



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02086-01

Actor: FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA -

Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CONFORMADO EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE INGENIEROS DEL VALLE y LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN REGIONAL VALLE DEL CAUCA

Acción de tutela - Fallo de segunda instancia

Decide la Sala la impugnación presentada por los integrantes del Tribunal de Arbitramento accionado, contra el fallo de 13 de diciembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **amparó el derecho al debido proceso de FONVIVIENDA.**

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El **Fondo Nacional de Vivienda**, en adelante FONVIVIENDA, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela el 3 de agosto de 2017 en la que solicitó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, que consideró vulnerado por el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle y la Cámara Colombiana de la Construcción Regional Valle del Cauca, por cuanto, no fue vinculado al proceso arbitral que culminó con el laudo de 7 de julio de 2017.

1.2. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la tutela de la siguiente manera:

- En diciembre de 2008, FONVIVIENDA, el Municipio de Cali y el



Fondo Especial de Vivienda de Cali suscribieron un convenio interadministrativo para el desarrollo del Macroproyecto Altos de Santa Elena, cuyo Gerente Integral es Comfenalco Valle.

- FONVIVIENDA y Alianza Fiduciaria SA celebraron el Contrato de Fiducia Mercantil 559 del 17 de diciembre de 2008 para la administración del macroproyecto con la construcción de 1880 unidades de vivienda.
- El macroproyecto está en ejecución de la Fase I integrada por dos etapas. La primera etapa ya finalizó, por lo que fueron entregadas 920 unidades de vivienda. La segunda etapa tiene prevista la entrega de 1120 unidades más, divididas entre los sectores A y B, cada uno de 560 viviendas.
- Alianza Fiduciaria S.A. escogió a la firma Integrar Constructores SAS para el desarrollo del Sector A de la segunda etapa de la Fase I, para lo cual suscribieron el Contrato de Obra 11 del 18 de octubre de 2012, el cual incluyó una cláusula compromisoria.
- Integrar Constructores SAS reclamó el reconocimiento de ajustes de precios, costos indirectos y ejecución de obra en el Comité Fiduciario 46 del 22 de mayo de 2015, por lo que fue autorizada Alianza Fiduciaria S.A. para que realizara un acuerdo de transacción con la sociedad contratista sobre esos aspectos.
- En cumplimiento de lo anterior, Integrar Constructores SAS y Alianza Fiduciaria S.A. celebraron contrato de transacción el 30 de junio de 2015.
- El 20 de enero de 2016 Integrar Constructores SAS convocó la integración de un tribunal de arbitramento ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, por el incumplimiento de los contratos de obra al incumplir los plazos de pagos acordados en el contrato de transacción.
- Alianza Fiduciaria S.A., mediante el Comunicado C556296 del 12 de julio de 2017, informó a FONVIVIENDA, como miembro del comité fiduciario del patrimonio autónomo, que fue proferido laudo arbitral el 7 de julio de 2017, en el cual se declaró el



incumplimiento de la sociedad fiduciaria del Contrato de Obra 11-2012 y se le impuso la obligación del pago de la indemnización de perjuicios y costas procesales.

1.3. Fundamentos de la acción

La entidad actora asegura que el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle incurrió en “vía de hecho” por la configuración de los defectos procedimental y sustantivo, al proferir el laudo del 7 de julio de 2017, y como consecuencia de esto, vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Para sustentar éstos cargos afirmó que:

El laudo arbitral del 7 de julio de 2017 fue proferido sin la debida integración del litisconsorcio necesario, en la medida que FONVIVIENDA y Municipio de Cali, en calidad de fideicomitentes, debieron ser vinculados al proceso arbitral para que manifestaran si se adherían a la cláusula compromisoria, so pena de nulidad, pues la decisión tiene efectos de cosa juzgada frente a ellos.

El tribunal de arbitramento perdió competencia para proferir el laudo del 7 de julio de 2017 porque transcurrieron más de los seis (6) meses que establece el artículo 10 de la Ley 1563 de 2015, sin que las partes hayan autorizado su prolongación.

Aunque la cláusula compromisoria del Contrato de Obra 11-2012 establecía que la decisión sería tomada en equidad, el laudo arbitral del 7 de julio de 2017 tomó una decisión en derecho al imponer cargas excesivas a Alianza Fiduciaria S.A. que lesionan gravemente los intereses de FONVIVIENDA en el cumplimiento de un fin del Estado.

La tutela es presentada para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable porque el laudo arbitral no sólo afecta a Alianza Fiduciaria S.A., sino que pone en riesgo inminente la política de vivienda del Macroproyecto Altos de Santa Elena ejecutada por FONVIVINEDA, así como a los beneficiarios de las 560 soluciones de vivienda familiar, lo que vulnera su derecho a una vivienda digna.

1.4. Pretensión



La accionante solicitó:

“Primera: AMPARAR el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** y a la **VIVIENDA DIGNA** del **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA** y el Municipio de Cali, por las razones expuestas en la presente acción de tutela.

Segunda: DECRETAR LA NULIDAD del proceso arbitral y en consecuencia **DEJAR SIN EFECTO** todas las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento conformado por los árbitros Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio, del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle a partir del auto de admisión de la demanda arbitral presentada por la sociedad **INTEGRAR CONSTRUCTORES S.A.S.**

Tercera: ORDENAR la citación personal del **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA**, el Municipio de Cali y el Fondo Especial para la Vivienda de Cali, como legítimos interesados para manifestar si se adhieren o no al pacto arbitral consagrado en el Contrato Obra N° 11-2012 cuyo objeto es la ‘Ejecución de obra de construcción de quinientos sesenta (560) apartamentos de la Urbanización Altos de Santa Elena Fase I, Sector A’ suscrito entre **INTEGRAR CONSTRUCTORES S.A.S.** y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012”.

2. Trámite de instancia de la tutela

El Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la tutela mediante auto del 22 de agosto 2017, en el que ordenó notificar a las partes.

Como tercero con interés, ordenó la vinculación y notificación de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Secretaría de Vivienda Social y Hábitat de Cali, Fondo Especial de Vivienda de Cali, Comfenalco Valle del Cauca, Alianza Fiduciaria S.A. e Integrar Constructores S.A.S. como terceros interesados en el presente proceso.

Finalmente, dispuso vincular a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado.

3. Intervenciones

3.1. La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca



informó que el laudo arbitral del 7 julio de 2017 puede generar un perjuicio irremediable porque el monto de la condena impuesta a la fiduciaria pone en riesgo la continuidad del proyecto de construcción e impide que los potenciales beneficiarios, afectados por la ola invernal, puedan acceder a una vivienda digna.

3.2. El **Municipio de Santiago de Cali** señaló que la condena impuesta en el laudo arbitral causa un perjuicio irremediable para todas las familias beneficiarias del macroproyecto, porque no existen recursos para finalizar la construcción, pese a ser víctimas de la ola invernal de los años 2010 a 2011 y hogares ubicados en zonas de riesgo no mitigable.

3.3. **La Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** manifestó:

- El Tribunal de Arbitramento efectivamente incurrió en un defecto sustantivo al desconocer el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, en la medida que no vinculó al proceso a los fideicomitentes a pesar de que el laudo tiene efectos de cosa juzgada frente a ellos.
- Es claro que hubo un defecto procedimental en la medida que el tribunal excedió su competencia temporal de 6 meses, prevista en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, sin que las partes hayan autorizado su prórroga.
- Otra razón por la cual se configuró el defecto sustantivo es que el laudo del 7 de julio de 2017 fue adoptado en derecho y no en equidad, como lo establecieron las partes en su cláusula compromisoria.
- Es necesario conceder el amparo de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable ante la posible parálisis de la obra para dar cumplimiento al pago de la indemnización.

3.4. **Alianza Fiduciaria S.A.** indicó:

- La tutela es procedente porque, aunque la Ley 1563 de 2012 prevé el recurso extraordinario de anulación contra los laudos



arbitrales, dicho recurso sólo puede ser interpuesto por quienes fueron parte en el proceso arbitral, de modo que FONVIVIENDA no cuenta con ese otro medio de defensa judicial.

- En todo caso, Alianza Fiduciaria S.A. presentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral objeto de la presente acción de tutela el 31 de agosto de 2017. Sin embargo, en ese recurso FONVIVIENDA no será escuchado, pues no puede intervenir. Además, éste no es idóneo para evitar un perjuicio irremediable porque las causales del artículo 41 del Estatuto Arbitral no permiten plantear la vulneración de derechos fundamentales y, además, el cumplimiento de la decisión judicial implica paralizar la obra por carencia de recursos, afectando gravemente la política pública de vivienda.
- Se configuró un defecto orgánico porque el tribunal sesionó por fuera de los alcances del pacto arbitral, es decir sin competencia temporal.
- Hubo un defecto sustantivo o material al no integrar debidamente el contradictorio, inaplicando el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

3.5. El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle argumentó:

- El Tribunal de Arbitramento convocado por Integrar Constructores SAS fue para resolver una controversia en el contrato de obra celebrado con un patrimonio autónomo, motivo por el que Alianza Fiduciaria S.A. no actuó en nombre propio sino como su vocera.
- Debido a lo anterior, no existía un litisconsorcio necesario con FONVIVIENDA en la medida que no se está juzgando una relación jurídica en la que sea titular porque no se discute el cumplimiento del contrato de fiducia mercantil sino el de obra.
- Aunque la entidad actora puede verse afectada por el laudo arbitral, sólo lo será de forma indirecta, lo cual no constituye



un litisconsorcio necesario sino que sólo lo habilita para actuar como coadyuvante.

- FONVIVIENDA conocía la existencia del proceso arbitral, según lo reconoció en la demanda de tutela, y de conformidad con las pruebas que obran en el trámite arbitral, pese a lo cual no solicitó su intervención en el proceso, de modo que no puede usar la acción de tutela para subsanar su error.
- La entidad actora no argumentó debidamente el cargo de defecto procedimental, puesto que se limitó a citar reiteradamente el artículo 10 de la Ley 1563 de 2015.
- FONVIVIENDA tampoco sustentó en debida forma el supuesto defecto sustantivo porque el laudo fue en derecho y no en equidad. En todo caso, ello no significa que haya vulneración de derechos fundamentales puesto que lo realmente irrazonable es pretender que el fallo en equidad se aparte por completo del ordenamiento jurídico.
- No puede existir un perjuicio irremediable en el caso concreto con base en la amenaza al derecho a la vivienda digna puesto que su titular no es FONVIVIENDA sino las familias beneficiarias del programa, quienes no ejercieron la acción de tutela, por lo que la entidad no tiene legitimación en la causa por activa.
- El Consejo de Estado no es competente para conocer del asunto de la referencia porque, con base en el Decreto 1382 de 2000, debe conocer del asunto la Jurisdicción Ordinaria por tratarse de un laudo arbitral conformado por particulares que transitoriamente administran justicia.
- La tutela es improcedente porque está en curso el recurso de anulación del laudo arbitral ante el Consejo de Estado.

3.6. Integrar Construcciones SAS manifestó:

- FONVIVIENDA no puede alegar que el incumplimiento del Contrato de Obra 11-2012 le genera la imposibilidad de continuar con su propósito, pues el laudo arbitral únicamente



está condenando al daño de perjuicios para equilibrar las cargas entre las partes contractuales.

- Aunque FONVIVIENDA no fue vinculado al proceso arbitral, Alianza Fiduciaria S.A. actuó en cumplimiento del mandato expreso y taxativo de los fideicomitentes.
- La acción de tutela de la referencia es improcedente porque el artículo 42 del Estatuto Arbitral prevé el recurso de anulación para proponer cualquier causal de nulidad procesal.

3.7. Los árbitros Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio señalaron:

- El tribunal de arbitramento no estaba llamado a garantizar el derecho a la vivienda digna por cuanto su competencia se limitó a resolver una controversia relativa a la ejecución de un contrato de obra, de modo que la vulneración de tal derecho no puede justificar la declaratoria de nulidad de todo lo actuado.
- La Ley 1537 de 2012 establece que la selección del fiduciario y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los patrimonios autónomos se rigen exclusivamente por el derecho privado.
- La intervención de FONVIVIENDA en el proceso arbitral no sería como litisconsorte sino como coadyuvante, de modo que no era necesaria su presencia para proferir el laudo arbitral en la medida que no era juzgada su relación sustancial con el patrimonio autónomo (contrato de fiducia), sino únicamente el contrato de obra entre la constructora y el patrimonio autónomo (contrato de obra).
- En otras palabras, en ningún momento las pretensiones estudiadas en el proceso tienen relación alguna con el contrato de fiducia, de modo que FONVIVIENDA no es litisconsorte.
- Respecto al desconocimiento del principio de habilitación por exceder el término legal para sesionar, FONVIVIENDA no



hace ninguna acusación concreta ni expone claramente cuál es el supuesto error en que incurrió el tribunal de arbitramento.

- El sólo hecho de que la condena sea por un gran valor no cambia la naturaleza del laudo en equidad a uno en derecho, como lo insinúa la parte actora.
- Un fallo en equidad permite al juez apartarse del derecho positivo para decidir el asunto según la equidad, lo que no significa que cuando se falle en derecho sea una decisión inequitativa, de modo que materialmente no es posible la separación entre derecho y equidad como lo plantea la demanda de tutela.
- FONVIVIENDA carece de legitimación en la causa por activa para obtener el amparo del derecho a la vivienda digna por no ser su titular.
- Actualmente se tramita un recurso de anulación del laudo arbitral objeto de la acción de tutela de la referencia ante el Tribunal Superior de Cali, presentado por la compañía fiduciaria con previa autorización del comité fiduciario conformado, entre otros, por FONVIVIENDA. Así pues, existe identidad en la parte actora de ambos procesos judiciales, de modo que la solicitud de amparo es improcedente por no cumplir el requisito de la subsidiariedad.
- El Consejo de Estado es incompetente para conocer del asunto de la referencia por cuanto que el Decreto 1382 de 2000 establece que las acciones de tutela entre particulares debe ser conocida por los jueces municipales de la Jurisdicción Ordinaria.

4. Fallo de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2017, amparó el derecho al debido proceso de **FONVIVIENDA**, y dispuso:

“2. DEJAR SIN EFECTOS el Laudo Arbitral proferido el 7 de julio de 2017 por Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de



Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, integrado por los árbitros Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio, por las razones expuestas.

3. ORDENAR al Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, integrado por los árbitros Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio, que en un término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, vinculen al proceso arbitral al Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA y al MUNICIPIO DE CALI en la forma prevista en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, y que garanticen su derecho de defensa y contradicción, y profieran una nueva decisión que resuelva la controversia planteada a dicho tribunal de arbitramento”.

Como fundamento de su decisión, consideró:

Como cuestión previa, que el Consejo de Estado sí es el competente para conocer de este asunto, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado de forma pacífica que el Decreto 1382 de 2000 no establece reglas de competencia sino de reparto.

En cuanto a los requisitos de procedibilidad, que no se cumplía con el de subsidiariedad frente al cargo relacionado con la pérdida de competencia del Tribunal arbitral para fallar por fuera del término establecido, toda vez que:

“...el recurso de anulación es un medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de los derechos de la entidad actora. En efecto, el numeral sexto del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 los prevé como causales de procedencia del recurso así:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. *Son causales del recurso de anulación: [...]*

6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. [...].”

Respecto de la violación del debido proceso por defecto sustantivo, al no vincular al trámite arbitral a FONVIVIENDA, consideró superados los requisitos de procedibilidad adjetiva toda vez que la parte actora al no ser parte del proceso arbitral, no podía recurrir el laudo y en consecuencia analizó dicho cargo:



“En efecto, el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 establece que “[c]uando 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 (...).”

(...)

FONVIVIENDA celebró el Contrato de Fiducia Mercantil 559 para la administración inmobiliaria del Fideicomiso PA2-Macroyecto Altos de Santa Elena el 17 de diciembre de 2008¹, en donde se pactó que el gerente del proyecto sería la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Valle del Cauca con base en el convenio celebrado por ella con el Fondo Especial de Vivienda del Municipio de Santiago de Cali el 28 de junio de 2006.

(...)

En efecto, del análisis de las circunstancias del caso concreto, se advierte que el incumplimiento de los pagos pactados en el contrato de transacción fueron imputados en el laudo arbitral al incumplimiento en la entrega de los aportes por parte de FONVIVIENDA y el Municipio de Cali que, en calidad de fideicomitentes, debieron realizar para que pudiera continuar la ejecución de la obra.

En otras palabras, el laudo arbitral del 7 de julio de 2017 resolvió, aunque de forma indirecta pero con efectos de cosa juzgada, sobre la responsabilidad de FONVIVIENDA y el Municipio de Cali por el incumplimiento del acuerdo de transacción porque atribuyó el no pago a su retardo en la entrega de los aportes, pese a lo cual no los vinculó al proceso arbitral como lo ordena el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

En este orden de ideas, el tribunal de arbitramento debió realizar el trámite previsto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 para que FONVIVIENDA y el Municipio de Cali manifestaran si se adherían al pacto arbitral y, sólo de ser afirmativa su respuesta, podía tramitar el proceso. Sin embargo, esto no ocurrió por lo que fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso al no poder ejercer su derecho de defensa.”

Finalmente, como prosperó el amparo al encontrar probado el defecto sustantivo, el *a quo* se abstuvo de examinar el cargo referente a si la decisión fue tomada en equidad o en derecho.

¹ Folios 45 a 51 del cuaderno 2 del anexo.



8. Impugnación

Los integrantes del Tribunal de Arbitramento accionado solicitaron revocar el fallo de tutela de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo deprecado.

Como primera medida explicaron el origen histórico de la figura del contrato de fiducia mercantil y el patrimonio autónomo, para señalar que en la primera siempre se presenta una transferencia del dominio de los bienes, y el ejercicio de plenos derechos por parte del fiduciario, excluyendo absolutamente la figura del fiduciante, de manera que la compañía fiduciaria, ejerce plenos derechos frente a terceros y en ese ejercicio no necesita autorización o poder por parte de los fiduciantes (Fonvivienda en este caso).

Luego, explicó la política pública de vivienda de interés social y los patrimonios autónomos, para concluir que la evolución del sistema especializado de financiación de vivienda de interés social y prioritario, derivado del manejo de la emergencia ocasionada por la Ola Invernal 2010-2011, se ha venido orientando claramente hacia la utilización de esquemas fiduciarios, receptores de recursos públicos y privados, con dos características que se han mantenido a lo largo de las normas jurídicas generadas a partir de 2010, la primera es que la transferencia de los recursos manejados por entidades como Fonvivienda se tendrán como mecanismos de ejecución del Presupuesto General de la Nación, criterio explícitamente expresado tanto en el Decreto 1920 de 2011 como en la ley 1537 de 2012, y la segunda es que la contratación y ejecución de los proyectos se regirá exclusivamente por las normas de derecho privado.

A continuación se refirió al contrato de fiducia mercantil 559 celebrado el 17 de diciembre 2008 entre Fonvivienda y Alianza Fiduciaria S.A. de administración inmobiliaria Fideicomiso PA2 – Macroproyecto Altos de Santa Elena.

Luego, cuestionaron el fallo proferido por el *a quo* con los siguientes argumentos:

- Desconoció que FONVIVIENDA desde el inicio del proceso arbitral contaba con la opción de solicitar que se le permitiera



actuar voluntariamente como coadyuvante, para de esa manera ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Reprocha que la Sección Cuarta haya considerado que FONVIVIENDA no podía haber solicitado la coadyuvancia porque no existía prueba de que conociera del proceso, pues solo con la comunicación que Alianza Fiduciaria le envió el 7 de julio de 2017, se enteró de la existencia del laudo arbitral; toda vez que ello no es cierto, dado que aquélla conoció la existencia del proceso arbitral desde su inicio. Además, alegaron que de dicha comunicación no se puede concluir que sólo hasta fecha FONVIVIENDA haya tenido conocimiento del laudo.

- De conformidad con la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera, entre los deberes de la fiduciaria existe el de informar oportunamente al Fideicomitente cualquier dificultad o imprevisto que ocurra durante la ejecución del contrato, de manera que Alianza Fiduciaria tenía el deber de informar a FONVIVIENDA en su doble calidad de Fideicomitente y beneficiario de la existencia del proceso arbitral.
- En el mismo sentido, en el contrato de fiducia se señaló que la supervisión, control y seguimiento del desarrollo y ejecución de las obligaciones contractuales, está a cargo del fideicomitente, de manera que no era posible que en el proceso arbitral haya podido actuar la Fiduciaria sin que Fonvivienda se hubiese enterado.
- En el expediente arbitral se advierte que Fonvivienda siempre tuvo conocimiento de la existencia del proceso, lo cual se corrobora con los testimonios presentados en la etapa de pruebas, entre los cuales resaltó el del Secretario de Vivienda Social y Director del Fondo Especial de Vivienda del municipio de Santiago de Cali, y del Viceministro (E) de Vivienda, Ciudad y Territorio y a su vez, Director Ejecutivo de Fonvivienda.
- Por otro lado, no es cierto, como lo indicó el fallo impugnado, que en el laudo se haya imputado responsabilidad alguna a



Fonvivienda o al municipio de Santiago de Cali, y por tanto no resultaba procedente la vinculación de estas entidades al proceso arbitral.

- Resaltó que el hecho de que un fallo sea proferido en equidad no implica que deba ser dejado sin efectos.
- Adujo que al dejar sin efectos el fallo se desconocen los principios de igualdad, seguridad jurídica, lealtad procesal.
- Finalmente, señaló que la tutela debió declararse improcedente porque actualmente se adelanta el recurso de anulación ante el mismo Consejo de Estado, para analizar la legalidad de la actuación arbitral.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991,² el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015³ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003⁴ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales; superado lo anterior;
- ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación.

3. Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales

² «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política».

³ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho ».

⁴ «Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado».



La Corte Constitucional en sentencia T-790 2010 previó la posibilidad de que la acción de tutela pudiera dirigirse a atacar decisiones adoptadas por Tribunales Arbitrales. En aquella oportunidad el Máximo Tribunal Constitucional indicó que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución y la Ley 446 de 1998, el arbitramento 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, a fin de que un tercero particular, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes.

Los árbitros se pronuncian sobre los hechos que dieron lugar a la controversia, resuelven las pretensiones de las partes, practican y valoran las pruebas, resuelven el litigio con fundamento en los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad, y sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada.

En virtud de lo anterior, **la jurisprudencia constitucional considera que la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial.**

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha resaltado que la justicia arbitral está sujeta a las reglas básicas de todo proceso, como el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes.

Con fundamento en estas consideraciones y como reconocimiento a la voluntad de las partes que deciden someter sus controversias a la justicia arbitral, **esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales que vulneran las garantías constitucionales de las partes.**

En vista de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a



las acciones de tutela contra decisiones arbitrales, con atención, por supuesto, a las características propias del proceso arbitral⁵.

En relación con la competencia para conocer de las acciones de tutela interpuestas en contra de los Tribunales Arbitrales, la Corte Constitucional en sentencia T-192 de 2004⁶ señaló que “...[s]i bien en principio esta es una institución conformada por particulares, los árbitros no actúan como tales, sino que se invisten temporalmente de la función de administrar justicia. (...) Corresponde a la Corte determinar quién es el superior funcional del Tribunal de Arbitramento contra el cual se interpone la presente tutela. Para tal fin es necesario tener en cuenta la naturaleza del asunto que había sido sometido a consideración del Tribunal”. Como conclusión de su análisis consideró que:

*“...si se quisiera pedir su anulación -única medida correctora del laudo que eventualmente hubiera proferido el Tribunal de seguir conociendo del asunto- **quien se podría considerar como superior funcional sería el Consejo de Estado.** Esta afirmación se deriva de lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 con respecto a la competencia para conocer del recurso de anulación de laudos arbitrales que estudien de controversias derivadas de contratos estatales. Podría pensarse que al ser la sección tercera la única competente para conocer del recurso de anulación, sería esta la única competente para conocer en primera instancia de la presente tutela. No obstante, esto no es así en la medida en que dentro del reglamento interno del Consejo de Estado, Acuerdo No. 58 de 2003, artículo 1º, no se señala dentro de las competencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado el conocimiento de acciones de tutela, mientras que, de manera expresa, en el mismo artículo se le atribuye la competencia de conocer de acciones de tutela a las secciones primera, segunda, cuarta y quinta. **Así las cosas, se hace indispensable reconocer que en materia de tutela contra providencias de tribunales de arbitramento que conozcan de controversias derivadas de contratos estatales el superior funcional será el Consejo de Estado,** mas no la Sección Tercera en particular. La anterior interpretación se apoya, igualmente, en el hecho de que en materia de tutela para la fijación de competencias no es un factor determinante la especialidad del juez que conozca del asunto toda vez que los jueces estarán actuando como jueces de tutela y no como jueces especializados en una u otra rama del derecho. Únicamente se tendrá en cuenta la especialidad en caso de que ésta haya sido escogida, a prevención, por el accionante”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

⁵ Sentencia T-244 del 30 de marzo de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁶ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



En ese orden de ideas, no cabe duda de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y tampoco de que esta Corporación es competente para conocer de este asunto.

Ahora bien, comoquiera que se la Corte hizo extensivas las reglas de procedencia de la tutela contra providencia judicial, a los laudos arbitrales, corresponde a esta Sala determinar que cumpla con los requisitos adjetivos de procedibilidad: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

En el presente asunto la Sala evidencia que no se trata de una tutela contra tutela, puesto que la providencia que censura la parte actora, como ya se indicó, es un laudo arbitral.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar el laudo de 7 de julio de 2017, del cual, si bien no se desconoce la fecha de notificación y por ende de ejecutoria, se tiene la solicitud de amparo es oportuna, pues se presentó el 3 de agosto de 2017, término que a juicio de la Sala resulta razonable.

No obstante, respecto del requisito de la subsidiariedad, la Sala encuentra reparos, como se pasa a explicar.

No comparte esta Sección las consideraciones de la Sección Cuarta, para superar este requisito, en el sentido de señalar que quienes no fueron debidamente vinculados al proceso, no pueden acudir el recurso de anulación, pues el numeral cuarto del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 prevé como causal de procedencia del recurso de anulación que el recurrente esté *“(...) en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad”*.



Esta causal es procedente para alegar los reparos que la parte actora pretende que le sean resueltos a través de la presente tutela, y los efectos de encontrar acreditada dicha causal, se encuentran en el artículo 43 de esa ley.

“Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”.

No obstante, es evidente que dicho mecanismo ya caducó para Fonvivienda, pues el artículo 40 de la referida ley, dispone:

*“**Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación.** Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.*

Ahora bien, como la parte actora no fue parte en el proceso arbitral, resulta desproporcionado exigirle que haya agotado este recurso, por lo que la misma norma prevé la solución frente a aquéllos casos en los cuales la parte no conoció del proceso y por ello no pudo acudir en tiempo a la anulación. Así:

*“**Artículo 45. Recurso de revisión.** Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, **son susceptibles del recurso extraordinario de revisión** por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, **quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación.** Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda”.*

De la norma citada se advierte que quien no tuvo la oportunidad de alegar la indebida representación o falta de notificación, podrá acudir al recurso de revisión para alegar esta causal, recurso que aún no ha caducado ante esta jurisdicción, pues de conformidad con



el artículo 251 del CPACA, el término para interponerlo es de 1 año⁷.

De conformidad con lo anterior, es claro que Fonvivienda contó con el recurso de anulación para cuestionar su falta de vinculación al proceso arbitral, y en el mismo sentido, aún puede acudir al de revisión, en donde podrá alegar lo que pretende que le sea amparado por esta vía, y en donde se determinará si en efecto, debió ser parte, y si conoció o no de dicho proceso.

Por lo anterior, este juez constitucional revocará la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2017 por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual **amparó** el derecho al debido proceso de **FONVIVIENDA**, y en su lugar, declarará la improcedencia de la solicitud de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

En mérito de 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: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2017 por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual **amparó** el derecho al debido proceso de **FONVIVIENDA**, y en su lugar, **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la solicitud de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

SEGUNDO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

⁷ La causal de revisión que se encuadra en la situación alegada en el caso concreto es la nulidad originada en la sentencia, de conformidad con el artículo 134 del CGP, normativa a la que hace remisión la Ley 1563 de 2012, que dispone: "Oportunidad y trámite. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella".



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

