



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO – Se surtió el procedimiento establecido / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Configurada / DEFECTO FÁCTICO - No se sustentó / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[P]ara la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto procedimental absoluto, toda vez no se configuró una actuación procesal arbitraria con desconocimiento de las normas jurídicas procesales aplicables al caso concreto, en donde como quedó plenamente acreditado, la autoridad judicial accionada no se apartó del procedimiento establecido en la ley, al sostener de manera correcta y razonable que se había configurado el fenómeno de la caducidad. (...) [P]ara la configuración del defecto fáctico dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, el actor debe cumplir con una carga argumentativa mínima identificando i) cuales medios probatorios fueron omitidos en su valoración por parte del juez colegiado; ii) que además dichos medios probatorios eran relevantes para cambiar el sentido de la decisión; y iii) demostrar que la omisión en la valoración de las pruebas fue una actuación grosera, arbitraria e irrazonable que trajo como consecuencia la afectación de derechos fundamentales, lo cual, se repite no aconteció en el presente caso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00930-00

Actor: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - FONDO DE GARANTÍAS DE ENTIDADES COOPERATIVAS (FOGACOO)

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C

Acción de Tutela

Temas: Defecto procedimental/alcance - Defecto fáctico/alcance

Derechos Fundamentales Invocados: i) Debido proceso y ii) acceso a la administración de justicia.

Derechos Fundamentales Amparados: Ninguno.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP) contra la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado porque, a su juicio, al proferir el auto de 1 de octubre de 2018 dentro del medio de control de controversias contractuales identificado con el número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 00, vulneró sus derechos fundamentales invocados *supra*.

La presente providencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. La parte actora, obrando mediante apoderado especial, presentó solicitud de tutela contra la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado porque, a su juicio, al proferir el auto de 1 de octubre de 2018 dentro del medio de control de controversias contractuales identificado con el número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 00, vulneró sus derechos fundamentales invocados *supra*.

Presupuestos fácticos

2. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la solicitud de tutela son los siguientes:

3. Indicó que el 9 de noviembre de 2012 se celebró entre FOGACOOP y ENÉSIMA S.A.S el contrato núm. COS-03-12, cuyo objeto obligaba a ENÉSIMA S.A.S a



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

diseñar, desarrollar e implementar una “*solución tecnológica integral*”, además del suministro de su licenciamiento, con el fin de soportar la cadena de valor de los macro procesos misionales de la parte actora, tales como la divulgación del seguro de depósito, la administración de la reserva; que permitiera satisfacer las necesidades de funcionalidad respecto a medición, seguimiento y gestión de riesgos financieros, específicamente, para riesgos de liquidez, trabajo colaborativo y flujos de información estructurada y no estructurada, soportada en un portal e integrada a la gestión de procesos y a la generación y control de flujos de documentos, que sirviera de apoyo a la misión y los objetivos de negocio del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas (en adelante “Proyecto CONECTA”).

4. Manifestó que el valor del contrato fue de \$1.903.560.000, suma de dinero, que se pagaría por cuotas, dependiendo de las entregas.

5. Expresó que para la ejecución de las obligaciones y la salida del funcionamiento del “*Proyecto CONECTA*”, se estableció un plazo inicial de 11 meses, el cual se le dio inicio formalmente el 14 de noviembre de 2012.

6. Señaló que durante los primeros meses de ejecución, no hubo inconformidad con relación al contrato, sin embargo, cuando habían transcurrido 8 de los 11 meses de ejecución contractual, ENÉSIMA S.A.S. solo había ejecutado el 43,5% de sus obligaciones contractuales, y como consecuencia de ello, la contratista no alcanzaría a entregar el proyecto en el tiempo de ejecución estipulado.

7. Corolario de lo anterior, agregó que dado que el porcentaje de avance resultaba deficiente respecto al tiempo de ejecución transcurrido, a tal punto que se hacía evidente que la Contratista no alcanzaría a entregar el proyecto tecnológico en la fecha máxima pactada, las partes decidieron celebrar el 10 de octubre de 2013, antes de vencerse el plazo inicial, un otrosí por medio del cual prorrogaron el término de ejecución hasta el 30 de abril de 2014, tomando como base el nuevo cronograma que para el efecto presentó la contratista; conforme a lo anterior, indicó que la



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

entidad encargada no mostró avances significativos, por cuanto la ejecución y funcionamiento de la solución tecnológica de los productos entregados a la actora presentaban múltiples defectos, y ENÉSIMA S.A.S. se mostró renuente a ser diligente en su reparación.

8. Adujo que cumplida la prórroga como fecha límite, ENÉSIMA S.A.S. no entregó el producto final, dejando como consecuencia perjuicios patrimoniales, por ende, la actora acudió al Tribunal Arbitral con el fin de reclamar el incumplimiento contractual a ENÉSIMA S.A.S, tal y como lo permitía la cláusula 16 del contrato suscrito núm. COS. 03-12.

9. Expresó que presentó demanda arbitral en contra de ENÉSIMA S.A.S. con el fin de que se declarara el incumplimiento contractual, y por consiguiente indemnizara los perjuicios causados a FOGACOOOP, no obstante, la entidad demandada supra se mostró renuente en diversas ocasiones a la designación de los árbitros del Tribunal, solicitando la reprogramación de la audiencia.

10. Adujo que ante la reiterada omisión del contratista de asistir a la audiencia de selección de árbitros, optó por acudir al sorteo judicial de los mismos, así las cosas, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, entregó las copias de su lista de árbitros para que FOGACOOOP presentara la respectiva solicitud de designación de árbitros, lo cual aconteció el 4 de mayo de 2016 y fue asignada por reparto al Juez 7 Civil del Circuito de Bogotá, quien por medio del auto de 18 de mayo de 2016, la admitió.

11. Señaló que surtidos los respectivos tramites de ley, el 26 de mayo de 2016, fueron nombrados tres árbitros principales y tres suplentes, llevándose a cabo ,la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, el 30 de agosto de 2016, lo que implica que *“[...] entre la radicación de la demanda (26 de octubre de 2015) y la instalación de los árbitros (30 de agosto de 2016) transcurrieron DIEZ MESES Y CUATRO DÍAS, todo ello por el obrar dilatorio de ENÉSIMA y a pesar del trabajo diligente de*



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

FOGACOOOP que asistió a todas las diligencias, presentó oportunamente la demanda de designación (sic) árbitros y estuvo pendiente del proceso de integración del tribunal. Este extenso término, que se insiste no fue del resorte de FOGACOOOP, posteriormente repercutiría en la afectación de los derechos fundamentales que cometería el Consejo de Estado. Entre el 30 de agosto de 2016 y el 12 de junio de 2017 (NUEVE MESES Y 11 días) se surtió toda la etapa de integración del contradictorio y la audiencia de conciliación [...]”.

12. Indicó que el Tribunal Arbitral fijó sus honorarios y gastos, el 12 de junio de 2017, por un valor de \$586.882.501,29, que además, debía pagarse por partes iguales entre FOOGACOOOP, ENÉSIMA S.A.S y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

13. Alegó que pese de haber abonado la suma correspondiente para el inicio del trámite arbitral dentro de los términos de ley, ENÉSIMA S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A, no efectuaron el respectivo pago, por tal motivo, el Tribunal Arbitral declaró vencidos los términos para realizar el pago de los honorarios, el 17 de julio de 2017 y como consecuencia de lo anterior, declaró extintos los efectos del pacto arbitral.

14. Manifestó que entre la radicación de la demanda, que aconteció el 26 de octubre de 2015, y la terminación del proceso arbitral, el 17 de julio de 2017, transcurrieron más de 21 meses, tiempo en el cual, FOGACOOOP, obró diligentemente, asumiendo todas las cargas procesales que le correspondían, situación que no ocurrió con ENÉSIMA S.A.S.

15. La actora presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra ENÉSIMA S.A.S, con el fin de que se declarara el incumplimiento del contrato núm. COS-03-12, suscrito el 9 de noviembre de 2012.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

16. Afirmó que por reparto, le correspondió asumir el conocimiento del asunto, a la Sección Tercera Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Auto proferido el 24 de enero de 2018 por la Sección Tercera – Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del medio de control de controversias contractuales con número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 00

17. El Tribunal, mediante auto de 24 de enero de 2018, en la parte resolutive de la providencia dispuso:

“[...]

PRIMERO: RECHAZAR la demanda incoada por **FONDO DE GARANTÍAS DE ENTIDADES COOPERATIVAS - FOGACOOOP** en contra de **ENESIMA S.A.S.**, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Devuélvase al interesado el original y sus anexos, sin necesidad de desglose y, una vez ejecutoriado este proveído y hechas las anotaciones de ley **ARCHIVESE** la restante actuación.

[...]”.

18. Expresó que:

“[...] Conforme lo han señalado las Altas Corporaciones Contenciosa Administrativa y constitucional, la caducidad de la acción debe ser entendida como una figura jurídica que impide formular ante la jurisdicción determinadas pretensiones una vez vencido el término que el legislador ha establecido para cada una de ellas. La razón de ser de tal figura se encuentra en la seguridad jurídica y la paz social. “Las normas de caducidad se fundan en el interés de que los litigios no persistan en el tiempo, en desmedro de la convivencia pacífica y que las entidades públicas puedan definir las gestiones y las políticas estatales en la materia, sin aguardar indefinidamente la solución de controversias que podrían impedir su adopción y ejecución”.

Su consagración en el ordenamiento jurídico está orientada a ofrecer certeza jurídica a quienes tienen interés en acudir a la justicia para obtener la protección



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

de sus derechos y también a la colectividad a la cual debe garantizársele la seguridad jurídica, de tal modo que cuando se desconoce el término de caducidad se vulnera el derecho al debido proceso [...].

[...]

“[...] El medio de control de controversias contractuales ha sido considerado como “pluripretensional”, pues la configuración normativa del artículo 141 del CPACA, permite que se pretendan varias declaraciones judiciales, esto debido a los diversos supuestos fácticos y jurídicos que se presentan en una relación contractual, entre ellos se encuentran el declarar la existencia, nulidad o que se ordene la revisión de un contrario estatal, que se declare su incumplimiento, así como que se anulen los actos administrativos de carácter contractual o se proceda a la liquidación judicial del contrato, entre otras declaraciones y condenas.

Teniendo claro lo anterior, la norma jurídica ha señalado cómo se debe contar la caducidad dependiendo de las pretensiones contractuales, así el artículo 164 literal j, fue preciso en disponer que cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato, los dos años se deben contar desde el día de su perfeccionamiento o mientras este se “encuentre vigente y cuando solo se pretenda la nulidad relativa se cuenta este mismo término desde el día siguiente a su perfeccionamiento; así mismo, cuando se pretenda la declaratoria de alguna condena relacionada con una controversia contractual, los dos años de caducidad se empezarán a contar dependiendo si el contrato requiere o no de liquidación. [...]”.

19. Adujo que, en los términos del artículo 3 de la Ley 1563 de 12 de julio de 2012¹, el pacto arbitral es un negocio jurídico por medio del cual, las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o pueda surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. En el mismo sentido, apoyándose en jurisprudencia del Consejo de Estado estableció la definición de la cláusula compromisoria como *“[...] un pacto contenido en un contrato, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión a este, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento [...]”.*

20. Indicó que, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de la Ley 1563, únicamente habrá lugar a la caducidad, cuando el proceso arbitral se haya adelantado por haberse pactado expresamente la cláusula compromisoria, y se

¹ “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.”.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

entenderá interrumpido desde la fecha de la presentación de la demanda arbitral, hasta el momento en el que el Tribunal declare extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria para dicha controversia jurídica. El Tribunal, al resolver el caso concreto, manifestó que:

“[...] En el presente asunto, se tiene que FOGACOOOP presentó demanda de controversias contractuales contra ENESIMA S.A.S. con el fin de que se declare que esta última incumplió el contrato COS-03-12 suscrito el 9 de noviembre de 2012, cuyo plazo de ejecución inicial era de 11 meses. No obstante lo anterior, dicho contrato tuvo 2 modificaciones realizadas al contrato, el mismo tuvo un plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 2014.

En el mismo contrato se pactó que la liquidación bilateral debía realizarse dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del contrato, y la unilateral en los 2 meses siguientes. No se pactó cláusula compromisoria, lo único que se estableció respecto a la solución de controversias fue que las partes podían (no debían) acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento para solucionar los conflictos que surgieran en la ejecución del contrato, así:

16. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *con el fin de solucionar los conflictos que se susciten por causa o con ocasión del contrato, las partes podrán acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento.*

Aunque no se pactó cláusula compromisoria, FOGACOOOP presentó el 26 de octubre de 2015 demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio. Sin embargo, el 17 de julio de 2017 se declararon vencidos los términos para realizar el pago de los honorarios de los tres (3) árbitros y la Secretaria, de los gastos de administración del tribunal y de los otros gastos del proceso arbitral. [...]”

21. Finalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo que teniendo en cuenta que no se pactó cláusula compromisoria y que el proceso de arbitramento no se adelantó, porque la parte convocante no consignó los gastos del proceso, no es posible tener como término de causal de interrupción la presentación de la demanda, habida cuenta que no existe norma de orden público que establezca tal excepción al conteo del plazo para presentar demanda de controversias contractuales. En ese orden de ideas, señaló que:

“[...] De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que se encuentra ante el fenómeno jurídico de la caducidad, dado que el contrato objeto de litigio terminó su plazo de ejecución el 30 de abril de 2014 y la presente demanda fue radicada el 17



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

de agosto de 2017, transcurriendo así más de los cuatro (4) meses que la norma contempla para realizar la liquidación bilateral del contrato, los dos (2) meses para adelantar la liquidación unilateral y los dos (2) años a los que se refiere el literal j del numeral 2° del artículo 164 del CPACA [...].

Auto proferido el 1 de octubre de 2018 por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, dentro de medio de control de controversias contractuales identificado con número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 01

22. La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto de 1 de octubre de 2018, en la parte resolutive de la providencia dispuso:

“[...] PRIMERO. CONFIRMASE la providencia apelada, esto es, el auto proferido el veinticuatro de enero de dos mil dieciocho (2018) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección C [...]”.

23. Expresó que:

“[...] La Cláusula compromisoria objeto de debate fue pactada de la siguiente manera en el punto n° 16 del denominado clausurado general del COS-03-12 que, valga decir, fue reproducida en idénticos términos en la cláusula n° 15 de la minuta de contrato contenida en las condiciones de participación que antecedieron la suscripción del mencionado negocio jurídico (f. 12, c.2):

“16. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Con el fin de solucionar los conflictos que se susciten por causa o con ocasión del contrato, las partes podrán acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento.”

Como puede verse, las partes acordaron, simplemente, que podrían acudir a cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos para solventar sus diferencias, sin privilegiar ninguno de ellos, ni establecer reglas fijas para el ejercicio concreto de alguno, como bien lo sería ante qué institución se iniciaría, quién sería el conciliador, amigable componedor o árbitro conocedor de la causa o cómo sería su nombramiento.

Tampoco se deduce de la cláusula transcrita que se trate de una obligación de las partes acudir a ellos o, en su defecto, intentar directamente la acción ante la jurisdicción estatal, como lo sería si este fuera un pacto arbitral [...]”.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

24. Adujo que la cláusula compromisoria es una de las modalidades del pacto arbitral, comoquiera que es una estipulación contractual pactada entre las partes contrayentes en la que, en ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley les confieren, acuerdan sustraer del conocimiento jurisdiccional la resolución de determinadas controversias, conforme lo establece la Ley 1563, siendo esta el estatuto nacional e internacional de arbitraje. Acorde a ello indicó:

“[...] De modo que el objeto del pacto arbitral, bien sea que adopte la modalidad de compromiso o de cláusula compromisoria, es habilitar y dotar de jurisdicción y competencia a uno o varios árbitros para dirimir las controversias suscitadas. Valga decir, el único requisito de forma que se exige para que la cláusula compromisoria surta efectos es que conste en el cuerpo del contrato o en un documento separado a él, siempre que su contenido se encuentre inequívocamente referido al negocio jurídico respectivo, según reza el artículo 4º del estatuto arbitral.

Ahora, sea cual fuere el modo en que se plasme el pacto arbitral, es evidente que debe contener una voluntad inequívoca de acudir a esta alternativa de resolución de controversias, puesto que en el ordenamiento jurídico colombiano el acuerdo de las partes en donde conste dicha voluntad “es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento. Así, para que el pacto funja adecuadamente como fuente básica del arbitraje se requiere sea redactado claramente, en términos que manifiesten “el propósito de las partes de someterse a arbitraje. Ello supone, además, que la estipulación debe hacer (sic) sido concebida en términos imperativos y no facultativos, que debe ser inequívoco que pactan arbitraje y no otro método de resolución de controversias, y que no existan en la misma o en otras cláusulas estipulaciones contradictorias que puedan generar dudas sobre la intención común de las partes.

Sin embargo, ello no implica desconocer que los árbitros cuentan con facultades para estimar, de primera mano, si ellos mismos pueden conocer del asunto que se les pone en su conocimiento. Así lo consigna el artículo 29 de la ley arbitral colombiana:

ARTÍCULO 29. PROCESOS SOMETIDOS A LA JUSTICIA ORDINARIA O CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez.

La norma citada consagra, a nivel interno, el principio “competente – competente que, con el propósito de no torpedear la eficacia del arbitraje, establece:

“... que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje. En otras palabras, según dicho principio, los árbitros no serían los “únicos” autorizados para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, sino, más bien, tendrían la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, dichas controversias dentro del marco del procedimiento arbitral, y la justicia estatal tan sólo podría revisar la decisión sobre la competencia (arbitral) en un momento ulterior, esto es, cuando una de las partes ejerza el recurso de nulidad o de anulación contra el laudo arbitral o se oponga al exequatur de (un) laudo arbitral extranjero [...]”.

25. Adujo que en consideración a las implicaciones del principio “competence – competence”, en el caso concreto, se deben revisar las actuaciones desplegadas ante la jurisdicción arbitral, con el objetivo principal de verificar si los respectivos árbitros, tuvieron ocasión de pronunciarse sobre su competencia, circunstancia esta que resulta de vital importancia, para la constatación de la vigencia de la acción y de la oportunidad de su ejercicio. En ese orden de ideas, adujo que:

“[...] Es necesario, entonces, establecer qué determinaciones adoptadas por los árbitros aparecen demostradas en el plenario luego del 26 de octubre de 2015, fecha en la que se presentó la demanda arbitral (f.684, c.3):

-En el acta n° 1 del Tribunal Arbitral Fogacoop – Enésima del 30 de agosto de 2016 /f. 685-691, c.3), constan las siguientes tres decisiones adoptadas por los árbitros designados para el efecto en la audiencia de instalación: (i) declaró instalado el Tribunal Arbitral (auto 1), (ii) inadmitió la demanda presentada por la parte convocante por cuanto una de las pretensiones de la demanda no se presentó “con precisión y claridad”, ordenando así mismo la actuación del juramento estimatorio (auto 2) y; (iii) resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de Fogacoop, confirmando la anterior decisión.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

-Adjunto a la impresión en soporte papel del correo electrónico certificado enviado por la Secretaría del Tribunal de Arbitramento el 19 de julio de 2017 /f.692, c.3) se envió el acta n° 12 que contiene el auto n° 13. Dada su importancia, se reproduce a continuación:

“Acta No. 12

En la ciudad de Bogotá D.C., a los diecisiete (17) días del mes de julio de 2017, sesionó sin presencia de las partes, tal como lo permite la Ley 1563 de 2012, artículo 31 el Tribunal integrado por los doctores Roberto Guillermo Gamba Posada, Presidente, Cecilia Botero Álvarez y Alfredo Beltrán Sierra, co – árbitros y María Fernanda Nossa Cortés, Secretaria.

La secretaria del Tribunal Arbitral presentó el siguiente informe:

- 1. El 28 de junio de 2017, siguiendo lo dispuesto por este Tribunal, Fogacoop hizo entrega del cheque con el que se hacía el pago de la parte que le correspondía de los honorarios de los tres árbitros y de la secretaria, de los gastos de administración del Tribunal y de otros gastos del proceso arbitral.*
- 2. En el plazo establecido legalmente, las demás partes no pagaron la suma que le correspondía a cada uno de ellos para cubrir los honorarios y gastos del tribunal.*
- 3. El seis (6) de julio de 2017 se recibió un memorial presentado por el apoderado de la parte convocante, en el cual se explican las razones por las que la entidad no pudo asumir la porción de los honorarios y gastos del tribunal, que no fueron pagados por las otras partes del proceso.*
- 4. El día 13 de julio de 2017, se hizo devolución al apoderado de Fogacoop del cheque que había sido entregado para cubrir su parte de los honorarios y gastos del tribunal.*

En mérito de lo anterior el tribunal resuelve:

Auto No. 13

PRIMERO: Declarar vencidos los términos para realizar el pago de los honorarios de los tres (3) árbitros y de la secretaria, de los gastos de la administración del tribunal, y de los otros gastos del proceso arbitral.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563, declara concluidas las funciones de este Tribunal arbitral y extintos a partir de la fecha, los efectos del pacto arbitral para este caso [...]”.

26. En ese orden de ideas, manifestó que el proceso arbitral, cumplió con la audiencia de instalación en los términos del artículo 20 de la Ley 1563. Señaló además que, en la respectiva acta núm. 12 y la decisión que allí se contempla,



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

esto es, el auto núm. 13, se evidencia que otras etapas también se llevaron a cabo, toda vez que, en sana lógica, si la convocante, es decir, FOGACOOOP, no hubiese subsanado el libelo como se lo ordenó el Tribunal Arbitral en los autos 2 y 3, proferidos en la audiencia de instalación, la consecuencia habría sido el rechazo de la demanda. Se debe hacer mención, que se i) admitió la demanda, ii) se notificó de esta decisión a la parte convocada, y a los demás intervinientes, y iii) se garantizó el término de traslado a ENÉSIMA S.A.S, con el fin de que contestara la respectiva demanda, en donde todo ello, tuvo que haberse realizado antes de que el Tribunal Arbitral, se pronunciara sobre los honorarios, esto es, en la respectiva audiencia de conciliación.

27. Indicó que por medio del auto núm. 13, el Tribunal Arbitral, cesó en sus funciones, declarando extinto el pacto arbitral, siguiendo lo establecido en el artículo 27 del estatuto arbitral. En ese orden de ideas, consideró que:

“[...] Dada la importancia que tiene en este asunto, se reproduce íntegramente a continuación:

“[...] ARTÍCULO 27. OPORTUNIDAD PARA LA CONSIGNACIÓN. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso.

PARÁGRAFO. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda. [...]

28. En ese orden de ideas, expresó que la última actuación del Tribunal, tuvo lugar antes de que se llevara a cabo un pronunciamiento de fondo, sobre la competencia para conocer del asunto que habría tenido lugar en la primera audiencia de trámite en los términos del artículo 30 de la Ley 1563, por tanto, añadió que al no pronunciarse el Tribunal Arbitral sobre su competencia, le asiste razón al a quo, al sostener que, teniendo en cuenta que entre FOGACOOOP y ENÉSIMA S.A.S, no hubo pacto arbitral, teniendo en cuenta la precaria redacción de la cláusula compromisoria, “[...] ningún efecto tuvo, sobre el curso del término de caducidad de la acción contractual, la solicitud de convocatoria de dicho Tribunal. Así las cosas, el término de caducidad corrió ininterrumpidamente hasta el momento en que el asunto litigioso se puso en conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, dado el carácter imperativo que tienen los términos de caducidad debido a que por regla general no es pasible de suspensión o de interrupción. Manifestó que:

“[...] Es verdad que, la ley arbitral contempla excepciones en esta materia respectivo (sic) de aquellos casos en los que se produce el rechazo de la demanda (conforme al artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, antes citada), o la declaración de incompetencia del Tribunal arbitral (artículo 30 de la Ley 1563 de 2012), casos en los cuales concede un término preciso de 20 días hábiles a partir de tales decisiones para que el convocante interponga la demanda ante el juez estatal competente sin perder los efectos de su presentación. Tal solución, en cuanto excepcional, sin embargo, debe entenderse restringida a los precisos casos que allí se contemplan, y no se extiende, en consecuencia, al evento de la extinción del pacto arbitral por el no pago de honorarios.

La sala encuentra que para un adecuado entendimiento del problema que le concierne resolver, ha de recordarse que el arbitraje es un mecanismo que se viabiliza el acceso a la administración de justicia, y que una de sus notas



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

esenciales es su carácter eminentemente voluntario, y que, en cuanto tal, comporta riesgos que, por supuesto, deben ser previstos por las partes concurrentes al arbitraje, siendo uno de ellos el no pago de las expensas, honorarios y gastos del Tribunal, en el entendido que esta vía para ventilar controversias jurídicas no es, por lo general, gratuita.

Uno de tales riesgos consiste, precisamente, en que una de las partes no cancele oportunamente el valor definido por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, riesgo que ha sido previsto y tratado por el legislador, confiriendo a la parte que sí paga oportunamente el valor correspondiente, la facultad de consignar lo que la otra parte no pagó, conforme al artículo 27 del Estatuto Arbitral, dentro de los 5 días siguientes a la firmeza de la regulación de honorarios y gastos.

Así las cosas, en atención a esta previsión legal, cuando no se ejerce esta opción y los términos de caducidad para acudir a la justicia estatal ya están vencidos, o se dejan vencer por falta de oportuno ejercicio de la acción, cuando por tal causa se ha declarado sin efectos la cláusula compromisoria, las partes (en particular, la convocante) no pueden afirmar que se les ha cercenado su derecho al acceso de administración de justicia, toda vez que estas (sic), libre de todo apremio, optaron por acudir al arbitraje, asumiendo todos los riesgos inherentes a la decisión de hacer efectivo el pacto arbitral, tanto como la posibilidad de verso (sic) ante la alternativa de pagar los honorarios y gastos por la contraparte no asumiere [...]”.

29. Aclaró que para el conteo de la caducidad en el referido medio de control de controversias contractuales, “[...] en el presente asunto en el que se está ante contrato que requería liquidación, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA, según el cual, el término para demandar el incumplimiento de los contratos es de dos (2) años, a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la pretensión [...]”.

30. Finalmente, adujo que el contrato COS-03-12 era de tracto sucesivo por tratarse de un acuerdo cuyo objeto fue diferido en el tiempo; En ese orden de ideas, el término de caducidad aplicable al presente caso, de dos años, debe ser contado a partir de aquel plazo establecido de manera legal o convencional para su liquidación, es decir, seis meses siguientes a la finalización del contrato, en los términos de la respectiva cláusula núm. 13. La Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, concluyó manifestando que:



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

“[...] a) El contrato COS 03-12 terminó el 30 de abril de 2014, fecha en la que finalizó la prórroga del plazo de ejecución del contrato pactada en la modificación celebrada el 10 de octubre de 2013 (f.500, c.3), por lo que de conformidad con el numeral v) del literal j) del artículo 164 del CPACA, los dos años con que contaba Fogacoop para presentar la demanda objeto de estudio corrieron desde el 30 de octubre de 2014, dado que se cuentan los seis (6) meses dispuestos por el contrato, hasta el 30 de octubre de 2016.

b) El 26 de octubre de 2015, faltando un año y 4 días para que operara la caducidad, Fogacoop presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

c) El 19 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 14, declaró extintos los efectos del pacto arbitral por encontrarse vencidos los términos con que contaban las partes para realizar el pago de los honorarios (sic) de los tres árbitros y de la secretaria.

Por consiguiente, para el 17 de agosto de 2017, fecha de interposición de la demanda, la caducidad ya se había producido, y por lo tanto se confirmará lo dispuesto en el auto apelado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, aunque por motivos distintos a los del a quo tal como quedó expuesto [...]”.

La Solicitud de Tutela

Pretensiones

31. El actor solicitó en su escrito de tutela:

“[...]”

Con fundamento en lo anterior expuesto se solicita al Juez de Tutela lo siguiente:

1. Que revoque el Auto de 30 de octubre de 2018, proferido dentro del expediente 2017-1544-01, expedida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, por ser vulneratoria del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia.

2. Que como consecuencia de la anterior decisión, se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que admita la demanda que FOGACOOP instauró contra ENESIMA S.A.S

3. Que se tome cualquier otra medida que resulte necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los Accionantes. [...]”.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

32. La parte actora en su escrito de tutela adujo que la autoridad judicial accionada incurrió en un **defecto procedimental absoluto**, por haber desconocido “[...] *que los artículos 20 de la Ley 1563 de 2012 y 101 de la Ley 1564 de 2012 establecen que cuanto (sic) un órgano jurisdiccional no tiene competencia para resolver de un asunto, debe enviarlo a quien corresponda, conservando los efectos de la presentación oportuna de la demanda. En este orden de ideas, si el Tribunal Arbitral perdió competencia por la extinción del pacto arbitral, bien podía FOGACOOP acudir al juez competente (el Tribunal de Cundinamarca), manteniendo la suspensión de la caducidad y prescripción, para que resolviera definitivamente el caso [...].*

33. De igual manera, indicó que la Subsección C Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un **defecto fáctico**, al no haber valorado que FOGACOOP, fue la única parte dentro del proceso que cumplió con sus respectivas obligaciones y que en aplicación de los básicos principios constitucionales, no le era atribuible sufrir los efectos adversos de la dilación de la contraparte. En ese orden de ideas, manifestó que:

“[...] En efecto, la Accionada (sic) no valoró que FOGACOOP: (a) presentó la demanda oportunamente ante el Centro de Arbitraje, inclusive un año y 4 días antes de que operara la caducidad; (b) asistió a todas las diligencias de designación de árbitros, a diferencia de ENÉSIMA que no comparecía y mandaba solicitudes de aplazamiento que posteriormente no cumplía, (c) tramitó y llevó hasta su final la demanda de designación judicial de árbitros, (d) ejerció a cabalidad sus derechos y propuso los recursos de ley y (e) pagó la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal que estaban a su cargo [...].

Actuación

34. El Despacho sustanciador, mediante auto de 12 de marzo de 2019, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a los magistrados de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, concediéndoles el término de tres (3) días para que rindieran informe sobre el particular.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

35. Asimismo, dispuso vincular a los magistrados de i) la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a ii) Enésima S.A.S., en calidad de terceros con interés legítimo, concediéndoles un término de tres (3) días para rendir informe.

Intervenciones de las partes accionadas y de las partes vinculadas

36. Daniel Armando Arévalo Rodríguez en su condición de apoderado de la sociedad Enésima S.A.S, solicitó no acceder a las pretensiones de la solicitud de amparo toda vez que:

*“[...] 3. Precizando al Honorable Consejero, que dentro del el (sic) Clausulado General para el contrato No. COS-O3-12, anexo al expediente, en su numeral 16 se estableció que con el fin de solucionar los conflictos que se susciten por causa o con ocasión del (sic) contratos **las partes PODRÁN acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento** para lo cual **ENÉSIMA S.A.S. solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, como mecanismo de solución directa del incumplimiento.***

Con base en lo anterior, el día primero (01) de diciembre de 2014, ENESIMA S.A.S. solicito (sic) audiencia de conciliación extrajudicial ante la POCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de dirimir las controversias suscitadas en la ejecución contractual.

*Para lo cual, el 17 de febrero de 2015 la audiencia de conciliación extrajudicial fue **declarada FALLIDA y AGOTADA la etapa conciliatoria**, no llegando a ningún acuerdo conciliatorio, **cumpliendo la citada disposición.***

*Así las cosas, se reitera al Honorable Consejero que las partes **pactaron de común acuerdo NO una clausula compromisoria ni mucho menos un pacto arbitral ya que no cumple con los requisitos exigidos para el mismo, como lo ha indicado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia,** si no pactaron en el citado clausulado general que en el evento de presentarse cualquier controversia en el ejecución contractual la misma **PODRÍA**, es decir, de **FORMA FACULTATIVA** y no impositiva acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento para su resolución.*

*Por lo anterior, se le preciso (SIC) en (sic) indico (SIC) de forma expresa a **FOGACOOP, AL JUEZ DE CONOCIMIENTO, A LOS ARBITROS DE LA CAMARA DE COMERCIO que NO ESTAMOS FRENTE A UN PACTO ARBITRAL incluido en el referido contrato, ya que en la citada cláusula de solución de controversia no contiene el consentimiento expreso de las partes someterse a la justicia arbitral frente a eventuales litigios surgidos del***



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

contrato, como lo ha indicado el Consejo de Estado C.P German Rodríguez Villamizar en el Exp.No. 18673, simplemente y de FORMA FACULTATIVA las partes podrían acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitramento para su resolución, acudiendo al mecanismo de conciliación como ya se anotó. [...]

37. Durante el presente trámite, los magistrados de la i) Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la ii) Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia de la Sala

38. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 37 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política; el artículo 1.º del Decreto núm. 1983 de 30 de noviembre de 2017², por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela; y, el Acuerdo 377 de 11 de diciembre de 2018³.

Generalidades de la acción de tutela

² “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

³ “[...] Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado [...]”.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOB)

39. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

Problemas jurídicos

40. En el caso *sub examine*, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala consisten en: i) determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, y de ser así, ii) establecer si la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir el auto de 1 de octubre de 2018 dentro del proceso de controversias contractuales identificado con número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 01, incurrió, i) en **defecto procedimental absoluto** y ii) en **defecto fáctico**, lo que trajo como consecuencia que no se admitiera la respectiva demanda interpuesta contra ENÉSIMA S.A.S.

41. Para resolver los anteriores problemas jurídicos esta Sala analizará los siguientes temas: i) procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales; ii) requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales; iii) análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto; iv) el defecto procedimental absoluto, v) el defecto fáctico, y, finalmente, la vi) solución del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

42. Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello⁴, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, en sentencia del 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* – que resulten violatorias de derecho fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales

43. Esta Sección⁵ adoptó como parámetros a seguir los indicados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

44. Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2012, C.P María Elizabeth García González, radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-02.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2012, C.P María Elizabeth García González, radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-02.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

45. Además de estas exigencias, la Corte, en la mencionada sentencia C–590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que *“de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial”*⁶.

46. Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

47. De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial: en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera *“dejar sin efecto o modular la decisión”*⁷ que encaje en dichos parámetros.

48. Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido

⁶Corte Constitucional. Sentencia T- 619 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

49. El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁸.

Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

50. La Sala estudiará la procedencia de la acción de tutela bajo la premisa del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dispuestos por la sentencia C-590 de 2005, proferida por la Corte Constitucional.

51. En el caso bajo examen la Sala advierte que la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad, toda vez que:

51.1. Es evidente que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, comoquiera que se controvierte la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

51.2. La Sala debe hacer énfasis, en que en el presente caso se cumple con el **requisito de la relevancia constitucional** dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, i) toda vez que se trata de la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, y además, ii) la parte actora cumplió con la carga argumentativa mínima en dar las razones jurídicas por las cuales la autoridad judicial accionada incurrió en un posible defecto fáctico y procedimental.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, número único de radicación: 11001031500020120220101.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

51.3 Para la Sala exigirle a la parte actora una carga argumentativa mínima se justifica, toda vez que si bien es cierto la acción de tutela goza de la característica principal de la informalidad que se fundamenta en el mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales⁹, en el escenario del amparo contra providencias judiciales, cuando esta prospera se afecta el principio de la cosa juzgada, por lo que el juez constitucional sólo puede remover dicha cosa juzgada de una sentencia o auto, cuando se evidencia a través de la argumentación jurídica del actor, que realmente el operador judicial profirió una providencia arbitraria e irrazonable, que implicó la vulneración de derechos fundamentales.

51.4 Cumplió con el principio de inmediatez¹⁰

51.5 No existen medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial eficaces y eficientes con los cuales la parte actora pueda lograr la protección de los derechos invocados;

51.6 En la acción de tutela se alega un defecto procedimental, por lo que es necesario determinar la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad;

51.7 La parte actora identificó los hechos y los derechos cuya vulneración alega.

51.8 No se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

Análisis del cumplimiento de los requisitos especiales de procedibilidad de

⁹ “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

¹⁰ Puesto que se interpuso antes de que transcurrieran (6) meses después de notificada la providencia de 1 de octubre de 2018 proferida por la Subsección C Sección Tercera del Consejo de Estado.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

la acción de tutela en el caso concreto

52. La Sala debe determinar si, en efecto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió i) en **defecto procedimental absoluto** y ii) en **defecto fáctico**, dentro del proceso de controversias contractuales identificado con número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 01.

53. Para determinar lo anterior, la Sala hará los siguientes análisis: i) el **defecto procedimental absoluto**; ii) el **defecto fáctico**; y, finalmente, iii) analizará el caso en concreto.

El defecto procedimental como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

54. Frente al defecto procedimental la Corte Constitucional ha establecido que existen dos clases, a saber: i) **defecto procedimental absoluto** y ii) exceso ritual manifiesto. En sentencia SU-159 de 2002 la Alta Corporación consideró que el defecto procedimental se configura cuanto “[...] *el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones [...]*” y actúa “[...] *en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad [...]*”. Asimismo, señala que el proceso está viciado cuando “[...] *se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario –, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comuniquen de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo y (iii.) se les notifiquen todas las*



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

*providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas [...]*¹¹.

55. De igual manera, la Alta Corte, en sentencia T-204/15, consideró¹²:

“[...] El defecto procedimental absoluto ha sido definido por la Corte Constitucional como el vicio que se configura cuando el juez se aparta completamente del procedimiento establecido por las normas jurídicas, ocasionando una vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Tal como lo ha reseñado la jurisprudencia constitucional, la razón de ser de la consagración de esta causal de procedibilidad contra sentencias judiciales está relacionada con la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, que sujetan al juez a los procedimientos previamente establecidos, en virtud del principio de legalidad.

De esta manera, en aquellos casos en que un juez resuelve, en forma arbitraria, desconocer los procedimientos y las formas establecidas para el desarrollo de los juicios, vulnera no sólo los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, relacionados con los derechos a la defensa y contradicción que le asiste a las partes en el marco de un proceso judicial o de un procedimiento activo. En realidad, con esta omisión, el juez natural pone en peligro la protección y efectividad de los derechos subjetivos de las partes en el referido trámite, lo cual supone una afectación de carácter sustancial, si se tiene en cuenta que los procedimientos están concebidos para asegurar la efectividad de dichos derechos sustanciales [...]”.

56. En conclusión a lo anterior, la Sala advierte que el defecto procedimental absoluto se configura cuando la autoridad judicial de manera grosera y arbitraria se desvía completamente del procedimiento establecido en la ley, lo que trae como consecuencia la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Defecto fáctico -reiteración jurisprudencial-

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 6 de marzo 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 20 de abril de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

57. Esta Sección ha identificado los eventos en que se configura una causal de procedibilidad¹³ por defecto fáctico:

*“[...] En lo que respecta al **defecto fáctico**, la jurisprudencia¹⁴ ha determinado que se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez resulta arbitraria o abusiva por: a) dejar de valorar pruebas debidamente allegadas, b) valorar las que debió haber desconocido (por no haber sido arrimadas en debida forma); y, c) por interpretar el acervo de manera irracional; siempre que esas pruebas resulten ser determinantes en el sentido del fallo; de lo contrario, se entiende que las interpretaciones que realice el juez de instancia se encuentran dentro de la autonomía e independencia propias del juez natural.*

El defecto fáctico se estructura desde cualquiera de sus dos dimensiones, i) la negativa que se presenta “cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez,”¹⁵ mientras que, ii) la positiva, se configura “cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.”¹⁶[...]”¹⁷

58. En ese orden de ideas, el defecto fáctico se configura cuando el juez de manera arbitraria y caprichosa i) omite valorar los medios probatorios debidamente allegados al proceso, ii) le da pleno valor a las pruebas que debió haber desconocido y iii) por haber efectuado una interpretación irrazonable del acervo probatorio.

¹³ “En términos generales, dicha figura resulta de la actuación de los funcionarios con poder judicial de manera arbitraria y caprichosa, sin fundamento objetivo y razonable, apartada de los parámetros constitucionales y legales, sin operancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, por la imposición del interés propio de aquéllos, mediante comportamientos que prima facie parecieran reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejerce, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados.” (Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 28 de febrero de 2008, M.P. Hernando Herrera Vergara).

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-737 de 25 de septiembre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre el tema, ver también: Sentencias SU-447 de 26 de mayo de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo y T-535 de 20 de agosto de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Corte Constitucional.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de marzo de 2017, C.P. Roberto Augusto Serrano Valdés, número único de radicación: 11001-03-15-000-2017-00420-00.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

59. Se debe resaltar que para la configuración de dicho defecto la prueba en cuestión debe ser determinante o relevante para el sentido de la decisión judicial y que con fundamento en los principios constitucionales de independencia y autonomía judicial, los jueces tienen un amplio margen de apreciación para la valoración de las pruebas. La Corte dijo:

“[...] La jurisprudencia ha reconocido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, también ha advertido que tal poder comporta un límite ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales [...]”¹⁸

Análisis del caso en concreto

60. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Acervo y análisis probatorios

61. Para resolver el caso *sub judice*, la Sala seguirá rigurosamente los parámetros establecidos por la Corte Constitucional respecto al defecto procedimental y fáctico, a fin de determinar si, efectivamente, la autoridad judicial accionada incurrió en los yerros mencionados, para lo cual revisará el acervo probatorio:

-Copia del Acta núm. 1, donde constan los autos núm. 1, 2 y 3, proferidos por el

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-267 de 8 de mayo de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

Tribunal Arbitral, el 30 de agosto de 2016.

-Copia de Acta núm. 4, donde consta el auto núm. 4, proferido por el Tribunal Arbitral, el 10 de noviembre de 2016.

- Copia de Acta núm. 5, donde consta el auto núm. 5, proferido por el Tribunal Arbitral, el 24 de enero de 2017.

-Copia de Acta núm. 11, donde constan los autos núm. 10, 11 y 12, proferidos por el Tribunal Arbitral, el 12 de junio de 2017.

- Copia de Acta núm. 12, donde consta el auto núm. 13, proferido por el Tribunal Arbitral, el 17 de julio de 2017.

Cargo por defecto procedimental absoluto

62. La parte actora en su escrito de tutela, adujo que:

“[...] En el presente caso, el defecto procedimental aparece de forma abultada, manifiesta y exuberante en la medida que el Consejo de Estado decidió caprichosa y arbitrariamente rechazar por caducidad la demanda de FOGACOOOP cuando esta entidad se encontraba amparada por la suspensión de tal fenómeno extintivo, al haber radicado oportunamente una demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En este orden de ideas, tenemos que con el Auto atacado el Consejo de Estado inaplicó los artículos 94 y 101 del Código General del Proceso y el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012. Si dicha corporación hubiera atendido tales preceptos – que son de orden público y obligatorio cumplimiento – habría llegado a una conclusión totalmente y habría hecho prevalecer el derecho de acceso a la justicia [...]”.

63. La autoridad judicial accionada, al resolver el caso concreto, consideró que:

“[...] Es decir, la última actuación del Tribunal tuvo lugar antes de que se produjese un pronunciamiento de fondo sobre la competencia para conocer del asunto que habría tenido lugar en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

Por tanto, no habiéndose pronunciado el Tribunal arbitral sobre su competencia, le asiste razón al a quo cuando afirma que, en consideración a que entre Fogacoop y Enésima no hubo pacto arbitral dada la precaria redacción de la pretendida clausula compromisoria, ningún efecto tuvo, sobre el curso del término de caducidad de la acción contractual, la solicitud de convocatoria de dicho Tribunal.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

Consecuencia de lo anterior es que el término de caducidad corrió ininterrumpidamente hasta el momento en que el asunto litigioso se puso en conocimiento de la jurisdicción estatal dado el carácter imperativo que tienen los términos de caducidad, evento que por regla general no es posible de suspensión o de interrupción, salvo que esté consagrada una excepción legal expresa para que se produzca uno u otro fenómeno.

Es verdad que, la ley arbitral contempla excepciones en esta materia respecto (sic) de aquellos casos en los que se produce el rechazo de la demanda (conforme al artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, antes citada), o la declaración de incompetencia del Tribunal arbitral (artículo 30 de la Ley 1563 de 2012), casos en los cuales concede un término preciso de 20 días hábiles a partir de tales decisiones para que el convocante interponga la demanda ante el juez estatal competente sin perder los efectos de su presentación. Tal solución, en cuanto excepcional, sin embargo, debe entenderse restringida a los precisos casos que allí se contemplan, y no se extiende, en consecuencia, al evento de la extinción del pacto arbitral por el no pago de honorarios.

La sala encuentra que para un adecuado entendimiento del problema que le concierne resolver, ha de recordarse que el arbitraje es un mecanismo que se viabiliza el acceso a la administración de justicia, y que una de sus notas esenciales es su carácter eminentemente voluntario, y que, en cuanto tal, comporta riesgos que, por supuesto, deben ser previstos por las partes concurrentes al arbitraje, siendo uno de ellos el no pago de las expensas, honorarios y gastos del Tribunal, en el entendido que esta vía para ventilar controversias jurídicas no es, por lo general, gratuita.

Uno de tales riesgos consiste, precisamente, en que una de las partes no cancele oportunamente el valor definido por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, riesgo que ha sido previsto y tratado por el legislador, confiriendo a la parte que sí paga oportunamente el valor correspondiente, la facultad de consignar lo que la otra parte no pagó, conforme al artículo 27 del Estatuto Arbitral, dentro de los 5 días siguientes a la firmeza de la regulación de honorarios y gastos.

Así las cosas, en atención a esta previsión legal, cuando no se ejerce esta opción y los términos de caducidad para acudir a la justicia estatal ya están vencidos, o se dejan vencer por falta de oportuno ejercicio de la acción, cuando por tal causa se ha declarado sin efectos la cláusula compromisoria, las partes (en particular, la convocante) no pueden afirmar que se les ha cercenado su derecho al acceso de administración de justicia, toda vez que estas (sic), libre de todo apremio, optaron por acudir al arbitraje, asumiendo todos los riesgos inherentes a la decisión de hacer efectivo el pacto arbitral, tanto como la posibilidad de verso (sic) ante la alternativa de pagar los honorarios y gastos por la contraparte no asumiere [...]”.

64. La Sala observa, que en el presente caso, se efectuó el siguiente procedimiento:



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

64.1 En el acta núm. 1, donde constan los autos núm. 1, 2 y 3, proferidos por el Tribunal Arbitral, el 30 de agosto de 2016, se adoptaron tres decisiones por los respectivos árbitros: (i) instalación del Tribunal Arbitral, (ii) inadmisión de la demanda presentada por la parte convocante, teniendo en cuenta que una de las pretensiones de la demanda no se presentó “con precisión y claridad”, ordenando así mismo la actuación del juramento estimatorio y; (iii) resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de FOGACOOOP, confirmando la anterior decisión.

64.2 En el acta núm. 4 de 10 de noviembre de 2016, se deja la constancia que el auto admisorio de la demanda, presentada por FOGACOOOP contra ENÉSIMA S.A.S, se notificó en debida forma, el 27 de septiembre de 2016.

64.3 En el acta núm. 11 de 12 de junio de 2017, se informa que el Tribunal Arbitral se reunió, con el fin de llevarse a cabo la audiencia de conciliación de las partes, la cual fue declarada fallida, por no haberse llegado a un acuerdo.

64.4 En el acta núm. 12 de 17 de julio de 2017, se informó lo siguiente:

“[...] Acta No. 12

En la ciudad de Bogotá D.C., a los diecisiete (17) días del mes de julio de 2017, sesionó sin presencia de las partes, tal como lo permite la Ley 1563 de 2012, artículo 31 el Tribunal integrado por los doctores Roberto Guillermo Gamba Posada, Presidente, Cecilia Botero Álvarez y Alfredo Beltrán Sierra, co – árbitros y María Fernanda Nossa Cortés, Secretaria.

La secretaria del Tribunal Arbitral presentó el siguiente informe:

1.El 28 de junio de 2017, siguiendo lo dispuesto por este Tribunal, Fogacoop hizo entrega del cheque con el que se hacía el pago de la parte que le correspondía de los honorarios de los tres árbitros y de la secretaria, de los gastos de administración del Tribunal y de otros gastos del proceso arbitral.

2. En el plazo establecido legalmente, las demás partes no pagaron la suma que le correspondía a cada uno de ellos para cubrir los honorarios y gastos del tribunal.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

3. El seis (6) de julio de 2017 se recibió un memorial presentado por el apoderado de la parte convocante, en el cual se explican las razones por las que la entidad no pudo asumir la porción de los honorarios y gastos del tribunal, que no fueron pagados por las otras partes del proceso.

4. El día 13 de julio de 2017, se hizo devolución al apoderado de Fogacoop del cheque que había sido entregado para cubrir su parte de los honorarios y gastos del tribunal.

En mérito de lo anterior el tribunal resuelve:

Auto No. 13

PRIMERO: Declarar vencidos los términos para realizar el pago de los honorarios de los tres (3) árbitros y de la secretaria, de los gastos de la administración del tribunal, y de los otros gastos del proceso arbitral.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563, declara concluidas las funciones de este Tribunal arbitral y extintos a partir de la fecha, los efectos del pacto arbitral para este caso [...]. (Resaltado por la Sala).

65. Ahora bien, para la Sala, resulta relevante para resolver los problemas jurídicos del presente caso, hacer mención de los artículos 20, 27 y 30 de la Ley 1563, que disponen lo siguiente, respectivamente:

“[...] Art. 20. Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora.

Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes. Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la presente ley.

En la audiencia de instalación el centro de arbitraje entregará a los árbitros el expediente.

El tribunal elegirá un Presidente y designará un Secretario, quien deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 30. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.

El poder para representar a una cualquiera de las partes en la audiencia de instalación incluye además de las facultades legales que se le otorgan, la facultad para notificarse de todas las determinaciones que adopte el tribunal en la misma, sin que se pueda pactar lo contrario [...].”

“[...]

“[...] Art. 27. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso [...].”

“[...]



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

***“[...] Art. 30 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 reconvención, 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.*”**

En caso de que el tribunal se declare competente por mayoría de votos, el árbitro que haya salvado voto, cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en esta ley. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.

Por último, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso [...]”.

66. Obsérvese que las anteriores normas jurídicas de contenido procesal, establecieron de manera clara y precisa lo siguiente:

66.1 Sin perjuicio de lo que vaya a llevar a cabo el Tribunal Arbitral frente a su respectiva competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se efectuarán en los términos del Código de Procedimiento Civil. Además, en los eventos en que se decida rechazar la demanda, *“[...] el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje [...]”.*

66.2 Cuando se lleve a cabo la respectiva consignación de la totalidad de los honorarios y gastos, el Tribunal Arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la presencia de todos sus miembros, por medio del cual decidirá sobre su



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. En el evento en que resolviera que no tiene la competencia para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, trae como consecuencia que se extingan los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y en donde además, 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 [...]”.

67. Para la Sala la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado no incurrió en un defecto procedimental absoluto, dado que no se apartó del procedimiento a seguir, aplicando correctamente las normas jurídicas de contenido procesal, que servían como fundamento, para concluir que en el caso concreto había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, por lo que no se evidenció una irregularidad procesal, que haya traído como consecuencia, que a la parte actora se le haya vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Dijo la autoridad judicial accionada:

“[...] Es decir, la última actuación del Tribunal tuvo lugar antes de que se produjera un pronunciamiento de fondo sobre la competencia para conocer del asunto que habría tenido lugar en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

Por tanto, no habiéndose pronunciado el Tribunal arbitral sobre su competencia, le asiste razón al a quo cuando afirma que, en consideración a que entre Fogacoop y Enésima no hubo pacto arbitral dada la precaria redacción de la pretendida clausula compromisoria, ningún efecto tuvo, sobre el curso del término de caducidad de la acción contractual, la solicitud de convocatoria de dicho Tribunal.

Consecuencia de lo anterior es que el término de caducidad corrió ininterrumpidamente hasta el momento en que el asunto litigioso se puso en conocimiento de la jurisdicción estatal dado el carácter imperativo que tienen los términos de caducidad, evento que por regla general no es posible de suspensión o de interrupción, salvo que esté consagrada una excepción legal expresa para que se produzca uno u otro fenómeno [...]”. (Resaltado por la Sala).



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

68. Obsérvese además, como quedó expuesto, que frente a la presentación de la demanda y su término de caducidad, dentro del procedimiento arbitral, existen únicamente dos excepciones que permiten interponerla ante el respectivo juez contencioso administrativo: i) en aquellos casos cuando se rechaza la respectiva demanda y ii) cuando se declara la incompetencia del Tribunal Arbitral, en los cuales se concede un término de 20 días hábiles, a partir de tales pronunciamientos, para que el convocante interponga la respectiva demanda, situaciones que no acontecieron en el presente caso. Al resolver el caso concreto, indicó que:

“[...] a) El contrato COS 03-12 terminó el 30 de abril de 2014, fecha en la que finalizó la prórroga del plazo de ejecución del contrato pactada en la modificación celebrada el 10 de octubre de 2013 (f.500, c.3), por lo que de conformidad con el numeral v) del literal j) del artículo 164 del CPACA, los dos años con que contaba Fogacoop para presentar la demanda objeto de estudio corrieron desde el 30 de octubre de 2014, dado que se cuentan los seis (6) meses dispuestos por el contrato, hasta el 30 de octubre de 2016.

b) El 26 de octubre de 2015, faltando un año y 4 días para que operara la caducidad, Fogacoop presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

c) El 19 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 14, declaró extintos los efectos del pacto arbitral por encontrarse vencidos los términos con que contaban las partes para realizar el pago de los honorarios (sic) de los tres árbitros y de la secretaria.

Por consiguiente, para el 17 de agosto de 2017, fecha de interposición de la demanda, la caducidad ya se había producido, y por lo tanto se confirmará lo dispuesto en el auto apelado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, aunque por motivos distintos a los del a quo tal como quedó expuesto [...]”.

69. En ese orden de ideas, para la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto procedimental absoluto, toda vez no se configuró una actuación procesal arbitraria con desconocimiento de las normas jurídicas procesales aplicables al caso concreto, en donde como quedó plenamente acreditado, la autoridad judicial accionada no se apartó del procedimiento establecido en la ley, al sostener de manera correcta y razonable que se había configurado el fenómeno de la caducidad.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

Cargo por defecto fáctico

70. La parte actora en su escrito de tutela señaló que:

“[...] En este caso, el Consejo de Estado, ni siquiera por asomo, valoró la conducta y el comportamiento que FOGACOOOP tuvo para sacar adelante el trámite arbitral, el cual fracasó por razones no imputables a su obrar. Así mismo, tampoco valoró el comportamiento de ENÉSIMA y SEGUROS DEL ESTADO que torpedearon, dilataron y trancaron el correcto desarrollo para perjudicar y afectar los derechos de FOGACOOOP.

En aspectos complicados como la remisión de procesos, debe valorarse el comportamiento de las Partes, pues el juez no puede sacrificar el acceso a la justicia de quien ha sido diligente y respetuoso de sus cargas [...]”.

71. La Sala evidencia, que el reproche que alega la parte actora, hace referencia a una supuesta omisión por parte de la autoridad judicial accionada, de no haber valorado el comportamiento de FOGACOOOP. En ese orden de ideas, señaló que:

“[...] En efecto, la Accionada (sic) no valoró que FOGACOOOP: (a) presentó la demanda oportunamente ante el Centro de Arbitraje, inclusive un año y 4 días antes de que operara la caducidad; (b) asistió a todas las diligencias de designación de árbitros, a diferencia de ENÉSIMA que no comparecía y mandaba solicitudes de aplazamiento que posteriormente no cumplía, (c) tramitó y llevó hasta su final la demanda de designación judicial de árbitros, (d) ejerció a cabalidad sus derechos y propuso los recursos de ley y (e) pagó la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal que estaban a su cargo [...]”.

72. La Sala observa que los planteamientos realizados por la parte actora en el presente asunto obedecen a estar en desacuerdo con el análisis y con la decisión que adoptó la autoridad judicial demandada y, en ese sentido, se evidencia el descontento con la providencia objeto de censura que fue desfavorable a sus intereses, pero no se advierte que haya cumplido **con la carga argumentativa mínima** para estructurar el cargo por **defecto fáctico** de señalar las pruebas que, a su juicio, no valoró la autoridad judicial accionada, ni argumentó en que forma la falta de valoración de los medios probatorios, trajo como consecuencia la afectación de sus derechos fundamentales.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOP)

73. En efecto, para la configuración del **defecto fáctico** dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, el actor debe cumplir con una carga argumentativa mínima identificando i) cuales medios probatorios fueron omitidos en su valoración por parte del juez colegiado; ii) que además dichos medios probatorios eran relevantes para cambiar el sentido de la decisión; y iii) demostrar que la omisión en la valoración de las pruebas fue una actuación grosera, arbitraria e irrazonable que trajo como consecuencia la afectación de derechos fundamentales, lo cual, se repite no aconteció en el presente caso.

74. Esta Sección debe reiterar que el principio de informalidad que gobierna a la acción de tutela no puede considerarse absoluto¹⁹, pues es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos que le permitan al Juez conocer con claridad aspectos como la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado y, de ser posible, el nombre de la autoridad pública o del órgano autor de la amenaza o del agravio²⁰, el señalamiento de las causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales lo que implica cumplir con la carga argumentativa para demostrar su configuración en el caso concreto, entre otros aspectos.

Conclusiones de la Sala

75. En ese orden de ideas, para la Sala la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto procedimental y fáctico, teniendo en cuenta que profirió su providencia de manera razonable y ajustada a derecho, en donde no se evidenció por esta Sala una actuación grosera o arbitraria que haya traído como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora.

76. Con fundamento en las consideraciones jurídicas establecidas en la parte motiva de esta sentencia, la Sala negará las pretensiones del amparo.

¹⁹ Sobre el principio de informalidad, ver Corte Constitucional, Auto A165 de 21 de julio 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

²⁰ Decreto 2591 de 1991, artículo 14.



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: **NEGAR** el amparo interpuesto por la parte actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS



Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 0930 00
Actora: Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – (FOGACOOOP)