



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

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-00514-01
Demandante: DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO – DISPROYECTOS SAS
Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Temas: Tutela en proceso arbitral en trámite. Subsidiariedad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 9 de abril de 2021, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que resolvió lo siguiente:

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado respecto del cargo formulado en contra del Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR improcedente la acción de tutela frente a los defectos fáctico, orgánico, sustantivo y por desconocimiento del precedente constitucional endilgados al Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Ever Leonel Ariza Marín, Antonio Eduardo Gómez Merlano y Manuel Enrique Cifuentes Muñoz, según se indicó *ut supra*.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. El 4 de febrero de 2021, en ejercicio de la acción de tutela y por conducto de apoderado judicial, la sociedad Diseños y Proyectos del Futuro – Disproyectos SAS (en adelante, Disproyectos) pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, que estimó vulnerados por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá y el Fondo Nacional del Ahorro. En consecuencia, propuso las siguientes pretensiones:

Con fundamento en lo anterior, me permito solicitar de los honorables Magistrados, se sirvan declarar y ordenar, que las entidades accionadas, con su proceder, han conculcado los derechos constitucionales fundamentales, primeramente, enunciados de la sociedad tutelante.

Declarar que la entidad tutelada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con su proceder, hizo incurrir en error a las autoridades jurisdiccionales -Tribunal de Arbitramento.

Que, para precaver la continuación del perjuicio que se ocasiona a la tutelante, al pronunciarse de fondo sobre unos contratos que implica determinar sobre la legalidad de la actuación estatal, se ordene al Tribunal de Arbitramento, tomar las determinaciones correspondientes, pues se le HIZO INCURRIR EN ERROR, tendientes a retrotraer todo lo actuado, a partir inclusive del auto admisorio de la demanda y corolario de ello, se remitan al Juez competente, que no es otro que el de la justicia Contenciosa Administrativa y/o a la Civil Ordinaria.



2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. El 20 de noviembre de 2017, Disproyectos y el Fondo Nacional del Ahorro suscribieron un contrato de compra de cartera y pactaron cláusula compromisoria.

2.2. El Fondo Nacional del Ahorro, en ejercicio de la cláusula compromisoria, demandó la nulidad absoluta del contrato de compra de cartera, por objeto y causa ilícitas.

2.3. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá citó a las partes para el 19 de febrero de 2020, con el fin de celebrar audiencia de designación de árbitros.

2.4. Disproyectos no asistió a la audiencia del 19 de febrero de 2020. Por consiguiente, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá señaló que las partes tenían hasta el 20 de marzo de 2020 para designar árbitros.

2.5. El 21 de abril de 2020, el Fondo Nacional del Ahorro informó que no logró acuerdo con Disproyectos sobre la designación de árbitros. En consecuencia, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá realizó el sorteo correspondiente y designó como árbitros a Ever Leonel Ariza Marín, Antonio Eduardo Gómez Merlano y Manuel Enrique Cifuentes Muñoz.

2.6. El 13 de julio de 2020, Disproyectos fue notificada de la admisión de la demanda arbitral.

2.7. El 11 de agosto de 2020, Disproyectos interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio, pues, a su juicio, el tribunal arbitral no fue debidamente convocado y conformado.

2.8. El 14 de agosto de 2020, Disproyectos contestó la demanda y llamó en garantía a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria.

2.9. Mediante auto del 4 de septiembre de 2020, el Tribunal de Arbitramento rechazó el recurso de reposición, por extemporáneo, y explicó lo siguiente: (i) que no es procedente anular lo actuado, puesto que la solicitud formulada por la parte actora no cumplió los requisitos del artículo 135 del Código General del Proceso; (ii) que el tribunal fue debidamente convocado, pues con la demanda fue aportada la copia del contrato contentivo de la cláusula compromisoria; (iii) Que, de conformidad con el artículo 13 del Código General del Proceso, las estipulaciones que las partes establezcan como requisito previo para acudir a las autoridades judiciales no son obligatorias, y (iv) que la designación de los árbitros se surtió conforme se acordó en la cláusula arbitral.

2.10. La parte actora solicitó la aclaración y adición de la providencia del 4 de septiembre de 2020.

2.11. Por auto del 29 de septiembre de 2020, el Tribunal demandado denegó las solicitudes de aclaración y adición, por no advertir frases o conceptos que ofrecieran verdaderos motivos de duda ni encontrar aspectos que no hubieran sido resueltos.

2.12. Disproyectos interpuso recursos de reposición y apelación contra el auto del 29 de septiembre de 2020, pues, en su criterio, el tribunal demandado omitió pronunciarse sobre la legalidad de lo actuado en el trámite arbitral.

2.13. Por auto del 19 de octubre de 2020, el tribunal demandado confirmó el auto recurrido y rechazó el recurso de apelación, por improcedente. En síntesis, explicó que no hubo irregularidades en la convocatoria y conformación del tribunal arbitral y que el recurso de apelación no resultaba procedente en los procesos arbitrales.

3. Argumentos de la demanda de tutela

3.1. La parte actora alegó que el Fondo Nacional del Ahorro vulneró los derechos fundamentales invocados, toda vez que, sin ser procedente, convocó al tribunal de arbitramento.

3.2. Adujo que el tribunal de arbitramento incurrió en **defecto sustantivo**, *«por cuanto el Tribunal de Arbitramento, ha utilizado el poder conferido en la ley, para un fin no previsto en la misma, cual es el pretender conocer de una figura que le está vedada, esto es resolver sobre la legalidad de la actuación estatal vertida en el contrato objeto del trámite arbitral, lo que, como lo vimos con antelación no es de su competencia»*. Que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la única competente para pronunciarse sobre la posible nulidad del contrato de compra de cartera. Que *«cuando se pretende la nulidad de un contrato viciado por OBJETO Y CAUSA ILÍCITOS, atiene a la ilegalidad del mismo y, por lo tanto, la competencia corresponde a la jurisdicción, en este caso administrativa, al ser un contrato estatal»*.

3.2.1. Que hubo **defecto orgánico**, *«en atención a que pretende ejercer una atribución de la que no es titular al resolver sobre la nulidad del contrato estatal que se dice está viciado por objeto y causa ilícitos, nacidos en la misma convocante»*.

3.2.2. Que también hubo **defecto fáctico**, *«pues el tribunal accionado, aplica el derecho cuando argumenta rechazar una nulidad, cuando lo solicitado nada tiene que ver con ello, pues el supuesto legal planteado, es diferente con lo resuelto»*.

3.2.3. Que el tribunal de arbitramento desconoció las reglas fijadas en la sentencia C-1436 de 2000, dictada por la Corte Constitucional, que determinó que los jueces administrativos son los únicos competentes para proferir decisiones relacionadas con la legalidad de actos emitidos por la administración.

4. Intervenciones

4.1 Los árbitros que constituyeron el **Tribunal de Arbitramento** alegaron que la tutela es improcedente, puesto que las discusiones planteadas sobre la competencia deben decidirse en el propio trámite arbitral. Que no han sido definidos los puntos atinentes a la competencia del tribunal arbitral, toda vez que, según el estatuto arbitral, se trata de un tema a definirse en la primera audiencia de trámite, que aún no se ha surtido. Agregaron que, contra lo señalado por la parte actora, la discusión es sobre un contrato estatal y no sobre un acto administrativo.

4.2. La **Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa** pidió que fuera denegada la tutela, puesto que la controversia sometida al conocimiento del tribunal arbitral no versa sobre la legalidad de un acto administrativo, sino de un asunto contractual. Que, justamente, los tribunales de arbitramento son convocados para

resolver discusiones de carácter contractual. Que, además, la parte actora no recurrió oportunamente el auto admisorio.

4.3. **Fiduagraria S.A.** expresó que carece de legitimación en la causa por pasiva, habida cuenta de que es ajena a las conductas alegadas como vulneradoras o trasgresoras de los derechos fundamentales. Que se ha limitado a pedirle al tribunal arbitral que aclare la calidad bajo la cual fue convocada y a oponerse a las pretensiones de la demanda.

4.4. El **Fondo Nacional del Ahorro** y la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** no intervinieron, pese a que fueron notificados de la admisión de la demanda de tutela, mediante correo electrónico del 16 de febrero de 2021¹.

5. Sentencia impugnada

5.1. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia del 9 de abril de 2021, denegó la tutela con respecto al Fondo Nacional del Ahorro y la declaró improcedente en cuanto a los defectos sustantivo, orgánico y procedimental.

5.1.1. Que no resulta posible verificar si el Fondo Nacional del Ahorro incurrió en vulneración de derechos fundamentales, puesto que, en este punto, la sustentación de la demanda de tutela no fue adecuada. Que, *«sin mayor esfuerzo, se torna evidente que Disproyectos S.A.S. no individualizó adecuadamente la conducta concreta desplegada por el Fondo Nacional del Ahorro, no expuso en qué forma dicha acción incidió en los defectos alegados y, mucho menos indicó cómo las actuaciones del referido Fondo tienen la potestad de alterar, modificar o incidir en las decisiones del ente arbitral»*.

5.1.2. Que *«el defecto fáctico alegado no satisface el requisito de relevancia constitucional, pues, a pesar de que, según su sustento, pareciera referirse a un defecto procedimental, en todo caso se trata de un cargo dirigido a revivir el análisis jurídico efectuado por el Tribunal Arbitral accionado, con el fin de que se acceda a lo deprecado por Disproyectos S.A.S., en el sentido de dejar sin efectos las actuaciones acaecidas dentro de la causa que en esa especial jurisdicción se ventila»*.

5.1.3. Que, con respecto a los defectos sustantivo y orgánico y al desconocimiento del precedente, no está cumplido el requisito de subsidiariedad, puesto que no ha sido agotada la audiencia prevista en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. Que, en esa audiencia, el tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia. Que *«a la fecha no se ha realizado la diligencia cuyo propósito se ciñe, precisamente, a resolver las discusiones que se susciten con ocasión de la competencia del Tribunal de Arbitramento; análisis que corresponde, en primera medida a los árbitros, pero puede ser tachado por las partes, a través del recurso de reposición»*.

5.1.4. Que la tutela no procede como mecanismo transitorio, pues la parte actora no demostró la existencia de perjuicio irremediable.

6. Impugnación

6.1. La parte actora impugnó la providencia del 9 de abril de 2021, por lo siguiente:

¹ Ver índice 6 de Samai.

6.1.1. Que la tutela sí cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que el tribunal de arbitramento ya decidió sobre su competencia para conocer la demanda propuesta por el Fondo Nacional del Ahorro. Que, en efecto, en providencia del 4 de septiembre de 2020, el tribunal demandado «*ya mencionó que en la actuación que es conocida por ellos, no existía “defecto alguno por subsanar”, argumentando su decisión en lo dispuesto en el artículo 13 del Código General del Proceso, señalando que “las estipulaciones de las partes que establezcan requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia, no son de obligatorio cumplimiento”, tratando de dejar así resuelto de manera definitiva lo relacionado con la competencia para conocer de la controversia que se presenta entre la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA*».

6.1.2. Que «*resulta de claridad palmaria que ni por lumbre existe la posibilidad que el honorable Tribunal Arbitral vaya a estudiar nuevamente lo referente a la competencia que le asiste para conocer de la controversia, y mucho menos que lo vaya a realizar en el laudo arbitral*».

6.1.3. Que lo cierto es que la parte actora resulta sometida a un trámite arbitral altamente costoso y abiertamente improcedente.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

1.1. A partir del año 2012², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014³, se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad.

1.2. Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela.

1.3. Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución.

1.4. Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

² Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

³ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

1.5. Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «*la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional*»⁴.

2. Planteamiento y respuesta al problema jurídico

2.1. En los términos de la impugnación, en primer lugar, la Sala debe decidir si el *a quo* acertó al declarar improcedente la acción de tutela propuesta contra el tribunal de arbitramento, por no estar cumplido el requisito de subsidiariedad. De encontrarse cumplido ese requisito, será planteado y decidido el problema jurídico de fondo, en los términos propuestos en la demanda de tutela.

2.2. La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

2.2.1. No en vano los artículos 86 de la Constitución Política y el 6 [numeral 1] del Decreto 2591 de 1991 prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que la acción de tutela sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó⁵:

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales [...].

2.2.2. Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, probar que se agotaron los recursos que tenía a su disposición, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente. El requisito de subsidiariedad no solo involucra la interposición de los recursos que proceden, sino también que en éstos se cuestionen las decisiones que, en concreto, se atacan en la acción de tutela.

2.2.3. Ahora, en sentencia T-113 de 2013, la Corte Constitucional señaló que «*si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo, pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que*

⁴ SU-573 de 2017.

⁵ Sentencia C-543 de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

comprometa la vulneración de derechos fundamentales». Asimismo, en sentencia T-126 de 2019, la Corte indicó que «no es dable la intromisión de la jurisdicción constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo».

2.3. La Sala anticipa que confirmará la providencia impugnada, porque es cierto que la tutela no cumple el requisito de subsidiariedad. Veamos.

2.3.1. Como se vio en los antecedentes, los defectos fáctico, sustantivo y orgánico, así como el presunto desconocimiento del precedente se sustentan en una misma inconformidad, esto es, en la supuesta falta de competencia del tribunal de arbitramento para decidir sobre la nulidad del contrato de venta de cartera suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y Disproyectos. Es decir, si bien la parte actora identifica varios defectos, lo cierto es que todos se concretan a la supuesta falta de competencia del tribunal de arbitramento.

2.3.2. Ahora, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, *«una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente» (Subraya la Sala).*

2.3.3. La primera audiencia de trámite es la actuación idónea para que la parte actora proponga los alegatos sobre la presunta falta de competencia del tribunal arbitral. Se trata de una oportunidad idónea y eficaz, por cuanto es el momento procesal para definir si el tribunal demandado tiene o no competencia para decidir de fondo sobre la nulidad del contrato de venta de cartera suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y la sociedad Disproyectos. De hecho, de conformidad con el aparte normativo transcrito, si la decisión resulta desfavorable a los intereses de la parte actora, puede formularse un recurso de reposición.

2.3.4. La Sala no encuentra que la tutela proceda como mecanismo transitorio, toda vez que no se evidencia un perjuicio irremediable. La parte actora no da cuenta de una situación urgente o grave, sino que se limita a insistir en que el tribunal de arbitramento carece de competencia para decidir sobre la nulidad del aludido contrato. Debe decirse que ni siquiera el tema económico sería relevante para determinar la existencia de perjuicio irremediable, puesto que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, si en la primera audiencia llegasen a prosperar los alegatos de falta de competencia del tribunal arbitral, *«se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos».*

2.3.5. Si bien la parte actora adujo que el tribunal de arbitramento ya decidió sobre su competencia para conocer la demanda propuesta por el Fondo Nacional del Ahorro, mediante providencia del 4 de septiembre de 2020, que desestimó la nulidad o ilegalidad propuesta en el trámite arbitral, lo cierto es que el tema de la competencia



aún no se ha decidido en el trámite arbitral, pues, como se vio, se trata de un asunto que debe estudiarse en la audiencia de que trata el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

2.3.6. De hecho, en providencia del 4 de septiembre de 2020, el tribunal de arbitramento demandado señaló que no iba a estudiar de fondo la supuesta nulidad o ilegalidad derivada de la presunta falta de competencia. Textualmente, dicho tribunal dijo que «*en lo que se refiere a la petición de “declaración de ILEGALIDAD” de la actuación, el Tribunal no observa que la solicitud reúna los requisitos previstos en el artículo 135 del Código General del Proceso para adelantar su trámite [...]»*. Es decir, contra lo alegado por la parte actora, no es cierto que el tema de la competencia se encuentre definido en la providencia del 4 de septiembre de 2020.

2.4. Siendo así, la Sala concluye que el *a quo* sí acertó al declarar improcedente la tutela propuesta contra el tribunal de arbitramento. Por consiguiente, será confirmada la sentencia impugnada.

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

FALLA

1. **Confirmar** la providencia impugnada, por las razones expuestas.
2. **Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. **Publicar** la presente providencia en la página web del Consejo de Estado.
4. **Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

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

[Firmado electrónicamente]
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

[Firmado electrónicamente]
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Magistrada

[Firmado electrónicamente]
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada

[Firmado electrónicamente]
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado