*

*3.1.3. TERCERA. Que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA incluyó en el objeto del contrato No. 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC la optimización del pedraplén para la conformación de la cimentación de la transversal Barú en el tramo 2 de playetas del distrito de Cartagena de Indias, que es el mismo establecido en el contrato VAL-02-06 celebrado entre el CONSORCIO VIAL ISLA BARU y el DISTRITO CARTAGENA el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.*

### *3.2. PRETENSIONES DE CONDENAS*

*3.2.1. PRIMERA: Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA a que debe permitir y disponer lo pertinente, a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, para que el CONSORCIO demandante ejecute la totalidad de las obras faltantes del objeto del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 en lo que corresponde a la ejecución de las obras faltantes del Pedraplén protector de “Playetas”.*

*3.2.2. SEGUNDA. Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA a que debe aplicar el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dando por terminado en el estado en el que se encuentre el contrato No. 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC por nulidad absoluta por ser su objeto ilícito al haberse celebrado contra expresa prohibición legal por razón de que su objeto contenido en la cláusula segunda “CONTRATAR LA OPTIMIZACIÓN DEL PEDRAPLÉN PARA LA CONFORMACIÓN DE*

*LA CIMENTACIÓN DE LA VIDA TRASVERSAL BARU EN EL TRAMO 2 DE PLAYETAS DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS” es el mismo establecido en el contrato VAL-02-06 celebrado entre el CONSORCIO VIAL ISLA BARU y el DISTRITO DE CARTAGENA el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.*

*3.2.3. TERCERO: Que se condene en costas, incluyendo agencia en derecho, al DISTRITO DE CARTAGENA”.*

7. 4) Adicionalmente, la accionante solicitó, como “*medida cautelar de urgencia*”, que se ordenara al Distrito de Cartagena abstenerse de expedir un acto administrativo para la iniciación de la ejecución del Contrato de Obra No. 20-2019 y suspender toda actividad que conllevara la iniciación o ejecución del mismo, hasta que se profiriera el respetivo Laudo Arbitral<sup>5</sup>.

8. 5) Mediante el Auto No. 4 de 28 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral negó la solicitud de medidas cautelares. Consideró que las medidas solicitadas no eran procedentes porque afectaban una relación con un tercero, que no hacía parte del contrato que tiene la cláusula compromisoria y que habilitó al Tribunal para pronunciarse. No obstante, en la misma providencia y para evitar que los efectos de un eventual Laudo resultaran nugatorios, una vez analizados los requisitos de las medidas cautelares, el Tribunal Arbitral decretó de oficio una medida cautelar de carácter preventivo consistente en (se transcribe):

*“ordenar al Distrito de Cartagena de Indias que evite que se ejecuten obras en el terraplén protector del sector Playetas de la Isla de Barú, que sean similares o afines a las que son objeto de la controversia sometida a la decisión de este Tribunal de Arbitramento, derivados del Contrato de Concesión VAL 02-06 del 29 de diciembre de 2006 celebrado entre las partes, con los condicionamientos que se exponen en este proveído y se especifican a continuación [...] La medida preventiva decretada permanecerá vigente dentro del presente trámite arbitral ,a menos que surjan circunstancias fácticas que puedan: (i) afectar la existencia y preservación de las estructuras actuales; (ii) o causar afectación a la movilidad de los habitantes de la comunidad que puebla el corregimiento de Barú y visitantes; (iii) o hasta que concluya la etapa procesal en la que se encuentra el Tribunal, en el caso de que cesen las funciones del mismo por alguna de las circunstancias previstas en la ley, incluida la conciliación entre las partes o la utilización de cualquier otro mecanismo de solución del conflicto*

---

<sup>5</sup> “1. Que el Panel Arbitral, ad initio, disponga que el DISTRITO DE CARTAGENA VALORIZACIÓN DISTRITAL- dentro de la acción contractual para la construcción de las obras del Pedraplén protector de “Playetas”, se abstenga de expedir acto administrativo alguno para la iniciación de la ejecución del contrato No. 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC, hasta cuando el Tribunal de Arbitramento de la referencia, convocado para que dirima las diferencias relativas a la ejecución del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 celebrado el 29 de diciembre de 2006 entre el DISTRITO DE CARTAGENA y EL CONSORCIO VIAL ISLA BARU, profiera el laudo arbitral correspondiente, accediendo a las pretensiones.// 2. Que los señores Árbitros ordenen suspender toda actividad que conlleve a la iniciación y/o ejecución del contrato No. 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC durante el trámite del proceso hasta cuando se profiera el laudo respectivo.”. Cito de las consideraciones del Auto No. 4 de 28 de febrero de 2020.

*regulados en el ordenamiento jurídico vigente, en conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia”.*

9. 6) El 4 y 5 de marzo de 2020, el Ministerio Público y la parte convocada, respectivamente, interpusieron recursos de reposición en contra de la referida decisión, la cual fue confirmada mediante el Auto No. 7 de 1 de abril de 2020<sup>6</sup>.

10. 7) Mediante el Auto No. 16 de 3 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer y dirimir las controversias relacionadas con la demanda presentada por el Consorcio Vial Isla Barú contra el Distrito de Cartagena y excluyó de su conocimiento las pretensiones declarativa 3.1.3 y la de condena 3.2.2, previamente citadas (se transcribe):

*“El pacto arbitral fue establecido por las partes en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la “Cláusula Trigésima Novena” del Contrato de Concesión VAL-02-06, de la siguiente manera:*

*‘CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA. CLÁUSULA COMPROMISORIA: Agotados los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, sin llegarse a acuerdos, las partes someterán las diferencias existentes en relación con el presente contrato por razones de su celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento independiente, que fallará en derecho y se regulará por la forma prevista el artículo 70 de la ley 80 de 1993, en armonía con lo establecido en el Código de Comercio, y su sede será la ciudad de Cartagena. El Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, abogados titulados designados de común acuerdo entre las partes, y en su defecto por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, a petición de cualquiera de las partes’.*

*[...]*

*En ese sentido, teniendo en cuenta que se encuentra acreditada la existencia del pacto arbitral y que las controversias planteadas están cobijadas por el mismo y son susceptibles de disposición por las partes, se procederá a decidir sobre las mismas en la oportunidad procesal respectiva, con excepción de las pretensiones 3.1.3. declarativa, y la 3.2.2, de condena, excluidas de la competencia del Tribunal, las cuales son del siguiente tenor:*

*[...]*

*De acuerdo con el contenido de las pretensiones antes transcritas, este panel arbitral observa que no están cobijadas en el objeto del pacto arbitral que da origen a este proceso, pues el mismo está previsto en la*

---

<sup>6</sup> Esta providencia, entre otros, indicó (se transcribe): “tampoco se colige, y mucho menos, se encuentra acreditado siquiera sumariamente, que con la adopción de la medida cautelar se vulnere el derecho de un tercero, como lo manifiesta la parte convocada en su recurso, debido a que se trata de una decisión relacionada con el contrato de concesión VAL-02-06 celebrado entre las partes, derivado de la habilitación prevista en el artículo 116 de la Constitución Política y en la cláusula compromisoria del contrato de concesión, y en consecuencia, no se desvirtúa el ejercicio de ponderación efectuado por el Tribunal al proferir la misma”. Acta No. 6 de 1 de abril de 2020.

*“Cláusula Trigésima Novena” del Contrato de Concesión VAL-02-06, para resolver las controversias surgidas de este contrato.*

[...]

## RESUELVE

*PRIMERO: DECLARAR competente este Tribunal de Arbitramento para conocer y decidir en derecho las controversias contenidas en la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C., sin perjuicio de lo que se decida en el laudo arbitral, de conformidad con la exclusión mencionada en torno de las pretensiones 3.1.3. declarativa, y la 3.2.2, de condena deprecadas por la parte convocante, y lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia”<sup>7</sup>.*

11. 8) El 18 de agosto de 2020, el Distrito de Cartagena presentó una solicitud para integrar el contradictorio con la sociedad KMC (se transcribe):

*“con fundamento por lo previsto en el artículo 36 de la ley 1563 de 2012, se proceda a disponer la integración del contradictorio vinculando para el efecto, como litisconsorte necesario, a la sociedad KMC S.A.S.”.*

9) Mediante el Auto No. 26 de 31 de agosto de 2020, el Panel Arbitral negó la referida solicitud tras considerar (se transcribe):

*“[L]a solicitud formulada no prospera, en consideración a la inexistencia de una relación sustancial indivisible respecto del sujeto que se pretende integrar en el contradictorio y, por ende, no se observa que sea obligatoria su vinculación. Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, no se accederá a la petición de integración del contradictorio [...]”<sup>8</sup>.*

12. Fundamento de la vulneración: la sociedad KMC precisó que las providencias proferidas en el trámite arbitral

13.

14. incurrieron en los defectos procedimental, orgánico y sustantivo y, en consecuencia, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad.

15. Argumentó que se incurrió en un *defecto procedimental*, toda vez que, al no integrar en debida forma el contradictorio en el proceso, el Tribunal Arbitral se apartó del procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012. Lo anterior porque, a su juicio, era evidente que el Laudo Arbitral tendrá efectos directos en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 20 de 2019 y, en

---

<sup>7</sup> Esta decisión fue confirmada, mediante Auto No. 17 de 3 de julio de 2020, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición formulado pro el Distrito de Cartagena contra el Auto No. 16 de la misma fecha.

<sup>8</sup> Acta No. 17 de 31 de agosto de 2020.



consecuencia, KMC debía ser citada al proceso para manifestar si se adhería o no al pacto arbitral.

16. Sostuvo que se incurrió en un *defecto orgánico* porque las providencias fueron proferidas por un funcionario que no tenía competencia para ello. Afirmó que se ordenó como medida cautelar la suspensión de un contrato que no está cobijado por el alcance de la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 y, el Tribunal Arbitral asumió competencia para dirimir la controversia sin la voluntad del contratista del Contrato de Obra No. 20 de 2019, lo que trajo consigo el desconocimiento de los límites de la justicia arbitral.

17. Por último, indicó que la providencia que decretó una medida cautelar contiene un *defecto sustantivo*, pues paralizó la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 20 de 2019 sin que se cumplieran los requisitos de ley, como lo era la apariencia de buen derecho de la demanda arbitral.

## **1.2. Fallo de primera instancia e impugnación**

18. Mediante la Sentencia de 24 de septiembre de 2020, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo al considerar que no se cumplió el requisito de subsidiariedad, dada la naturaleza residual de la acción de tutela. Lo anterior porque: 1) el proceso arbitral se encuentra en trámite y, 2) no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable.

19. La sociedad KMC impugnó la anterior decisión. Señaló que la primera instancia no analizó el problema planteado y desconoció el material probatorio que reposaba en el expediente.

20. Indicó que aparece demostrado que el efecto de la medida cautelar adoptada contra el Distrito paralizó la ejecución del Contrato de Obra No. 20 de 2019 sin que se ordenara vincular al proceso a KMC, que resultó directamente afectada. Adicionalmente, sostuvo que el Distrito de Cartagena solicitó al Tribunal que vinculara como tercero a KMC para integrar el contradictorio, no obstante, mediante Auto No. 26 de agosto 31 de 2020, le negó tal solicitud.

21. Adujo, igualmente, que la medida cautelar adoptada vulneró los derechos fundamentales de la sociedad KMC, pues ordenar *“que se evite ejecutar obras similares o afines a las que son objeto de la controversia”* materialmente implicó la suspensión de la ejecución del Contrato de Obra. En ese sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado no podría afirmar que las actuaciones llevadas a cabo en el proceso arbitral solo tenían efectos jurídicos respecto de las partes que celebraron el Contrato de Concesión No. VAL-02-06 de 2006.

22. Manifestó que declarar improcedente la acción de tutela porque el proceso arbitral está en trámite desconoce que KMC no es parte de dicho proceso, por lo que no puede adelantar ninguna actuación para la defensa de sus derechos

fundamentales, como lo son los recursos contra las decisiones adoptadas, ni solicitar pruebas.

23. Sostuvo que se configuró un perjuicio irremediable, pues se suspendió el ejercicio del contrato de obra que le fue adjudicado por licitación pública y con ello, no se desembolsó el anticipo, lo que generó un perjuicio económico de carácter permanente, con la capacidad de repercutir en la capacidad contractual de la empresa.

24. Por último, reiteró lo expuesto en su escrito de tutela respecto de los defectos procedimental absoluto, orgánico y sustantivo en que incurrieron las providencias enjuiciadas.

## **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Contenido. 2.1 Cuestiones previas. 2.2 Fijación de la controversia 2.3 Verificación de requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. 2.4 Caso concreto 2.5 Conclusiones

### **2.1. Cuestiones previas**

25. *Identificación de los derechos fundamentales vulnerados.* Pese a que la parte accionante señaló en su solicitud de amparo como violados varios derechos fundamentales, esta Sala centrará su análisis en el derecho al debido proceso, pues (1) ante una presunta vulneración de garantías constitucionales en el marco de una actuación judicial, cobra relevancia estudiar si este derecho fue, o no, lesionado durante el desarrollo del proceso arbitral; y (2) la vulneración de los demás derechos invocados por la sociedad accionante surge como consecuencia de la misma afrenta al debido proceso. En consecuencia, en el evento de encontrar lesionado este derecho, existirá razón suficiente para conceder el amparo.

26. *Procedencia de la tutela contra decisiones dictadas por un Panel Arbitral.* En lo referente a la procedencia de la tutela contra providencias dictas en el marco de los procesos arbitrales, esta Corporación<sup>9</sup> se ha referido a la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional que, mediante la Sentencia T-790 de 2010, consideró la posibilidad de que la tutela pudiera dirigirse contra decisiones adoptadas en el marco de un trámite arbitral. Allí se indicó que, de conformidad con el artículo 116 superior, y de acuerdo con la Ley 446 de 1998, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto con el fin de que un tercero particular, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes, sujeta a las reglas básicas de todo proceso y al acatamiento de las

---

<sup>9</sup> Reiteración jurisprudencial. Ver Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Rad. 11001-03-15-000-2018-01610-00, Actor: Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido entre Petrominerales Colombia Ltda., y la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, del 21 de noviembre de 2018.

normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes.

27. En vista de la naturaleza jurisdiccional de las decisiones del Panel Arbitral, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales a las solicitudes de amparo que se adelanten contra este tipo de decisiones, respetando, en todo caso, las características propias del proceso arbitral<sup>10</sup>.

## **2.2. Fijación de la controversia**

28. Establecer si se confirma, modifica o revoca el fallo de tutela de 24 de septiembre de 2020, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, por el cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

29. Para ello, deberá determinarse, luego de verificados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, si las decisiones proferidas por el Panel Arbitral, dentro del trámite convocado por el Consorcio Vial Isla Barú contra el Distrito de Cartagena, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad KMC por incurrir en los defectos procedimental, orgánico y sustantivo al decretar una medida cautelar y asumir competencia para conocer de la controversia arbitral.

## **2.3. Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutelas contra providencia judicial<sup>11</sup>**

30. En el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, porque: (1) hubo un plazo razonable entre las fechas en las que se proferieron las providencias enjuiciadas (28/02/2020 y 06/07/2020) y la de interposición de la presente acción de tutela (23/07/2020<sup>12</sup>); (2) no se enjuició un fallo de tutela, pues la controversia se relaciona con decisiones adoptadas dentro de un trámite arbitral; (3) se identificaron de manera clara, detallada y comprensible los hechos y la presunta vulneración derivada de ellos y (4) se advierte que la controversia tiene relevancia constitucional por tratarse de la presunta afectación de las garantías fundamentales de la parte demandante con ocasión de las decisiones adoptadas en un proceso arbitral en el que no se encuentra vinculado.

31. Finalmente, respecto del (5) requisito de subsidiariedad, contrario a lo que en su momento consideró el juez de tutela de primera instancia, este sí está satisfecho. Si bien la medida cautelar no constituyó una decisión definitiva del litigio, esta sí afectó a la parte actora; quien, al no estar vinculada al trámite arbitral, no puede formular los reparos planteados por en la presente acción de tutela en aras de procurar la defensa del derecho presuntamente vulnerado en el

---

<sup>10</sup> Sentencia T-244 del 30 de marzo de 2007.

<sup>11</sup> El siguiente análisis se hace de conformidad con el orden establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-066 de 2019.

<sup>12</sup> Según el acta individual de reparto que establece fecha de radicación 23/07/2020.

referido proceso. En otras palabras, la sociedad accionante no cuenta con mecanismo ordinario o extraordinario idóneo y eficaz, en el marco del trámite arbitral, que le permita la defensa de sus derechos.

32. En ese orden, la Sala revocará el fallo que declaró la improcedencia de la acción de tutela y procederá a establecer si hay lugar, o no, a conceder el amparo solicitado.

#### **2.4. Caso concreto**

33. En el escrito de tutela, la parte demandante argumentó que las decisiones enjuiciadas incurrieron en los defectos procedimental, orgánico y sustantivo. (1) La Sala accederá a la solicitud de amparo presentada por la sociedad KMC en relación con el decreto de la medida cautelar por parte del Tribunal, pues mediante esta, el Panel excedió la competencia establecida en la cláusula arbitral y vulneró el derecho al debido proceso de la accionante. (2) En cambio, la Sala considera que el Auto de competencia está ajustado al ordenamiento jurídico.

34. (1) En primer lugar, está probado que el decreto de la medida cautelar afectó directamente a la accionante, pues esta suspendió el Contrato de Obra Pública No. 20 de 26 de diciembre de 2019, celebrado entre la sociedad KMC y el Distrito de Cartagena, además implicó que no le fuera desembolsado el anticipo pactado con la entidad.

35. La accionante acreditó la referida afectación mediante el acta de suspensión del Contrato de Obra Pública, que señaló (se transcribe):

*“5. Que a la fecha, el anticipo del contrato no ha sido desembolsado, por causas no atribuibles a KMC, razón por la cual el Contratista mediante oficio KMC-P-149-2020 del 3 de agosto de 2020, solicitó a la Entidad evaluar la posibilidad de suspensión bilateral del contrato, justificando las razones que conllevarían a ello.*

*6. A su vez, el Distrito a través de su apoderada, radicó el 24 de julio de 2020, ante Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, un memorial dirigido a los árbitros que hoy resuelven una controversia que subsiste entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Vial Islas Barú, denominado ‘Solicitud de instrucciones’ indicando cuanto sigue: ‘...teniendo en cuenta que la medida cautelar afecta a un tercero solícito al panel arbitral de instrucciones al Distrito de Cartagena sobre los pasos a seguir respecto del contrato 20 de 2019 en el que es contratista KMC S.A.S. La solicitud deprecada resulta de imperiosa definición a efectos de evitar un detrimento patrimonial y un incumplimiento contractual frente al contratista KMC S.A.S, dado que ante la referida medida actualmente se encuentra afectado a un tercero por fuera del debate de manera directa’”.*

36. La sociedad KMC también aportó otros dos documentos que acreditan los efectos de la medida cautelar. Por una parte, allegó un escrito de 25 de junio de 2020, radicado por los apoderados de la parte convocante del Tribunal Arbitral ante la Alcaldía de Cartagena, con asunto “*DEBER DE ACATAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR*”, en donde, expresamente, solicitó:

*“Así las cosas lo pertinente debe ser que el DISTRITO y/o sus secretarías no comprometa o entregue suma alguna de los dineros destinados a las obras del Pedraplén protector de “Playetas” comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300 en Cartagena y esperar a que los árbitros fallen el proceso y de esa manera evitar comprometer anticipadamente dineros que pudieren implicar malversación o detrimento de recursos, de un lado, pero también evitar la comisión de las faltas disciplinarias y penales anunciadas, lo que eventualmente pudiere comprometer al ALCALDE por ser aquel el representante legal del DISTRITO”.*

37. Por otra parte, aportó un escrito de 9 de julio de 2020, en el que el director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de la Alcaldía de Cartagena informó al Tesorero Distrital que no podía otorgar orden de desembolso del anticipo hasta tanto no se tuviera total claridad jurídica sobre los alcances de la medida cautelar decretada por el Tribunal de Arbitramento con respecto a su viabilidad<sup>13</sup>.

38. Para la Sala también es evidente que el decreto de la medida cautelar violó el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues desconoció las normas del CPACA, que se refieren al decreto y práctica de medidas cautelares, las cuales debían ser consideradas y aplicadas por el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el artículo 32 de la ley 1563 de 2012.

39. En efecto, el Tribunal, al decretar la medida cautelar, debió haber advertido que se iba a pronunciar sobre las pretensiones relativas al contrato de obra pública –cuyo contratista era el accionante–. Por otra parte, el Tribunal tampoco consideró los artículos 232<sup>14</sup> y 240<sup>15</sup> del CPACA, los cuales están dirigidos a

---

<sup>13</sup> Oficio Referencia: Acción de Tutela de KMC contra el Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Barú – Distrito de Cartagena y Departamento de Valorización proceso No. 11001-03-15-000-2020-03325-00 NUEVA PRUEBA, dirigido al Magistrado Ponente de primera instancia.

<sup>14</sup> “Artículo 232. CAUCIÓN. El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decrete la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitud de la medida cautelar sea una entidad pública”.

<sup>15</sup> “Artículo 240. RESPONSABILIDAD. Salvo los casos de suspensión provisional de actos administrativos de carácter general, cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales se liquidarán mediante incidente promovido dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Las providencias que resuelvan el incidente de responsabilidad de que trata este artículo serán susceptibles del recurso de apelación o de súplica, según el caso”.

garantizar los derechos de los terceros que puedan resultar afectados con una medida cautelar.

40. Así las cosas, para la Sala está probado que la medida cautelar impactó el contrato de obra pública, y, en consecuencia, afectó a KMC, sociedad que no hace parte del trámite arbitral existente entre el Consorcio Vial Isla Barú y el Distrito de Cartagena.

41. En conclusión, al encontrar acreditado que, mediante el decreto de la medida cautelar, se afectó el derecho al debido proceso de la sociedad KMC, la Sala estima que está configurado el defecto procedimental alegado y, en ese orden, no se pronunciará sobre los defectos restantes alegados (orgánico y sustantivo) y accederá al amparo solicitado. Concretamente, la Sala dejará sin efectos el Auto No. 4 de 28 de febrero de 2020, por medio del cual el Tribunal Arbitral decretó la medida cautelar de oficio.

42. (2) En segundo lugar, a juicio de la Sala, el Auto de competencia está ajustado al ordenamiento jurídico. Ello, pues mediante el Auto No. 16 de 3 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para conocer de las pretensiones de la demanda directamente relacionadas con el accionante y el contrato de obra pública No. 20-2019, celebrado por este y el Distrito de Cartagena. El Panel consideró que tales pretensiones “no est[aban] cobijadas en el objeto del pacto arbitral”. En virtud de lo anterior y de la aplicación de los artículos 36 del Estatuto Arbitral y 61 del CGP, el Tribunal no estaba obligado a citar a la accionante al proceso arbitral en calidad de litisconsorte necesario.

43. El referido artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 establece lo siguiente (se transcribe):

*“Artículo 36. Integración del contradictorio. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto [...]”.*

44. El caso concreto no constituye un supuesto de hecho contemplado en la norma citada, pues si bien el pleito arbitral se relaciona con una presunta superposición de los objetos contractuales de los contratos de concesión No. VAL-02-06 y de obra pública No. 20-2019, los referidos contratos configuran dos relaciones jurídicas diferentes.

45. En los términos del artículo 61 del CGP<sup>16</sup>, el proceso no versa sobre una sola relación jurídica respecto de la cual, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de la sociedad KMC. No existe, entonces, una relación sustancial única e indivisible integrada por varios sujetos, pues nos hallamos ante dos contratos distintos, cuyos contratistas no coinciden. Por lo tanto, la Sala comparte a consideración del Tribunal Arbitral, según la cual la accionante no corresponde a un litisconsorte necesario y, en consecuencia, su citación al trámite sea obligatoria.

46. En ese orden de ideas, no se configuraron los defectos alegados por la accionante. El Auto no incurrió en un defecto procedimental, pues el Tribunal actuó de conformidad con el Estatuto Arbitral. Tampoco se configuró el defecto orgánico, ya que el Panel no asumió competencia respecto de las pretensiones directamente relacionadas con el accionante y el contrato de obra pública No. 20-2019, celebrado por este.

47. En virtud de los anteriores argumentos y en relación con las pretensiones formuladas por la accionante, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad del Auto de competencia y de las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a la instalación del Tribunal. La Sala tampoco ordenará al Tribunal declararse incompetente para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda, ni le exigirá citar a KMC para la integración del contradictorio.

48. Respecto de la remisión de copias a las autoridades penales y disciplinarias para lo de su competencia, la Sala señala que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para lograr tal objetivo (apertura de las indagaciones y/o investigaciones del caso) y, en consecuencia, procederá a negarla.

## **2.5. Conclusión**

37. La Sala revocará la decisión de primera instancia y amparará el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad KMC. En consecuencia, dejará sin efectos el Auto No. 4 de 28 de febrero de 2020, por medio del cual el Tribunal Arbitral decretó la medida cautelar de oficio.

## **3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

---

<sup>16</sup> "Artículo 61. *Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.* Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.  
[...]"

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia de 24 de septiembre 2020, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado y, en su lugar amparar el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad KMC.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** el Auto No. 4 de 28 de febrero de 2020, por medio del cual el Tribunal Arbitral convocado por el Consorcio Vial Isla Barú contra el Distrito de Cartagena decretó una medida cautelar de oficio.

**TERCERO: NEGAR** la solicitud de remitir copias a las autoridades penales y disciplinarias competentes, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: NOTIFICAR** por el medio más expedito y eficaz a las partes (Artículo 16 Decreto 2591 de 1991), entregándoles copia íntegra del fallo.

**QUINTO: REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**SEXTO:** Por Secretaría General de esta Corporación, **PUBLICAR** la presente providencia en la página web del Consejo de Estado.

**NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE**

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha.

Firmado electrónicamente  
**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Firmado electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**