ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL - Ampara el derecho al debido proceso / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Se vulnera al no haber vinculado a la accionante en el proceso arbitral

[L]a Sala evidencia que el laudo del 7 de julio de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle incurrió en un defecto sustantivo por no vincular al proceso a FONVIVIENDA. 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / DECRETO 1382 DE 2000 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 37 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 36 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la acción de tutela contra laudos arbitrales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 14 de marzo de 2007, exp. SU-174, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Con respecto a un caso en el que se dejó sin efectos un laudo arbitral por desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, ver: Corte Constitucional, sentencia de 20 de junio de 2012, exp. T-455, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En cuanto a las reglas de reparto previstas en el Decreto 1382 de 2000, ver: Corte Constitucional, auto de 21 de enero de 2015, exp. A-002, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (E). En relación con la competencia a prevención que otorga la Constitución a todos los jueces de la República para conocer de las acciones de tutela, ver: Corte Constitucional, auto de 18 de enero de 2017, exp. A-011, M.P. Alberto Rojas Ríos. Acerca del desconocimiento de las reglas de reparto, ver: Corte Constitucional, auto de 17 de febrero de 2004, exp. A-009, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y auto de 25 de marzo de 2009, exp. A-124, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Con respecto al defecto sustantivo, ver: Corte Constitucional, sentencia de 6 de marzo de 2002, exp. SU-159, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02086-00(AC)

Actor: FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA

Demandado: 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

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por el *Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA*, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

ANTECEDENTES

El 3 de agosto de 2017¹, el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA (en adelante FONVIVIENDA), por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra 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 considerar vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y vivienda digna

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“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,

¹ Folio 1 del expediente.

*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.*

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. En el mes de 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.

2.2. 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.

2.3. 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.

2.4. Alianza Fiduciaria S.A. escogió a la firma Integar 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 incluye una cláusula compromisoria.

2.5. Integar 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.

² Folio 8 reverso del expediente.

2.6. En cumplimiento de lo anterior, Integrar Constructores SAS y Alianza Fiduciaria S.A. celebraron contrato de transacción el 30 de junio de 2015.

2.7. 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.

2.8. 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.

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 orgánico*³ y *sustantivo*, al proferir el laudo del 7 de julio de 2017, y como consecuencia de esto, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la vivienda digna. Para sustentar éstos cargos afirmó que:

3.1. 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.

3.2. 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

³ Aunque la demanda de tutela refiere al defecto procedimental, los argumentos expuestos en ella corresponden en realidad a la configuración jurisprudencial del defecto orgánico, motivo por el cual será interpretada la solicitud de amparo en éste sentido.

artículo 10 de la Ley 1563 de 2015, sin que las partes hayan autorizado su prolongación.

3.3. Aunque la cláusula compromisorio 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.

3.4. 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.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por parte del Despacho Sustanciador, mediante providencia del 22 de agosto de 2017, se ordenó notificar a las partes, y se dispuso la vinculación de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Secretaría de Vivienda Social y Hábitat de Cali, el Fondo Especial de Vivienda de Cali, Comfenalco Valle del Cauca, Alianza Fiduciaria SA, Integrar Constructores SAS y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como terceros con interés (fl. 112).

4.2. 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 (fls. 126 a 129).

4.3. 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 (fls. 132 a 134).

4.4. **La Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** manifestó que (fls. 141 a 152):

4.4.1. 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.

4.4.2. Igualmente, 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.

4.4.3. 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.

4.4.4. 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.

4.5. **Alianza Fiduciaria S.A.** indicó que (fls. 164 a 171):

4.5.1. 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.

4.5.2. 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, dicho recurso 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.

4.5.3. Se configuró un defecto orgánico porque el tribunal sesionó por fuera de los alcances del pacto arbitral, es decir sin competencia temporal.

4.5.4. Hubo un defecto sustantivo o material al no integrar debidamente el contradictorio, inaplicando el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

4.6. El **Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle** argumentó que (fls. 177 a 185):

4.6.1. 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.

4.6.2. 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.

4.6.3. 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.

4.6.4. FONVIVIENDA conocía la existencia del proceso arbitral, según lo reconoció en la demanda de tutela, 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.

4.6.5. La entidad actora no argumentó debidamente el cargo de defecto procedimental, interpretado en el caso concreto como orgánico, puesto que se limitó a citar reiteradamente el artículo 10 de la Ley 1563 de 2015.

4.6.6. 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.

4.6.7. 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.

4.6.8. 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.

4.7. **Integrar Construcciones SAS** manifestó que (fls. 258 a 266):

4.7.1. 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.

4.7.2. Aunque FONVIVIENDA no fue vinculado al proceso arbitral, Alianza Fiduciaria S.A. actuó en cumplimiento del mandato expreso y taxativo de los fideicomitentes.

4.7.3. 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.

4.8. Los árbitros **Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio** señalaron que (fls. 344 a 363):

4.8.1. El tribunal de arbitramento no estaba llamado a garantizar el derecho a la vivienda digna por cuanto que su competencia se limitó a resolver una controversia relativa a la ejecución de un contrato de obra, de modo que su invocación no puede justificar la declaratoria de nulidad de todo lo actuado.

4.8.2. 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.

4.8.3. 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).

4.8.4. 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 necesario, cuasinecesario ni facultativo.

4.8.5. 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.

4.8.6. 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.

4.8.7. 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.

4.8.8. FONVIVIENDA carece de legitimación en la causa por activa para obtener el amparo del derecho a la vivienda digna por no ser su titular.

4.8.9. Actualmente se tramita un curso 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.

4.8.10. 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales. Providencias que dictan los tribunales de arbitramento

2.1. La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales **es excepcional**.

Por esto, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos generales⁴ y especiales⁵ que deben cumplirse de forma estricta. Si no se cumplen todos los requisitos generales y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales la acción no será procedente.

El análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso. En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales exige un mayor

⁴ Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; y v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

⁵ Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de la acción.

2.2. El artículo 116 de la Constitución Política⁶ permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, en condición de árbitros habilitados por las partes para que decidan, en derecho o en equidad, conflictos que involucren derechos transigibles.

2.3. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que las decisiones que emiten los árbitros son auténticas providencias judiciales, ya que se dictan en un procedimiento de carácter judicial reglado y por particulares que ejercen transitoriamente la función de administrar justicia. Y siendo providencias judiciales, la regla general es que la acción de tutela es improcedente, salvo que se cumplan los requisitos generales y específicos que ha fijado la Corte Constitucional para la procedencia de la tutela contra ese tipo de providencias.

En la sentencia SU-174 de 2007, la Corte expuso las reglas aplicables a la acción de tutela contra laudos arbitrales. En esta decisión se destaca lo siguiente: **i)** que el juez de tutela debe respetar la autonomía funcional de los árbitros, de allí que le está vedado pronunciarse sobre el asunto que fue sometido a arbitramento, ya que fueron las partes quienes optaron porque la controversia fuera resuelta en esos tribunales; **ii)** que la prosperidad de la tutela está determinada por la configuración de alguno de los cuatro defectos: sustantivo, orgánico, fáctico o procedimental; y **iii)** que, por la naturaleza especial del arbitramento, la verificación de los requisitos generales y específicos para la procedencia y prosperidad de la tutela contra las providencias judiciales debe ser más exigente, lo que exige que el interesado explique razonada y suficientemente los hechos en que funda el defecto en que incurrieron los árbitros.

La Corte Constitucional ha dicho, además, que para el cumplimiento del requisito de la subsidiariedad, como requisito general de procedibilidad, se requiere del agotamiento de todos los recursos previstos en la ley para atacar la decisión

⁶ ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

(...)

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

arbitral, esto es, la presentación de los recursos de anulación⁷ y el eventual recurso extraordinario de revisión⁸. Si, después de agotados esos recursos, persiste la vulneración directa de derechos fundamentales, la tutela deviene como procedente.

No obstante, esta Sala ha señalado que la tutela también procede cuando las inconformidades de las partes no encajan en ninguna de las causales previstas en el artículo 41⁹ de la Ley 1563 de 2012, pues, en esos eventos, el interesado no contaría con mecanismo judicial para cuestionar el laudo arbitral. Por ende, el juez de tutela estaría habilitado para examinar si el laudo arbitral vulneró gravemente los derechos fundamentales.

Por último, se tiene que, si bien la mayor parte de la jurisprudencia constitucional sostenía que el estudio de fondo se limitaba a la verificación de alguno de los cuatro defectos ya mencionados: sustantivo, orgánico, fáctico o procedimental, en la sentencia T-455 de 2012, la Corte Constitucional dejó sin efectos un laudo arbitral por desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, lo que supone que esa causal específica de procedencia también puede aplicar a los laudos arbitrales.

3. Aspecto previo

⁷ Procede en materia civil, comercial y contencioso administrativa.

⁸ Procede contra la decisión que resuelva el recurso de anulación.

⁹ Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle afirmó que el Consejo de Estado carece de “*competencia*” para conocer del asunto de la referencia puesto que, con base en el Decreto 1382 de 2000, al ser accionado un tribunal de arbitramento que resolvió un conflicto entre particulares, el conocimiento del asunto corresponde a la Jurisdicción Ordinaria.

Al respecto debe decirse que, 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 de trabajo¹⁰.

Se debe tener en cuenta que el artículo 86 de la Constitución Política le otorga competencia a prevención¹¹ a todos los jueces de la República para conocer acciones de tutela, y que el Decreto 1382 del 2000, cuyo artículo 2º contiene la disposición del “superior funcional”, no establece competencias sino reglas de reparto.

Habría que agregar que, según los precedentes constitucionales¹² y contenciosos¹³, el desconocimiento de las reglas de reparto previstas en el decreto 1382 de 2000 no puede ser invocado como vicio de competencia que genere nulidad y, sobre todo, que, una vez asumido el conocimiento de una tutela, los jueces de tutela no pueden invocar normas de reparto para sustraerse de su obligación de fallar el proceso¹⁴.

De esta manera, las únicas reglas de competencia en materia de tutela están contenidas en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece en su primer inciso que esta acción constitucional podrá ser ejercida ante cualquier juez de la República¹⁵; y el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, el cual establece la competencia territorial en materia de tutela y una funcional para los jueces del

¹⁰ En este sentido ver el Auto A002 de 2015 proferido por la Corte Constitucional.

¹¹ Corte Constitucional, Auto 011 del 2017.

¹² Corte Constitucional, Autos 009A de 2004 y 124 de 2009.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de julio 18 de 2002.

¹⁴ Corte Constitucional, Auto 450 del 2016.

¹⁵ “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”.

circuito, que conocerán de las tutelas presentadas contra medios de comunicación¹⁶.

Por lo anterior, el Consejo de Estado sí es competente para conocer del asunto de la referencia.

4. Análisis del caso

4.1. Corresponde a la Sala determinar si la solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de la tutela contra providencia judicial –como lo es el laudo arbitral–, en especial los relacionados con relevancia constitucional y subsidiariedad.

De ser así, se verificará si el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle incurrió en los defectos orgánico y sustancial al proferir el laudo del 7 de julio de 2017.

4.2. El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle indicó que la solicitud de amparo de tutela no tiene relevancia constitucional porque no fueron debidamente sustentados los cargos correspondientes a que **(i)** el laudo arbitral fue proferido después del vencimiento del término pactado por las partes para hacerlo (defecto orgánico) y **(ii)** la decisión acusada fue irrazonable pues fue tomada en derecho aunque las partes acordaron que debía ser en equidad (defecto sustantivo).

Frente al primer punto, la demanda de tutela indica que *“(...) a juicio de los árbitros, ellos mismos se encuentran investidos per se para prorrogar o no el término para sesionar, en un profundo desconocimiento del principio de habilitación y de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, la norma es expresa y no admite una interpretación extensiva, la potestad para prorrogar o no el término de sesión de un*

¹⁶ “Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar”.

*Tribunal de Arbitramento son las partes o sus apoderados, en consecuencia, se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental*¹⁷.

Si bien es cierto que la entidad actora no indicó expresamente cuál es el término supuestamente desconocido por el tribunal de arbitramento; también lo es que el cargo propuesto es claro en el aparte transcrito, puesto que indica que los árbitros desconocieron la voluntad de las partes en cuanto al término del proceso judicial. En consecuencia, sí fue cumplido este requisito.

En cuanto a la razonabilidad del laudo del 7 de julio de 2017, la solicitud de amparo expresó que *“[e]s evidente que la decisión tomada por los árbitros es en Derecho y no en equidad, toda vez que impuso cargas excesivas y onerosas a **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, que terminan por lesionar gravemente los intereses de los Fideicomitentes, en este caso, el **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA**”*¹⁸.

Así las cosas, también se entiende cumplido este requisito en la medida que la sustentación transcrita expone claramente que considera que el laudo no fue proferido en equidad, a pesar de haber sido así acordado por las partes, por cuanto que impuso cargas excesivas a una de ellas.

4.3. En cuanto al requisito de la subsidiariedad, en los informes rendidos por los terceros interesados se afirmó que no se cumple con él por dos motivos: **(i)** porque FONVIVIENDA pudo ejercer el recurso de anulación y, en todo caso, **(ii)** tenía conocimiento de la existencia del proceso arbitral, pese a lo cual no solicitó su intervención como coadyuvante.

4.3.1. En cuanto al primero de ellos, la Sala evidencia que, en cuanto al cargo de haberse proferido el laudo arbitral vencido el término pactado por las partes, 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: [...]

¹⁷ Folio 7 reverso del expediente.

¹⁸ Folio 7 reverso del expediente.

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

Aunque el inciso final de la norma analizada exige que la causal sexta debe ser alegada ante el tribunal de arbitramento una vez expida el término, dicho requisito resulta desproporcionado para un sujeto que no intervino en el proceso.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que un sujeto que no intervino en el proceso arbitral interponga el recurso de anulación, para lo cual tiene la carga de demostrar su interés en el conflicto¹⁹, de modo que en el caso concreto FONVIVIENDA puede acudir ante la Jurisdicción competente de acuerdo con el artículo 46 del Estatuto Arbitral²⁰, con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental en lo relacionado con este punto.

4.3.2. Cosa distinta ocurre frente al cargo de defecto sustantivo por la indebida integración del contradictorio²¹, para la cual el recurso de anulación no es

¹⁹ En este sentido ver la sentencia del 14 de mayo de 2005 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Radicado: 11001-03-26-000-2003-00050-01 (25489). Actor: Electrohidráulica SA Representaciones y otros. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ “ARTÍCULO 46. COMPETENCIA. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.

Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

²¹ Ley 1563 de 2012. 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.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.

un mecanismo idóneo ni eficaz de protección de sus derechos fundamentales, en la medida que no existe causal de anulación del laudo arbitral por este motivo.

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*”.

Como puede observarse, esta causal de anulación tiene como finalidad que quienes intervienen en el proceso arbitral cuenten con una representación legal y judicial adecuada, y que sean debidamente notificados de las decisiones adoptadas durante el trámite del proceso; pero no es procedente por la falta de indebida integración del contradictorio.

Lo anterior significa que FONVIVIENDA no puede invocar esta causal para obtener la anulación del laudo del 7 de julio de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle.

De otro lado, no le era posible a FONVIVIENDA solicitar su intervención en el proceso arbitral como coadyuvante en la medida que en el expediente no está probado que conociera la existencia del proceso arbitral, sino sólo hasta después de que fue proferido el laudo arbitral del 7 de julio de 2017, mediante la Comunicación C556296 del 12 de julio del mismo año enviado por Alianza Fiduciaria²².

En consecuencia, este cargo cumple el requisito de la subsidiariedad y, por tanto, será analizado de fondo.

4.3.3. Frente al cargo de defecto sustantivo por cuanto que el laudo arbitral del 7 de julio de 2017 fue proferido en derecho y no en equidad; se evidencia que no procede el recurso de anulación por no ser una causal prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues la causal séptima prevé sólo la hipótesis contraria así: “[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

22 Folio 11 del expediente.

Adicionalmente, se reitera que FONVIVIENDA no pudo solicitar su intervención en el proceso arbitral como coadyuvante porque sólo se enteró de la existencia del laudo arbitral controvertido con la Comunicación C556296 del 12 de julio de 2017, enviado por Alianza Fiduciaria.

Por lo anterior, la Sala considera cumplido el requisito de la subsidiariedad frente a este cargo, por lo que también procederá a su análisis de fondo.

4.4. El *defecto sustantivo* es aquel vicio relacionado con la interpretación y aplicación de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, que tiene una incidencia directa en la decisión y del que se puede predicar que de forma directa y autónoma lesiona los derechos fundamentales. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha considerado este defecto se produce cuando el juez toma una decisión con fundamento en normas inexistentes, inconstitucionales o inaplicables al caso, lo que genera una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión²³.

Igualmente, puede presentarse cuando se interpreta una disposición en forma incompatible con las circunstancias fácticas y, por tanto, la interpretación dada por el juez resulta a todas luces improcedente. En estos casos, la jurisprudencia ha sido enfática en predicar que no cualquier interpretación inadecuada puede considerarse vulneradora del derecho al debido proceso, sino que esta debe ser abiertamente arbitraria y carecer de razonabilidad.

En atención a lo anterior, si bien el juez ordinario goza de autonomía e independencia para interpretar y aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico, el ejercicio de estas potestades no puede ser caprichoso.

4.5. FONVIVIENDA afirma que el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle incurrió en este defecto al proferir el laudo del 7 de julio de 2017 al no vincularlo al proceso arbitral, pese a que tiene efectos de cosa juzgada para ella y el Municipio de Cali por tener la calidad de fideicomitentes.

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

²³ Sentencia SU-159 de 2002 proferida por la Corte Constitucional.

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 (...)”.

Con el fin de determinar si el laudo arbitral del 7 de julio de 2017 tiene efectos de cosa juzgada frente a FONVIVIENDA y el Municipio de Cali es necesario verificar las circunstancias del caso bajo examen. Así, se resalta que en el expediente está probado lo siguiente:

4.5.1. FONVIVIENDA, el Municipio de Cali y el Fondo Especial de Vivienda del Municipio de Santiago de Cali²⁴ celebraron el convenio interadministrativo 114 del 22 de diciembre de 2008 para el desarrollo del Macroproyecto de Interés Social Altos de Santa Elena²⁵.

En dicho acuerdo, FONVIVIENDA se comprometió a celebrar un contrato de fiducia mercantil con Alianza Fiduciaria SA, al cual debían concurrir como fideicomitentes las otras entidades y, consecuentemente, realizar los aportes (recursos económicos y lotes de terreno) al patrimonio autónomo para la realización de las obras correspondientes.

4.5.2. FONVIVIENDA celebró el Contrato de Fiducia Mercantil 559 para la administración inmobiliaria del Fideicomiso PA2-Macroproyecto Altos de Santa Elena el 17 de diciembre de 2008²⁶, 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.

La cláusula quinta del contrato establece que, como instrucción de FONVIVIENDA en calidad de fideicomitente, la fiduciaria no debe desarrollar el proyecto, pues esa labor le corresponde al gerente del mismo, sino limitarse a la administración fiduciaria de los bienes que integran el patrimonio autónomo.

Así mismo, indica que debe realizar el giro de los recursos a favor de quien señale la orden dispuesta por el gerente del proyecto dentro de los cinco (5) días hábiles

²⁴ Entidad descentralizada del orden municipal con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

²⁵ Folios 42 a 44 del cuaderno 2 del anexo.

²⁶ Folios 45 a 51 del cuaderno 2 del anexo.

siguientes a su recibo hasta la concurrencia de los recursos existentes en el patrimonio autónomo, es decir hasta que sean agotados los recursos del fideicomiso.

Correlativamente a esta instrucción, los fideicomitentes se obligan en la cláusula octava, a transferir al patrimonio autónomo los recursos una vez legalizado el contrato, salvo los correspondientes a las vigencias futuras de los años 2009 y 2010, que se harían en el año correspondiente.

Lo anterior quiere decir que en caso de que los recursos entregados no sean suficientes, Alianza Fiduciaria SA no puede comprometer su propio patrimonio para la realización del proyecto, de modo que serán los fideicomitentes quienes deberán realizar los aportes necesarios para hacerlo, por lo que fue pactado que los aportes serían realizados inmediatamente después de la legalización del contrato.

Así expresamente lo establece el numeral séptimo de la cláusula octava al establecer como obligación a cargo de FONVIVIENDA “[t]ransferir al patrimonio autónomo los recursos necesarios para la ejecución del macroproyecto, en los términos del CONPES 3475 de 2007 y en la cuantía señalada en la cláusula 12 del presente contrato”²⁷.

4.5.3. En cumplimiento del contrato anterior, Alianza Fiduciaria SA celebró el Contrato de Obra 11-2012 con la sociedad Integrar Constructores SA para la ejecución del Macroproyecto Altos de Santa Elena el 20 de septiembre de 2012 por un valor de \$11.713.277.958²⁸.

En la cláusula sexta del contrato fue pactado que la contratista (Alianza Fiduciaria SA) pagará un anticipo reembolsable del 15% del valor fiscal del contrato. Mientras que el pago del saldo se realizaría contra acta de entrega, permitiendo la realización de pagos parciales por la entrega de cada dos torres.

4.5.4. Las partes del contrato de obra celebraron el Otrosí 02 del 26 de agosto de 2013 en el que pactaron un incremento del valor del contrato a

²⁷ Folio 48 reverso del cuaderno 2 del anexo.

²⁸ Folios 52 a 66 del cuaderno 2 del anexo.

\$12.620.323.408 por concepto de mayores cantidades y obras adicionales, para lo cual se acordó el pago inmediato de ese valor adicional (\$907.045.450) y conservar la forma de pago del contrato inicialmente pactado.

4.5.5. Posteriormente fue suscrito el Otrosí 04 del 28 de julio de 2014, mediante el cual fue modificada la forma de pago del contrato del valor total de la obra (\$12.620.323.408). Así, se pactaron tres pagos: el primero de un 20% cuando fueran realizadas las obras de cimentación, el segundo por el 40% una vez fueran realizadas las estructuras de los edificios, y el último pago del 40% cuando fuera realizada la entrega de los edificios.

4.5.6. Debido a que la contratista solicitó en varias oportunidades la revisión de los costos del contrato debido a los sobrecostos, el Comité Fiduciario 46 del 22 de mayo de 2015 instruyó a Alianza Fiduciaria para celebrar contrato de transacción con el fin de realizar el proyecto de vivienda en su totalidad.

4.5.7. Por lo anterior Alianza Fiduciaria SA como vocera del patrimonio autónomo e Integrar Construcciones SA celebraron el Acta de Transacción del 30 de junio de 2015²⁹.

En su cláusula segunda, la fiduciaria reconoció a favor de la contratista \$2.880.992.044 por concepto de reajuste de costos y costos indirectos, de conformidad con los recursos que sean entregados al patrimonio autónomo por los fideicomitentes, lo cual incrementó nuevamente el valor total del contrato a \$15.501.315.452.

En consecuencia, la cláusula tercera señaló que el pago al contratista se realizaría de forma inmediata una vez fueran entregados los recursos por los fideicomitentes con esa destinación exclusiva así: (i) el Municipio de Cali debería transferir al patrimonio autónomo \$1.130.992.044 dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firma del contrato de transacción, y (ii) FONVIVIENDA entregaría la suma de \$1.700.000.000 en el término previsto en el Decreto 1920 de 2011.

Lo anterior significa que el cumplimiento del contrato de transacción y de los pagos a la sociedad constructora dependía necesariamente de los aportes

²⁹ Folios 427 a 437 del cuaderno 1 del anexo.

realizados por los fideicomitentes pues, se reitera, ellas son las responsables de entregar los recursos necesarios conforme al contrato de fiducia mercantil.

Tanto es así, que el inciso final de la cláusula tercera resalta que “[e]stá claro para las partes que la obligación de la Fiduciaria en cuanto a la transferencia de los recursos se supedita al ingreso de los mismos por parte de la Administración Municipal de Santiago de Cali y el Fondo Nacional de Vivienda conforme a lo pactado en la presente cláusula”³⁰.

4.5.8. Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, el laudo del 7 de julio de 2017 señaló que “(...) se entiende que los recursos deben primero ser transferidos al fideicomiso, y segundo al momento de ingresar su destinación es exclusiva e inmediata. En otras palabras, aun si el fideicomiso contara con recursos diferentes a los que trata la Cláusula Tercera, estos no podrán ser utilizados para pagarle al contratista, ya que dicha cláusula especifica que son recursos frescos que específicamente deben ingresar con **destinación exclusiva e inmediata para el pago al contratista**”³¹.

Posteriormente afirmó que la obligación de la fiduciaria es de medio y no de resultado pues sólo actúa en calidad de vocera. En consecuencia, los fideicomitentes (Municipio de Cali y FONVIVIENDA) no pueden incumplir su obligación de realizar aportar los recursos oportunamente³².

Finalmente concluyó que “(...) efectivamente se presentó un incumplimiento reiterado en el pago oportuno de los valores pactados en el acuerdo de transacción, lo cual unido a la exagerada extensión de los tiempos otorgados por el Contratante en las sucesivas prórrogas establecidas en los mencionados Otrosíes, condujeron a una situación de inviabilidad económica del Contratista para culminar la obra, razón por la cual, así lo declarará el Tribunal en su Fallo definitivo”³³.

4.5.9. Con lo expuesto, la Sala evidencia que el laudo del 7 de julio de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle incurrió en un defecto sustantivo por no vincular al proceso a FONVIVIENDA.

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

³⁰ Folio 429 reverso del cuaderno 1 del anexo.

³¹ Folio 70 del cuaderno “laudo” del anexo.

³² Folio 71 ibídem.

³³ Folio 72 ibídem.

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.

4.5.10. Teniendo en cuenta que las anteriores consideraciones son suficientes para conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso invocado en la acción de tutela de la referencia, y dejar sin efectos el laudo arbitral controvertido, la Sala se relevará de examinar el cargo referente a si la decisión fue tomada en equidad o en derecho.

4.6. Conclusión

Como consecuencia de lo anterior, se concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso invocado por Fonvivienda y, en consecuencia, se dejará sin efectos el Laudo Arbitral del 7 de julio de 2017, proferido por los árbitros *Miguel Charry Rodríguez, Reynel González Flórez y Carlos Alberto Sardi Aparicio*, y se les ordenará que en un término de diez (10) días, siguientes a la notificación de la presente providencia, vinculen al proceso arbitral a FONVIVIENDA y al Municipio de Cali, en la forma prevista en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, garanticen su derecho de defensa y contradicción, y profieran una nueva decisión que resuelva la controversia planteada a dicho tribunal de arbitramento.

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

FALLA

- 1. CONCEDER** el amparo de tutela del derecho al debido proceso solicitado por el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 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.
- 4. NOTIFICAR** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
- De no ser impugnada la presente providencia, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

Consejero

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Consejero