

Expediente T-8.573.040

M.P. Diana Fajardo Rivera

DERECHO A LA IGUALDAD, DEFENSA Y CONTRADICCIÓN-Vulneración por adelantar trámite de amigable composición sin habilitación de competencia contractual

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y MECANISMOS NO JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS-Procedencia excepcional para evitar perjuicio irremediable en trámite de amigable composición

(...), en aquellos casos en que sea predicable un estado de subordinación o de indefensión del accionante en tutela respecto del centro de amigable composición que obra como particular y/o del amigable componedor, la tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales conculcados (i) si los medios de defensa con los que cuenta no son idóneos y eficaces el amparo procede de manera definitiva, o (ii) si se evidencia un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario otorgar un amparo transitorio.

AMIGABLE COMPOSICION-Origen

AMIGABLE COMPOSICION-Ejercicio de la autonomía de la voluntad privada

AMIGABLE COMPOSICION-Sometimiento de controversias susceptibles de transacción

AMIGABLE COMPOSICION-Límites y medios para lograr el fin contractual

AMIGABLE COMPOSICION-Naturaleza

(...) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de tipo autocompositivo, que se somete al principio de voluntariedad y que es eminentemente contractual, en el cual el amigable componedor no ejerce funciones jurisdiccionales y, por consiguiente, no se rige por la esfera del derecho procesal.

PRINCIPIOS DE LA BUENA FE E IGUALDAD-Parámetros que guían la ejecución de las obligaciones de la amigable composición

AMIGABLE COMPOSICION-Las decisiones son normas de obligatorio cumplimiento para las partes

AMIGABLE COMPOSICION-Características

AMIGABLE COMPOSICIÓN-Habilitación de competencia requiere de la voluntad explícita e inequívoca de las partes

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Primera de Revisión

SENTENCIA T-093 de 2023

Referencia: expediente T-8.573.040

Acción de tutela instaurada por el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, contra del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y Miguel Octavio Charry Rodríguez.

Magistrada ponente:

Diana Fajardo Rivera

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo, y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados el 9 de noviembre de 2021, en primera

instancia, por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, y el 6 de enero de 2022, en segunda instancia, por el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud de amparo

1. El 22 de octubre de 2021, por medio de apoderado judicial, el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa (en adelante PA FFIE), cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, representado por Alianza Fiduciaria S.A., quien a su vez se encuentra representada legalmente por Francisco José Schwitzer Sabogal, interpuso acción de tutela contra del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y el señor Luis Orlando Muñoz Muñoz - presunto amigable componedor-, aunque más adelante se esclareció que el amigable componedor accionado es el señor Miguel Octavio Charry Rodríguez. Alegó la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción e igualdad, en el procedimiento de amigable composición que fue convocado por solicitud del Consorcio Colombia Estudia.

De las partes y de las relaciones jurídicas entre ellas

2. A título de contexto, es necesario señalar que el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, creó el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa (en adelante FFIE) como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica, que se ocupa de los proyectos de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial a media. También dispuso la posibilidad de constituir patrimonios autónomos los cuales si bien se rigen por las normas de derecho privado, deben orientar los procesos de contratación bajo los principios de la contratación pública y las normas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción.

3. 3. A partir de la formulación del Plan Nacional de Infraestructura Pública (PNIP) y del documento CONPES 3831 del 3 de junio de 2015, el Ministerio de Educación Nacional llevó a cabo la licitación pública LP-MEN-18-2015, con el objeto de suscribir un contrato de fiducia

pública para administrar y pagar las obligaciones derivadas del PNIP, a través de un patrimonio autónomo constituido con los recursos transferidos del FFIE.

4. Con ocasión de la adjudicación de tal licitación, se suscribió el contrato de fiducia mercantil No. 1380 de 2015 entre el Ministerio de Educación Nacional y Consorcio FFIE Alianza BBVA, conformado por Alianza Fiduciaria S.A. y la Fiduciaria BBVA Asset Management S.A. Dicho consorcio obra como vocero y administrador del PA del FFIE, a través del cual se cumple el objeto del FFIE dado que por medio de esta figura se celebran los contratos de obra e interventoría para la ejecución de la infraestructura educativa, contando con recursos públicos para administrar por valor de \$1.751.902'869.657. Vale precisar que el lugar de ejecución del contrato y domicilio contractual se pactó en la ciudad de Bogotá.

5. El PA del FFIE, a través del Consorcio vocero y administrador, adelantó la invitación abierta No. 008 de 2019. Como resultado de lo anterior, entre el Consorcio Colombia Estudia y el PA del FFIE se celebraron diez (10) contratos de obra con el objeto de elaborar los diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción y urbanísticas junto como los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de obras en diferentes instituciones educativas públicas en los municipios de Cali, Tuluá y Guacarí, todos ubicados en el departamento del Valle del Cauca. En cada uno de los proyectos contratados se fijó la modalidad de valores unitarios fijos. El siguiente cuadro sintetiza los datos relevantes de los mencionados contratos:

Número

Institución Educativa indicada en el objeto contractual, que a su vez se estipuló como lugar de ejecución

Valor contractual

pactado

Domicilio contractual pactado /fecha de suscripción / plazo inicial

1380-1042-2019

\$ 4.701'925.075=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 12 meses desde acta de inicio.

1380-1086-2020

Institución Educativa I.E EVARISTO GARCÍA SEDE FERNANDO DE ARAGÓN ubicada en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$ 4.481'399.630=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 8 meses desde acta de inicio.

1380-1087-2020

Institución Educativa I.E. EVARISTO GARCÍA SEDE JOSÉ HILARIO LÓPEZ, ubicada en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$ 1.431'438.699=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 4 meses desde acta de inicio.

1380-1088-2020

Institución Educativa I.E. SANTA FÉ SEDE CROYDON ubicada en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$2.791'488.866=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 7 meses desde acta de inicio.

1380-1163-2020

Cali, departamento Valle del Cauca.

\$3.327'774.610=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 9 meses desde acta de inicio.

1380-1164-2020

Institución Educativa I.E. JOSÉ IGNACIO OSPINA PRINCIPAL ubicada en el Corregimiento de Guabitas Tres Esquinas en el municipio de Guacarí, departamento Valle del Cauca.

\$ 3.161'083.204=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 7 meses desde acta de inicio.

1380-1247-2020

Institución Educativa I.E. VILLA DEL SUR SEDE PRINCIPAL ubicado en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$ 9.786'900.000=

* Bogotá.

* 7 de mayo de 2020.

* 16 meses desde acta de inicio.

1380-1272-2020

Institución Educativa I.E. TÉCNICO INDUSTRIAL CARLOS SARMIENTO LORA SEDE PRINCIPAL ubicada en el municipio de Tuluá, departamento Valle del Cauca

\$3.702'622.669=

* Bogotá.

* 7 de mayo de 2020.

* 8 meses desde acta de inicio.

1380-1241-2020

Institución Educativa I.E. LIBARDO MADRID VALDERRAMA SEDE PABLO NERUDA ubicada en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$3.605'903.368=

* Bogotá.

* 7 de mayo de 2020.

* 11 meses desde acta de inicio.

1380-1161-2020

Institución Educativa I.E. ANTONIO NARIÑO SEDE MAGDALENA ORTEGA DE NARIÑO ubicada en el municipio de Cali, departamento Valle del Cauca.

\$1.690'359.204=

* Bogotá.

* 25 de febrero de 2020.

* 6 meses desde acta de inicio.

VALOR TOTAL DE LOS 10 CONTRATOS DE OBRA

\$38.680'895.325=

6. En los diez (10) contratos de obra en referencia, las partes estipularon una cláusula -en algunos vigésimo sexta, en otros vigésimo séptima- denominada solución de controversias contractuales, bajo el siguiente tenor literal:

“SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: EL PA-FFIE procurará solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá emplear los mecanismos previstos en la ley, tales como conciliación, amigable composición y transacción, previa justificación del mecanismo seleccionado y atendiendo los lineamientos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Las partes asumirán, cada una por su cuenta, los costos derivados del empleo de cualquiera de estos mecanismos.”

7. El accionante señaló en su escrito de tutela que de esta cláusula “genérica y limitada” se desprende que, ante la existencia de controversias contractuales entre las partes, se debe privilegiar y agotar previamente el arreglo directo de las diferencias y discrepancias, y de no ser posible esa solución dentro de los 30 días siguientes a la convocatoria del arreglo directo, se enunciaron algunos mecanismos como la conciliación, la amigable composición y la transacción para procurar la solución del conflicto.

8. Ante la existencia de desacuerdos contractuales por presunto desequilibrio económico en los contratos de obra, el Consorcio Colombia Estudia presentó tres solicitudes de convocatoria a arreglo directo de fechas 18 de junio de 2021, 23 de junio de 2021 y 21 de julio de 2021.

9. Lo anterior generó una reunión entre las partes el 4 de agosto de 2021 en la cual, de acuerdo con que lo adujo el accionante, se concluyó que (i) el contratista debía presentar una solicitud en la cual exclusivamente hiciera referencia al incremento del precio del acero, con los soportes correspondientes; (ii) para implementar el plan de aplicación del protocolo sanitario para la obra (PAPSOS), se le remitió al contratista un borrador del otrosí contractual con el anexo de costos, para realizar la tasación, remitirlo a aprobación de la interventoría y proceder a solicitar la adición contractual; y, (iii) el contratista realizaría una programación de obras señalando el presupuesto y plazo, lo cual era aplicable respecto de seis (6) de los contratos de obra suscritos en los que se centraron las principales diferencias. Según el actor, en esa misma reunión se suspendió la sesión de arreglo directo hasta que el contratista Colombia Estudia remitiera la programación de obras respectiva.

10. El 14 de septiembre de 2021, el Coordinador de Controversias Contractuales de la Dirección Jurídica de la Unidad de Gestión del FFIE remitió carta al Consorcio Colombia Estudia, poniéndole de presente las observaciones que la interventoría realizó en cada uno de los contratos respecto de la programación de obra, presupuesto y plazo. La mayoría de las observaciones dan cuenta de que la información que entregó el contratista fue devuelta por el interventor al evidenciar inconsistencias. Por ello, el FFIE solicitó al Consorcio Colombia Estudia que “en el término de cinco (5) días hábiles siguientes al recibido de la presente comunicación, realice el ajuste a la Programación de obras de cada uno de los contratos precitados con el fin de dar continuidad a la sesión de arreglo directo.”

11. Contó el accionante que mediante citación virtual del 1º de octubre de 2021 se convocó al Consorcio Colombia Estudia, a la interventoría y a la dirección técnica, a la reanudación de la sesión de arreglo directo para llevarse a cabo el 5 de octubre de 2021 a las 5:00 pm. No obstante, mediante radicado No. FIE2021ER028588 del mismo 5 de octubre de 2021, el contratista manifestó que no asistiría a tal sesión porque las reclamaciones debían ser resueltas en el marco de la amigable composición en tanto entendió culminada la etapa de arreglo directo por vencimiento del término estipulado sin que se solucionaran sus pretensiones.

De la amigable composición y los fundamentos de la tutela

12. El Consorcio Colombia Estudia acudió el 23 de septiembre de 2021 al Centro de

Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, para iniciar el trámite de la amigable composición con miras a solucionar las controversias contractuales y el presunto desequilibrio económico en los diez (10) contratos de obra celebrados con el PA FFIE, por cuanto “a la fecha, han pasado más de 30 días desde la radicación de las convocatorias a arreglo directo, sin que se hubiese podido llegar a una solución directa al conflicto planteado en las comunicaciones antes relacionadas.” En esa solicitud el convocante indicó como dirección del convocado una ubicada en la ciudad de Bogotá y no manifestó argumentos sobre la competencia territorial de adelantar el trámite en Cali.

13. Con ocasión de tal solicitud, el 24 de septiembre de 2021 la Directora (e) del centro de amigable composición accionado remitió correo electrónico convocando a las partes a audiencia virtual de apertura el día 30 de septiembre de 2021. En esa oportunidad no se adjuntó información adicional para el convocado. Posteriormente en correo electrónico del 29 de septiembre de 2021 se informó a las partes el link de conexión por la plataforma Zoom.

14. El 30 de septiembre de 2021 se adelantó la audiencia de integración y apertura de la amigable composición por la Directora (e) del centro accionado. En tal audiencia se indicó que la solicitud de amigable composición fue presentada por el contratista unilateralmente al señalar la imposibilidad de llegar a un arreglo directo, y seguidamente, a falta de acuerdo previo entre las partes, la Directora se apoyó en el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 para nombrar como amigable componedor al ingeniero civil Miguel Octavio Charry Rodríguez. Asimismo, con base en el inciso 4° de ese mismo artículo, dispuso que el procedimiento de la amigable composición se iba a guiar por las reglas fijadas por el centro accionado.

15. Ese mismo día, previo a la celebración de la audiencia de integración y apertura, el Director Jurídico de la Unidad de Gestión del FFIE remitió vía correo electrónico una carta al centro accionado, señalando que en los contratos de obra no existía un pacto directo de amigable composición y que el mecanismo de solución de controversias contractuales era el arreglo directo entre las partes que se encontraba en curso para esa fecha. Por ello, indicó que no era posible asistir al escenario de la amigable composición. Frente a tal petición, la Directora (e) del centro accionado estimó que “el Centro no tiene facultades para pronunciarse y se procederá a su traslado al amigable componedor” y, por esa razón,

continuó con el desarrollo de la audiencia.

16. En el presente caso, el actor dirigió la acción de tutela contra la habilitación, competencia y procedimiento de la amigable composición que fue convocada por el Consorcio Colombia Estudia, al considerar que en el trámite se le vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, defensa y contradicción (Arts. 13 y 29, CP). Fundó su petición en los argumentos que se resumen a continuación.

16.1. A partir de una interpretación errada de la “cláusula vigésima sexta” de los contratos de obra, se desconoció la necesidad de agotar previamente el trámite de arreglo directo, con el fin de acudir posteriormente, en cumplimiento del principio de voluntariedad de las partes, a otras instancias alternativas de solución de conflictos. De hecho, no existía un pacto específico de amigable composición sino una enunciación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, sumado a que el contratista escogió ese mecanismo actuando unilateralmente y desconociendo los compromisos establecidos en la instancia de arreglo directo. Además, la escogencia del mecanismo alternativo debía justificarse y seguir los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual no se presentó.

16.2. El centro accionado inició el trámite de amigable composición sin tener competencia para ello, porque el inciso quinto del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el trámite se adelantará en el centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por el convocante. Como el Consorcio FFIE Alianza BBVA únicamente tiene domicilio en Bogotá y no posee sucursales en Cali o en el Valle del Cauca, adujo el accionante que el centro accionado carece de la competencia territorial para realizar la amigable composición.

16.3. El centro accionado no inadmitió la solicitud de amigable composición por encontrarse en curso la etapa de arreglo directo, la cual no había finalizado por estar los términos suspendidos. De allí que, al no haberse acreditado los presupuestos para la procedencia de la amigable composición, carecía de competencia para asumir la habilitación y trámite de la misma.

16.4. En las citaciones para la audiencia del 30 de septiembre de 2021 no se allegó copia del traslado del escrito de solicitud de amigable composición presentado por el Consorcio Colombia Estudia, con el fin de que el Consorcio FFIE Alianza BBVA tuviera conocimiento de la

actuación, los hechos y las pretensiones para ejercer el derecho de defensa y contradicción, lo que estima es “un claro ocultamiento de la actuación”. Esa situación desconoció los decretos 491 de 2020 y 806 de 2020 que, según el actor, son aplicables a los trámites de amigable composición y que, por ende, exigen que el convocante al presentar la solicitud simultáneamente envíe por medio electrónico copia de ella y de sus anexos al convocado, lo cual no se realizó por el Consorcio Colombia Estudia ni fue exigido por el centro de conciliación accionado.

16.5. En la audiencia del 30 de septiembre de 2021, aunque asistió el Director Jurídico de la Unidad de Gestión del FFIE, la convocada no contó con la representación debida en tanto el poder se encontraba en trámites internos ante la entidad y no fue posible obtenerlo en tiempo porque la citación de la audiencia fue muy cercana a su realización. A pesar de poner de presente esa situación, el actor indicó que le fue negado el derecho y que la audiencia continuó con la designación del amigable componedor.

16.6. El centro de amigable composición accionado no permitió la discusión frente a la escogencia del amigable componedor que en principio debía de hacerse por mutuo acuerdo entre las partes, y solo a falta de tal acuerdo, podía ser designado por el centro de amigable composición escogido a prevención por el convocante conforme lo establece el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012.

17. Adicionalmente, el accionante manifestó que el 4 de octubre de 2021, el amigable componedor profirió el Auto 001 en el cual dio traslado de la solicitud de amigable composición por 15 días al Consorcio FFIE Alianza BBVA, en su calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo del FFIE. En respuesta, dicho Consorcio presentó escrito informando las irregularidades y procedió a recurrir el Auto expedido, solicitando la terminación del procedimiento ante los yerros y la falta de competencia que viciaba de nulidad el trámite.

18. Informó el actor que mediante comunicación del 12 de octubre de 2021 el asesor jurídico del centro de amigable composición accionado, sin tener competencia para ello, “resolvió el recurso de reposición” desestimando cada una de las irregularidades y la falta de competencia que alegó la parte convocada.

19. En dicha comunicación el asesor jurídico del centro accionado se pronunció indicando que

(i) frente a la inconformidad de que el contratista hubiese acudido a la amigable composición sin antes agotar el procedimiento de arreglo directo, el artículo 13 del CGP establece que las estipulaciones de las partes que fijen el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia y que en todo caso el centro de amigable composición partió del principio de la buena fe de las partes para dar trámite a la solicitud del contratista; (ii) aclaraba que el convocado es el Consorcio FFIE Alianza BBVA en su calidad de administrador y vocero del PA FFIE con NIT No. 830-053-812-2; (iii) el amigable componedor es el encargado de darle trámite a los traslados; (iv) el Decreto 806 de 2020 se aplica a procesos jurisdiccionales, no al trámite de la amigable composición; (v) las sociedades que integran el Consorcio FFIE Alianza BBVA tienen sucursales o agencias en la ciudad de Cali, sumado a que los contratos de obra se realizan en Cali, por lo que siguiendo lo dispuesto en el artículo 28.5 del Código General del Proceso, era legítima la competencia territorial asumida por ese centro de amigable composición; y, (vi) el trámite adelantado no es formalmente jurisdiccional y por ello no procede la figura del recurso de reposición.

20. El accionante explica que el presente caso cumple con el requisito de subsidiariedad porque, tal como lo advirtió el centro accionado, no proceden recursos contra las actuaciones que se adelantan en el trámite de amigable composición, situación que lo deja sin mecanismos en el trámite para velar por la protección de los derechos fundamentales. Aunado a lo anterior, puso de presente la amenaza de un perjuicio irremediable porque la controversia suscitada entre las partes involucra directamente recursos públicos y cualquier decisión que tome el amigable componedor tiene los efectos legales de una transacción, sumado a que compromete el derecho a la educación de miles de niños, niñas y adolescentes que son beneficiados con las obras que fueron contratadas y que están en debate, lo que habilita la procedencia de la acción de tutela en contra del trámite dado a la amigable composición.

21. Además, resaltó que el procedimiento de amigable composición no comporta una actuación judicial y la tutela no se dirige contra una providencia judicial, pero que a pesar de ello asemeja las irregularidades expuestas a la configuración de un defecto orgánico por la carencia de competencia absoluta del centro accionado, y a un defecto procedimental absoluto por el desconocimiento de los procedimientos propios que fijan la Ley 1563 de 2012 y el Decreto 806 de 2020. Finalmente, estimó que también se vulnera el derecho a la

igualdad “al beneficiar con actuaciones individuales y ocultas al convocante frente a un procedimiento que debe garantizar la voluntad e igualdad de armas de las partes.”

22. Con base en lo expuesto, el accionante solicitó que se conceda el amparo a los derechos fundamentales invocados y que, en consecuencia, se dejen sin efecto las actuaciones adelantadas por el centro de conciliación accionado en el trámite de la amigable composición que fue solicitada por el Consorcio Colombia Estudia, y se ordene la terminación del procedimiento ante la falta de competencia de ese centro de conciliación.

2. Respuesta de los accionados y vinculados

Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle

23. La Directora(e) del centro accionado solicitó negar el amparo. Con tal fin, señaló que la actividad de los centros de conciliación, arbitraje y amigable composición en cualquiera de estas modalidades se encuentra circunscrita a temas operativos y administrativos, por lo cual lo relativo a los aspectos procedimentales de la amigable composición es de competencia exclusiva del amigable componedor.

24. Agregó que la parte accionante fue la encargada de redactar la cláusula a partir de la cual se asumió competencia de la amigable composición y, por ende, no puede basarse en lo genérico de la misma para ejercer su defensa. Explicó que de acuerdo con el artículo 13 del Código General del Proceso (CGP), las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia, motivo por el cual el requisito previo del arreglo directo no podía ser obstáculo para el acceso a una justicia privada escogida por las partes.

25. Indicó que no es competencia del centro accionado dar traslado de la solicitud de amigable composición y que, siguiendo los postulados del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012, el centro de amigable composición estaba habilitado para asumir el asunto por competencia territorial en tanto la cláusula de solución de controversias guardó silencio sobre el caso en que la convocada tenga sucursales. A partir de ello precisó que el Consorcio FFIE Alianza BBVA no cuenta con personería jurídica, pero las empresas que lo conforman sí la tienen y cuentan con sedes o agencias sucursales en la ciudad de Cali (Art. 28.5 CGP).

26. También adujo que la audiencia de integración y apertura de la amigable composición fue notificada a las partes desde el 24 de septiembre de 2021 y que no se solicitó aplazamiento de la misma. Así mismo, manifestó que frente a la escogencia del amigable componedor, el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 establece que al no existir acuerdo entre las partes, la delegación de la designación queda en cabeza del centro de amigable composición. Para el centro accionado, la falta de acuerdo entre las partes se reflejaba en la solicitud de amigable composición ante la imposibilidad de lograr un arreglo directo, y por ello procedió a designar el amigable componedor, quien ejerce la representación conjunta de las partes.

Amigable componedor Miguel Octavio Charry Rodríguez

27. El amigable componedor designado pidió negar las pretensiones del accionante. Para ello expuso que la competencia territorial se estableció con base en los artículos 61 de la Ley 1563 de 2012 y 28.5 del CGP, por cuanto el patrimonio autónomo carece de personería jurídica y se tuvo en cuenta la sucursal de Cali de las sociedades que integran el Consorcio FFIE Alianza BBVA. Además, Cali es la ciudad donde se desarrollan 7 de las 10 obras contratadas.

28. Respecto al requisito de agotar la etapa de arreglo directo como condición de procedibilidad para poder acudir a la amigable composición, explicó que el artículo 13 del CGP consagra que tales estipulaciones no son de obligatoria observancia y que la designación que se le hizo como amigable componedor contempla la representación de ambas partes para solucionar la controversia contractual.

Consorcio Colombia Estudia (contratista y convocante)

29. El representante del Consorcio Colombia Estudia solicitó declarar improcedente la petición de amparo tutelar. Para ello, planteó tres argumentos estructurales que a continuación se sintetizan.

30. Estimó que no se configura una violación al debido proceso del actor porque (i) la etapa de arreglo directo sí se agotó con las tres (3) peticiones que elevó el contratista, la reunión del 4 de agosto de 2021 y la entrega de la programación de obra por parte del contratista al interventor; no obstante, al no avanzar esa etapa y haber transcurrido más de 30 días desde su inicio, el arreglo directo finalizó por vencimiento de términos y habilitó la amigable

composición; y, (ii) el Consorcio FFIE Alianza BBVA aceptó el mecanismo de la amigable composición en la cláusula contractual, e incluso en el trámite solicitó prórroga para dar respuesta al traslado de la convocatoria a amigable composición.

31. Indicó que la acción de tutela es improcedente frente a hechos futuros y daños eventuales, en tanto para ese momento el apoderado del Consorcio FFIE Alianza BBVA contaba con la oportunidad para ejercer el derecho de defensa y de contradicción mediante el traslado que realizó el amigable componedor.

32. Por último, esgrimió que no se afectó el debido proceso del actor porque el centro accionado tiene plena competencia territorial para tramitar la amigable composición. Lo anterior por cuanto el Consorcio FFIE Alianza BBVA no tiene personería jurídica y por ello su domicilio puede ser el mismo domicilio de sus miembros que, para el presente caso, son las sociedades de derecho privado Alianza Fiduciaria S.A. y BBVA Asset Managment S.A. que tienen sucursales en la ciudad de Cali.

3. Sentencia de primera instancia en tutela

33. El Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en sentencia del 9 de noviembre de 2021, declaró improcedente el amparo constitucional. Para tal fin, consideró que las actuaciones surtidas por el centro de amigable composición accionado no configuran actuaciones públicas relacionadas con el ejercicio de funciones administrativas o con la prestación de un servicio público, sino que se enmarcan en una actividad particular propia del ámbito contractual. Luego estimó que no se advertía la existencia de un perjuicio irremediable, que el escenario propicio para plantear las controversias que indica el actor es justamente el trámite de amigable composición que estaba empezando ante un tercero que vela por los intereses de las partes en términos de equidad, sin que fuese dable la intervención del juez constitucional ante la existencia de otros mecanismos de defensa.

4. Impugnación

34. El accionante impugnó la decisión. Sostuvo que el juez de primera instancia tutelar no cumplió con la obligación de motivar el fallo porque “se limitó a una simple y continúa transcripción de los escritos de las partes, para al final desestimar los argumentos con una

conclusión ilógica y sin un fundamento probatorio”, en tanto no señaló qué mecanismos debían agotarse antes de acudir a la tutela y menos analizó los cargos que fueron expuestos por lesivos de los derechos fundamentales. Insistió en los argumentos de la tutela y agregó que el PA del FFIE, a pesar de no tener personería jurídica para actuar, sí cuenta con la capacidad procesal para ser parte en la tutela y en cualquier proceso. También precisó que no cuenta con otros mecanismos de defensa y que se encuentra en un estado de subordinación porque no tuvo la oportunidad de escoger dentro de los mecanismos enunciados en la cláusula contractual de controversias contractuales, el mecanismo de amigable composición.

5. Sentencia de segunda instancia en tutela

35. El 6 de enero de 2022, el Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, confirmó la decisión que declaró improcedente el amparo. Adujo la falta de legitimación por pasiva porque “la actividad que desarrolla el accionado al designar amigables componedores, en virtud de un acuerdo autónomo de las partes de una relación contractual, no configura una actividad pública relacionada con el ejercicio de funciones administrativas o la prestación de un servicio público, por ende, tras no cumplirse con uno de los presupuestos trazados para la procedencia de la tutela por tratarse de un particular, mal puede procederse como lo invoca el actor.” Agregó que el actor cuenta con mecanismos de defensa como el de proseguir con el trámite de la amigable composición iniciada el 30 de septiembre de 2021 o solicitar la nulidad, máxime cuando no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable.

II. SOLICITUD DE INSISTENCIA

36. Con fundamento en los criterios objetivos orientadores de selección dispuestos en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015, el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar insistió en la selección de este caso con fines de revisión. Estimó novedoso el asunto y consideró relevante determinar cómo y cuándo se puede iniciar un trámite de amigable composición en el marco de un contrato específico y la relación existente con el trámite de arreglo directo, así como examinar de nuevo la procedencia de la acción de tutela, en tanto indicó que se podía presentar un desconocimiento del precedente fijado en la Sentencia SU-091 de 2000 que aplicó la hipótesis de indefensión.

37. Así mismo, explicó que era relevante examinar la afectación a derechos fundamentales cuando no puedan zanjarse a través de los instrumentos que ofrece el mecanismo alternativo de solución de conflictos. Puntualmente refirió al ejercicio de la acción de tutela para (i) controvertir la competencia del centro de conciliación escogido; (ii) cuestionar la habilitación y designación del amigable componedor cuando se hace unilateralmente; y (iii) materializar desacuerdos sobre la competencia de los funcionarios designados para resolver recursos o solicitudes al interior de los procedimientos.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

38. El presente asunto fue seleccionado para su revisión mediante Auto del 30 de junio de 2022, notificado el 15 de julio del mismo año, emitido por la Sala de Selección Número Seis de 2022. Dicha Sala repartió a la magistrada Diana Fajardo Rivera la sustanciación del caso y el proceso fue enviado con esa finalidad al despacho el 15 de julio del presente año.

39. Revisado el expediente, la Magistrada sustanciadora advirtió la necesidad de hacer uso de la facultad de decretar pruebas, por lo cual mediante Auto del 22 de agosto de 2022 (i) solicitó al Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá que remitiera a este despacho copia digital de la totalidad del expediente de tutela que corresponde al caso de la referencia; (ii) requirió al apoderado judicial del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, para que remitiera digitalizados varios documentos o actuaciones; y, (iii) requirió a la Directora del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, para que remitiera copia digitalizada de varios documentos o actuaciones. Además de ello, en el ordinal quinto de esa providencia judicial, dispuso que, por estado y durante el término de dos días, se pusiera a disposición de las partes y vinculados la documentación que fuese allegada como pruebas, con el fin de que los interesados pudieran pronunciarse sobre la misma. Una vez allegadas las pruebas y surtidos los traslados, se recibieron pronunciamientos de las partes e intervinientes.

40. Pronunciamiento del PA FFIE. El apoderado del PA FFIE en su escrito recalcó que (i) la cláusula de solución de controversias no comporta una cláusula de amigable composición que habilite de manera automática ese mecanismo, sumado a que no aceptó el mecanismo

de la amigable composición ni convalidó el trámite dando mandato al amigable componedor; (ii) son las mismas partes quienes de manera conjunta deciden el empleo de un mecanismo alternativo de solución de conflictos para dirimir las desavenencias existentes entre ellas en virtud del negocio jurídico, todo esto previo al aviso de una de las partes de la intención de acudir al medio para que entre ellas establezcan las condiciones del mismo; y (iii) el PA FFIE nunca concedió mandato al componedor para dirimir la controversia.

41. Adicionalmente, en tanto el trámite de la amigable composición continuó de forma paralela al de tutela, puso de presente varias “irregularidades” adicionales.

42. Concluyó señalando que en la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 01 de febrero de 2022 el PA FFIE insistió en las irregularidades del trámite, explicó la inexistencia de un mandato al amigable componedor y en que no tenía voluntad de participar en el mecanismo de composición. Adujo que esa intervención oral no fue incluida en la grabación oficial de la audiencia porque el amigable componedor la estimó impertinente y procedió a suspender la audiencia, por lo cual aportó la grabación completa de la misma para demostrar su diligencia en el trámite.

43. En escrito adicional explicó que se predica la ausencia de justificación de las partes para acudir a la amigable composición en los términos planteados en la cláusula contractual y por ello ese mecanismo alternativo de solución de controversias fue escogido por el contratista de forma arbitraria, intempestiva y sorpresiva. También insistió en que no medió ningún mandato de las partes para designar al amigable componedor, por lo cual éste actuó durante todas las diligencias con una plena falta de competencia. Finalizó precisando que no existe un auto previo de tasación de honorarios del amigable componedor, sino hasta el Auto 004 del 2 de diciembre de 2021 se informó que se habían tasado en \$154'952.296 y que fueron pagados por la parte convocante, situación que impidió ejercer la defensa y contradicción.

44. Pronunciamiento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle. La Directora (e) del centro accionado señaló que el asesor jurídico no intervino en el trámite de la amigable composición, sino que se ocupó de puntuales temas administrativos de ese centro como el acompañamiento en la audiencia de instalación y la respuesta aclaratoria sobre la viabilidad o no de los recursos.

45. Pronunciamiento del Consorcio Colombia Estudia – CCE. El representante legal del CCE

solicitó confirmar la denegatoria de amparo, para lo cual indicó que (i) la etapa previa de arreglo directo fue agotada y culminó con el vencimiento del término porque pasaron más de 30 días desde su convocatoria y las partes no llegaron a ningún acuerdo, ni procedieron a suspender esa etapa, por lo que el CCE acudió a la amigable composición en ejercicio de un derecho estipulado contractualmente; (ii) el Consorcio FFIE Alianza no es una persona jurídica diferente a los miembros que la conforman, por lo cual se tuvo en cuenta el domicilio de las sociedades Alianza Fiduciaria y BBVA Asset Managment S.A. que tienen sucursales en la ciudad de Cali y por ello se escogió el centro accionado por estar ubicado en Cali; (iii) para dar trámite a la audiencia inicial no es requisito remitir al convocado el escrito de solicitud de amigable composición, por lo cual no existió violación al debido proceso, máxime cuando se remitió posteriormente ese escrito al convocado.

46. Agregó que (iv) la audiencia del 30 de septiembre de 2021 se citó con suficiente antelación, por lo cual no es excusa la ausencia de tiempo para tramitar el poder de quien representaría en esa audiencia a la parte convocada; (v) la escogencia del amigable componedor respondió a la norma supletiva que así lo habilita en cabeza del centro accionado ante la falta de acuerdo entre las partes; (vi) el PA FFIE no tiene ni ha tenido la intención de proteger los recursos públicos ni el derecho a la educación porque “la intención del accionante era dilatar y torpedear el arreglo directo para obligar al CCE a acudir a las vías judiciales, las cuales, como es ampliamente conocido, toman varios años para resolver un conflicto.”

47. Adujo que la solicitud de amparo es improcedente por carencia de objeto, porque el trámite de amigable composición culminó con el documento final expedido por el amigable componedor, el cual por disposición legal tiene los efectos de una transacción. A partir de ello, señaló que “es claro que la revisión de la Corte Constitucional carece de objeto por existir un hecho superado. Es decir, la pretensión del accionante de que el trámite de la amigable composición no se siguiera adelantando ya no puede ser resuelta en sede de revisión en tanto dicho trámite ya ha culminado.” Lo anterior porque las circunstancias fácticas que motivaron la interposición de la tutela ya no existen y deviene la carencia de objeto.

48. Planteó que la tutela también es improcedente para atacar la decisión del amigable componedor porque no es predicable la existencia de subordinación ni de indefensión.

Precisó que el PA FFIE realizó en la amigable composición diferentes actuaciones como contestar la solicitud, proponer excepciones previas y de mérito, solicitar pruebas, elevar pretensiones propias, interpuso recursos y solicitó la nulidad de la actuación, y que en las etapas que voluntariamente decidió no intervenir se le garantizó el debido proceso. Indicó que el juez de tutela no puede pronunciarse frente a aspectos que le corresponden a la justicia ordinaria porque desatiende la subsidiariedad, más aún cuando se trata de un debate contractual que no ha sido demandado por el PA FFIE.

49. Señaló que no es predicable la existencia de un perjuicio irremediable porque el PA FFIE no ha realizado el pago de las sumas establecidas a favor del CCE por el amigable componedor, al punto que “debido a ese impago éste último presentó demanda ejecutiva la cual actualmente se tramita ante el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá bajo el expediente 2022-00216, en el cual ni siquiera se ha dictado mandamiento de pago a pesar de que la demanda se radicó hace aproximadamente 2 meses.” En tal sentido, explicó que con el contrato de fiducia No. 1380 de 2015 el PA FFIE recibió recursos por \$1.751.758’422.337, por lo cual “no consideramos que la suma que reconoció el amigable componedor a favor del CCE \$3.736’251.740) afecte de manera grave al PA FFIE.”

50. Finalizó indicando que la materialización del pacto de composición y de la aceptación verbal del mandato del amigable componedor se dio por aquiescencia tácita (consentimiento implícito) del PA FFIE, lo que aparea el deber de cumplir la transacción que emitió el amigable componedor en última instancia, que configura un título ejecutivo que se puede hacer exigible por vía del proceso ejecutivo. Sumado a ello, la competencia territorial se habilitó en cumplimiento del artículo 28.5 del CGP porque las personas jurídicas que integran el Consorcio fiduciario tienen sucursales en Cali.

51. Ahora bien, de las pruebas allegadas, muchas de las cuales ya fueron relacionadas en los antecedentes del caso, vale la pena resaltar que el centro accionado remitió las principales actuaciones que se surtieron en el trámite de la amigable composición que convocó el Consorcio Colombia Estudia, las cuales por su extensión se sintetizan en el siguiente cuadro:

Acta/

Auto

Fecha

Objeto o actuación

Acta No. 1

30.09.2021

Audiencia de apertura e integración de la amigable composición dirigida por la directora (e) del centro accionado y designación del amigable componedor. // En esta audiencia asistió el director jurídico de la Unidad de Gestión del FFIE, quien remitió correo electrónico previo señalando que no existía un pacto directo de amigable composición y que el mecanismo de solución de controversias contractuales era el arreglo directo entre las partes que se encontraba en curso para esa fecha. Por ello, indicó que no era posible asistir al escenario de la amigable composición. Frente a esta petición, la directora (e) indicó que el centro accionado no tenía facultades para pronunciarse y que se procedería a su traslado al amigable componedor. // El amigable componedor estableció las etapas y los términos a seguir en la amigable composición.

Auto 001

04.10.2021

Fijación del procedimiento de la amigable composición, traslado por 15 días de la solicitud de amigable composición a la parte convocada y designación del perito ingeniero civil.

Auto 002

14.10.2021

Decisión de prorrogar el traslado por 15 días a la parte convocada porque el link remitido con los archivos había caducado y no podía acceder a los mismos.

Auto 003

23.11.2021

Decisión de prorrogar el traslado a la parte convocante por 5 días más por el alto volumen de información contenida en la respuesta a la solicitud de amigable composición.

Auto 004

03.12.2021

Resuelve el recurso de reposición que presentó la parte convocada frente al Auto 003 de 2021, en el cual se alegó que el amigable componedor no contaba con el consentimiento del PA FFIE para modificar las reglas procesales y por ello el escrito presentado por el Consorcio Colombia Estudia debía ser considerado como extemporáneo. Al respecto, el amigable componedor señaló que (i) el mecanismo empleado en tanto es contractual y no procesal, conlleva a que “no tiene cabida un recurso de reposición que corresponde a un mecanismo de carácter procesal”; y (ii) en garantía a la igualdad de medios y oportunidad de las partes, sí había prorrogado el término de la parte convocada, también debía hacerlo respecto la parte convocante. // También decidió negar el llamamiento en garantía a una aseguradora que solicitó el PA FFIE, por no tratarse de un proceso judicial. // Mantuvo los honorarios que se fijó como amigable componedor en la suma de \$154'952.296. En el fundamento 18 el amigable componedor señaló que “la suma liquidada fue debidamente cancelada en su totalidad por el Consorcio Colombia Estudia”. Vale precisar que en convenio final de composición se indica que el CCE canceló el valor total de los honorarios fijados, a título de anticipo, en la cuenta bancaria dispuesta por el amigable componedor.

Auto 005

13.12.2021

Reitera la plena competencia del centro accionado y del amigable componedor para adelantar el trámite de la amigable composición que convocó el Consorcio Colombia Estudia. Instó a las partes a buscar claridad sobre las controversias contractuales. // Este Auto se profirió en respuesta a un escrito que presentó el 24 de noviembre de 2021 el apoderado del PA FFIE planteando la falta de competencia del centro accionado y del amigable componedor por el factor territorial y por no haberse agotado el arreglo directo, al igual que adujo no tenía voluntad de acudir a este mecanismo de composición por no haber sido acordado. // El amigable componedor defendió que la competencia territorial recae en la ciudad de Cali

porque las personas jurídicas que conforman el Consorcio del FFIE Alianza BBVA tienen sucursal en Cali. También señaló que el procedimiento específico de arreglo directo no puede invocarse como argumento de procedibilidad a la amigable composición.

16.12.2021

Decisión del amigable componedor de otorgar 10 días de traslado al PA FFIE para pronunciarse sobre la respuesta que dio el convocante a la contestación que hizo aquel en este trámite. Los archivos de consulta habían caducado y por ello se otorgó nuevamente el plazo.

Auto 007

13.01.2022

Rechazo de las solicitudes de nulidad que presentó el PA FFIE. El amigable componedor fundó su decisión en que (i) los temas relacionados con el factor territorial y la validez de la cláusula de solución de controversias contractuales fueron objeto de análisis en el Auto 005; y (ii) no era viable vincular en la amigable composición al Ministerio Público porque el PA FFIE no es una entidad pública ni su patrimonio tiene la naturaleza de recursos públicos.

Auto 008

20.01.2022

Convoca a audiencia para recepción de testimonios desde el 1° al 4 de febrero de 2022.

Auto 009

28.01.2022

Decisión del amigable componedor de confirmar el Auto 007 del 13 de enero de 2022, frente al cual el apoderado del PA FFIE presentó “recurso de reposición” manteniendo su solicitud de nulidad del trámite de composición por no citar al Ministerio Público. En la decisión se indicó que la fiducia mercantil genera el manejo de recursos privados y que el art. 49 de la Ley 1563 de 2012 solo aplica cuando alguna de las partes es una entidad pública, lo cual no era predicable al caso.

Acta No. 2

01.02.2022

Recepción de los testimonios solicitados por las partes y se desarrolló desde el 01 al 07 de febrero de 2022. En el Acta el amigable componedor dejó constancia que ante la excusa de asistencia que presentaron los dos primeros testigos, se suspendió la audiencia hasta las 2:00 p.m. del 1° de febrero de 2022. No obstante, el Acta indica que estando suspendida la audiencia, el apoderado del PA FFIE intervino con “una serie de expresiones y alusiones impertinentes al tema de la audiencia” y manifestó declararse en rebeldía para seguir participando en este trámite y que las personas citadas a rendir testimonio por parte del PA FFIE no comparecerían. Al final de esta Acta el amigable componedor dejó constancia que en la grabación de la audiencia desde las 10 a.m. hasta las 2:00 pm se presentó una falla en el sistema magnetofónico, lo que impidió almacenar la información. Por ello se acudió a la grabación que realizó el convocante.

Auto 010

25.02.2022

Traslado del dictamen pericial que rindió el ingeniero Luis Orlando Muñoz Muñoz.

Acta No. 3

07.03.2022

Audiencia de aclaraciones al dictamen pericial y citación a audiencia para la libre argumentación de cada una de las partes sobre las controversias contractuales, la cual se convocó de manera virtual para el 14 de marzo de 2022. Se dejó constancia de que no asistió el apoderado ni representante del PA FFIE.

Auto 011

07.03.2022

Fijó como honorarios del perito la suma de \$50'000.000 que se indicó debía pagar la parte que solicitó la amigable composición.

Acta No. 4

14.03.2022

Audiencia de intervención libre de las partes sobre la controversia contractual. Se dejó constancia que no compareció el representante de la parte convocada.

Auto 012

17.03.2022

Auto que cita a audiencia final de la amigable composición.

Acta No. 5 y Auto No. 13

28.03.2022

Audiencia final. Lectura y entrega del convenio de composición. En el archivo que corresponde al convenio de composición se observa que correspondió a una decisión en equidad, en la cual se desestimaron los reparos formulados por el convocado PA FFIE y se estableció la existencia de un desequilibrio económico contractual a favor del convocante CCE e incumplimientos contractuales. Ello conllevó a reconocer al contratista la suma total de \$3.736'251.740, los cuales dispuso el amigable componedor que deben ser pagados por el PA FFIE en los 10 días siguientes a esta audiencia, porque después indicó que se generan intereses a la tasa más alta permitida por la Ley de conformidad con el Código de Comercio. También se dejó una nota precisando que el convenio de composición produce los efectos de la transacción y genera cosa juzgada en última instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

52. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento de los problemas jurídicos y estructura de la decisión

53. Con base en el recuento de los antecedentes y las actuaciones realizadas en sede de revisión, la Sala adelantará un análisis escalonado del presente asunto a partir de dos momentos que aparejan problemas jurídicos diferentes. Para el primer momento fija como problema jurídico el siguiente: ¿Procede excepcionalmente la acción de tutela contra particulares para cuestionar la habilitación, apertura y el trámite que adelantaron en el marco de una amigable composición que culminó imponiendo el convenio final de composición, sin contar con habilitación para ello?

54. Solo en caso de que advierta que la acción de tutela de la referencia cumple con los presupuestos que habilitan su procedencia, la Sala avanzará al segundo momento en el cual resolverá el problema jurídico que a continuación se plantea: ¿el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle -en su fase preparatoria- y el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez -obrando como amigable componedor- desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción que le asisten al Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa - PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, al habilitar su competencia contractual, dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición como mecanismo para solucionar las controversias contractuales con el Consorcio Colombia Estudia, y por esa vía expedir el convenio final de composición?

55. Con el fin de atender los problemas jurídicos trazados, la Sala Primera (i) referirá a los presupuestos de procedencia de la acción de tutela cuando se presentan disputas de tipo contractual que derivan en procedimientos no jurisdiccionales de solución alternativa de conflictos como la amigable composición, para lo cual se enfocará especialmente en la legitimación por pasiva cuando se ejerce esta acción constitucional contra particulares y en el requisito de la subsidiariedad; y, (ii) realizará una aproximación al origen, naturaleza y características del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición. A partir de las anteriores premisas, (iii) resolverá el caso concreto de manera escalonada y adoptará las decisiones a las que haya lugar.

3. Presupuestos que habilitan la procedencia de la acción de tutela ante disputas de origen contractual que derivan en la aplicación de mecanismos no jurisdiccionales de solución de los

conflictos como la amigable composición. Especial enfoque en la tutela contra particulares y en el requisito de la subsidiariedad

56. Legitimación por activa. De acuerdo con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela será ejercida por “toda persona” o “cualquier persona”, siendo naturalmente el principal llamado a promover el recurso de amparo el titular del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, que puede ser una persona natural o una persona jurídica. Con fundamento en ello, la Corte ha reconocido la legitimación por activa de las personas jurídicas de derecho privado para solicitar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, basado en la titularidad de derechos tales como el debido proceso, la igualdad, el acceso a la administración de justicia, la defensa, el hábeas data, la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de asociación, entre otros.

57. A partir de lo anterior, la Corte Constitucional no ha visto inconveniente en que un patrimonio autónomo interponga acción de tutela en procura de lograr la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Lo que se exige para que pueda participar en el trámite de la tutela como parte activa es que quien actúe sea su representante legal o el apoderado judicial que este designe. Esta óptica garantista se refuerza incluso con la posibilidad actual que reconoce el artículo 53.2 del Código General del Proceso, respecto a que los patrimonios autónomos gozan de capacidad para ser parte procesal.

58. Legitimación por pasiva. El ya referido artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela será ejercida contra cualquier autoridad pública o excepcionalmente contra particulares. Respecto de esta última posibilidad, el inciso quinto de aquel artículo señala que el amparo constitucional contra particulares es procedente por acción u omisión siempre que (i) estén a cargo de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.

59. Esa disposición constitucional fue objeto de desarrollo por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, el cual concretamente en el numeral 9° se refirió a la tercera hipótesis en comento, al instituir que el amparo constitucional procede con el fin de garantizar los derechos de la persona que se encuentre en situación de subordinación o de indefensión frente a un

particular.

60. Sobre ese numeral, la Sentencia C-134 de 1994 declaró su exequibilidad salvo la expresión “la vida o la integridad de”, que declaró inexecutable. En dicho fallo, la Corte estableció que “la acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto.” A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la acción de tutela contra particulares es procedente ante la consideración de que las personas no siempre se encuentran en un plano de igualdad, por lo cual deben contar con mecanismos de protección de sus derechos fundamentales, como la acción de tutela, a través de los cuales puedan controlar el abuso de poder que ejercen los particulares de forma arbitraria prevalecidos de una relativa superioridad fáctica o jurídica.

61. Desde la óptica conceptual, este Tribunal se ha referido a que la subordinación o la indefensión son relacionales, y constituyen la fuente de responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela.

62. En cuanto a la subordinación, es necesario verificar “si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales”, en tanto debe acreditarse una relación de dependencia que apareje el sometimiento o acatamiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas. Desde la Sentencia T-290 de 1993, que ha sido reiterada en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional, dentro de ellas por la Sentencia SU-091 de 2000, se ha precisado que ese concepto “alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre por ejemplo, con el trabajador respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen.” Por consiguiente, debe evaluarse si existe una relación jurídica de dependencia que afecte

derechos fundamentales de quien acciona el amparo constitucional.

63. Por su parte, el concepto de indefensión “no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.” De hecho, esta Corporación ha reconocido que la indefensión ocurre en situaciones en las que existe ausencia o insuficiencia de medios de defensa para que el accionante pueda resistir u oponerse a las actuaciones u omisiones del particular que resultan lesivas a los derechos fundamentales. Así mismo, puede predicarse ante la existencia de un vínculo contractual que facilite la ejecución de acciones u omisiones de facto que vulneren los derechos fundamentales de una de las partes.

64. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela podrá ser ejercida “en todo momento”. Por esa razón, la jurisprudencia de esta Corte ha decantado que no es posible imponer un término de caducidad para instaurarla. Este presupuesto de procedibilidad se concreta en que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno desde el momento en que ocurrió la acción u omisión que origina la violación o amenaza de los derechos fundamentales que se alega, pues de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de esta acción, esto es, el de proporcionar una protección urgente o inmediata a los derechos fundamentales. En este orden de ideas, el juez constitucional debe verificar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la solicitud de amparo es razonable.

65. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución consagra que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, a través del cual se privilegia el reparto de competencia atribuido por la Carta Política de 1991 a las diferentes autoridades judiciales y, a la vez, tiene por finalidad evitar que el juez de tutela entorpezca el normal funcionamiento de la justicia y la actividad propia del juez natural de cada proceso. Por lo tanto, la regla general es declarar improcedente la tutela cuando el juez constitucional encuentra que existe otro medio o recurso judicial a través del cual pueda el accionante obtener la protección de sus derechos.

66. Sin embargo, esta Corte ha reiterado en múltiples decisiones, que el presupuesto de la subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. De allí que puedan presentarse eventos que justifiquen habilitar excepcionalmente la procedencia del amparo tutelar porque, a pesar de existir medios de defensa judicial, (i) el mecanismo dispuesto por la ley para resolver la controversia no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del asunto estudiado, caso en el cual la protección a los derechos fundamentales procede con carácter definitivo; o (ii) se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que hace necesario otorgar un amparo transitorio.

67. Justamente, un mecanismo judicial es idóneo cuando es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es efectivo cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Lo anterior, implica que la idoneidad y la eficacia del medio de defensa no pueden ser valoradas en abstracto por parte del juez constitucional, sino que, por el contrario, el fallador debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante dicho medio le permite ejercer la defensa oportuna y competente de los derechos afectados.

68. En cuanto a la configuración de un perjuicio irremediable, el Tribunal ha definido que deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y (iv) la respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

69. Ahora bien, bajo la orientación de los anteriores cuatro presupuestos que habilitan la procedencia de la acción de tutela, la Sala estima relevante mencionar dos casos en los cuales esta Corporación se ha pronunciado específicamente sobre disputas contractuales en la aplicación del mecanismo no jurisdiccional de solución de conflictos denominado amigable composición.

70. En la Sentencia SU-091 de 2000, la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó una acción de tutela que presentó la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. - ETMVA- contra la Cámara de Comercio de Medellín – Centro de Conciliación y Arbitraje- y el Consorcio Hispano Alemán. La accionante estimó vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia porque, a partir de la interpretación de una cláusula contractual, fue puesta en marcha la amigable composición y le fue designado un amigable componedor para que actuara en nombre de la ETMVA. Así mismo, la tutela se instauró contra el consorcio por haber solicitado la actuación del centro accionado. Para ese momento se encontraba en curso un debate ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre el punto.

71. En esa oportunidad la Corte concluyó que se afectaron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la ETMVA en imponerle la amigable composición, por lo cual confirmó la concesión del amparo transitorio que había otorgado el juez de primera instancia tutelar, en el sentido de ordenar abstenerse de realizar el nombramiento del amigable componedor o si ya lo había hecho suspender tal nombramiento, mientras no exista decisión de fondo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o una solicitud suscrita por ambas partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

72. La Sala Plena de esta Corporación fundó su decisión en que, si bien era improcedente la tutela como mecanismo definitivo ante la existencia de otro medio de defensa judicial para esclarecer el contenido y vigencia de la cláusula contractual en tanto tocaba directamente la interpretación del contrato, lo cierto es que la puesta en marcha de la amigable composición existiendo una disputa entre las partes acerca de la vía de solución de los conflictos surgidos de la ejecución del contrato sin que existiera claridad sobre cuál de las que aparecían pactadas era la idónea, constituía un perjuicio irremediable en contra de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la ETMVA. Para la Corte, lo anterior generó una situación de indefensión porque se le imponía a la accionante la amigable composición sin que mediara una decisión definitiva del juez del contrato dada la controversia existente sobre la aplicación y vigencia de la cláusula contractual.

73. De otro lado, en la Sentencia T-017 de 2005 la Sala Quinta de Revisión se pronunció

sobre la acción de tutela que presentó el Instituto Nacional de Vías – INVIAS contra la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-.

74. El accionante celebró un contrato vial con un consorcio contratista, el cual luego fue modificado para incluir expresamente que las controversias contractuales que se llegaran a presentar entre las partes y que fueran susceptibles de transacción, se someterían en su solución a la amigable composición como medio definitivo de resolución de conflictos. El consorcio contratista presentó la solicitud de amigable composición ante el centro accionado alegando la existencia de un desequilibrio económico por la prolongación del plazo de las obras objeto del contrato. El centro accionado admitió la amigable composición y citó al INVIAS a la audiencia de instalación, entidad que se opuso en varias ocasiones al no existir un procedimiento legal ni reglamentario que seguir.

75. Al no obtener respuesta favorable a su solicitud, INVIAS acudió a la acción de tutela para pedir la protección de los derechos al debido proceso y a la defensa. En primera instancia la tutela fue negada y el juez de segunda instancia revocó esa decisión concediendo el amparo. Dispuso que debía declararse la nulidad de todo lo actuado y que se debía convocar a las partes para que definieran de común acuerdo el procedimiento a seguir en el trámite de la amigable composición.

76. En esa oportunidad la Sala Quinta de Revisión confirmó la decisión de conceder el amparo, pero por razones diferentes. Con base en ello, ordenó al centro accionado que procediera a reiniciar el trámite de la amigable composición desde la audiencia de apertura y que se definiera el procedimiento a seguir.

77. Dicha Sala Quinta consideró que ese caso se enmarcaba en una situación de indefensión del INVIAS respecto de los accionados, porque al no existir un procedimiento previamente fijado para adelantar la amigable composición se generaba un estado de dependencia fáctico o circunstancial en relación con el amigable componedor, ya que la resolución del conflicto dependería de los designios de dicho mandatario. Esa situación especial fue la que determinó la concesión del amparo constitucional ante la ausencia inmediata de otro medio de defensa judicial, es decir, se otorgó como protección definitiva a los derechos fundamentales vulnerados.

78. Para la Sala Primera de Revisión, los anteriores casos permiten advertir que la Corte Constitucional ha sido defensora de las garantías fundamentales en el trámite de la amigable composición, de tal forma que la habilitación de ese mecanismo alternativo atienda al principio de voluntariedad explícito e inequívoco, responda a las reglas que fueron fijadas por las partes contractuales y que se cuente con un procedimiento adecuado y preestablecido, teniendo claro que los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional sino que su actuación se enmarca dentro del ámbito netamente contractual.

79. Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para resolver conflictos derivados de la actividad contractual que conlleven a la habilitación del pacto de composición y al trámite de la amigable composición. No obstante, en aquellos casos en que sea predicable un estado de subordinación o de indefensión del accionante en tutela respecto del centro de amigable composición que obra como particular y/o del amigable componedor, la tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales conculcados (i) si los medios de defensa con los que cuenta no son idóneos y eficaces el amparo procede de manera definitiva, o (ii) si se evidencia un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario otorgar un amparo transitorio. En los anteriores casos se debe acreditar el cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela relacionados con la legitimación por activa y por pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

4. Aproximaciones al origen, naturaleza y características del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición

80. Origen y evolución normativa. El origen de la amigable composición se remonta al derecho romano, a las Siete Partidas y a la revolución francesa, última en la cual se enfocó más en acuerdos de tipo contractual asimilables en sus efectos a una transacción.

81. En la tradición jurídica colombiana, como lo sintetizó la Sentencia T-017 de 2015, la amigable composición se reconoció como una expresión de tipo netamente contractual en los artículos 677 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil) y 147 del Decreto 2304 del mismo año, con miras a diferenciarla de la figura del laudo arbitral. Para la época, se entendió que la amigable composición era una forma sui generis de arbitraje.

82. Posteriormente, en el artículo 2025 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) se

indicó que aquellas controversias susceptibles de transacción podían ser sometidas a amigables componedores por las partes con capacidad para transigir. En tal caso, se le reconoció a la declaración de composición un “valor contractual” que no producía los mismos efectos de un laudo arbitral. Nótese que nuevamente se trataba de diferenciar la amigable composición del arbitraje tradicional y se mantenía como una figura delimitada bajo la estirpe de tipo contractual.

83. Aunque ya existían algunos lineamientos sobre la amigable composición como figura autónoma del arbitraje y la conciliación, esa independencia se hizo explícita en la Parte III de la Ley 446 de 1998, que consagró un Título exclusivo para la amigable composición. Allí los artículos 130 a 132 la definieron como un mecanismo de solución de conflictos, a través del cual dos o más particulares facultaban a un tercero llamado amigable componedor -de designación directa o delegada a un tercero- para que, con fuerza vinculante para ellas, precisara el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un determinado negocio jurídico. A esa decisión se le asignó la producción de efectos legales relativos a la transacción. Tales disposiciones fueron replicadas en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos -EMASC- (Decreto 1818 de 1998).

84. A pesar de que para el momento la legislación había avanzado en reconocer y definir a la amigable composición como un mecanismo alternativo de solución de conflictos autónomo cuyo enfoque era esencialmente contractual y con efectos legales relativos a la transacción, la regulación continuaba siendo muy incipiente de cara a definir el procedimiento a seguir, máxime cuando esta Corte en la Sentencia T-017 de 2005 ya había señalado la necesidad de establecer parámetros de procedimiento previos a la amigable composición para evitar un estado de dependencia fáctico o circunstancial en relación con el amigable componedor que afectara garantías fundamentales. Así mismo, tampoco precisaba si era viable la aplicación de la amigable composición a las controversias que se presentaban con y entre entidades públicas.

85. Buscando generar mayor precisión, el Congreso de la República expidió la Ley 1563 de 2012 que, si bien concentró su esfuerzo legislativo en regular el arbitraje nacional e internacional, consagró una sección independiente y exclusiva para la amigable composición. La sección segunda de esa ley está integrada por 3 artículos que estatuyen la definición de la amigable composición (Art. 59), sus efectos (Art. 60), y la designación de amigables

componedores y la determinación del procedimiento a seguir (Art. 61).

86. En cuanto a la definición actual de amigable composición, la ley la consagra como un mecanismo alternativo de solución de conflictos cuya aplicación es predicable no tan solo a dos o más particulares como estaba originalmente concebida, sino que amplió su campo a las diferencias contractuales que se presenten entre un particular y una entidad pública, o entre varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas. En tal caso, las partes en conflicto delegan la solución de sus diferencias contractuales de libre disposición en uno o más terceros representantes suyos, denominados amigables componedores. La decisión que se adopte en el convenio de composición tiene fuerza vinculante para las partes.

87. Ahora bien, el contrato de amigable composición puede acordarse entre las partes por dos vías: (i) incorporándolo como cláusula contractual de otro contrato principal al cual accede, caso en el cual la doctrina especializada le ha reconocido la connotación de simple cláusula contractual accesoria que permite solucionar amigablemente las controversias; o (ii) como contrato independiente o principal que se constituye en la fuente directa de la amigable composición. En uno u otro caso, resulta absolutamente fundamental el principio de voluntariedad de las partes de someterse en conjunto a este mecanismo, del cual deriva un contrato de mandato con representación en donde el amigable componedor obra como mandatorio de aquellas. Por consiguiente, la expresión de la voluntad debe ser explícita e inequívoca para dotar de existencia y validez al contrato bajo la autonomía de la voluntad privada, de tal forma que habilite la amigable composición permitiendo deferir en el tercero delegado la solución de conflictos contractuales presentes y determinados, o futuros y eventuales.

88. De allí que la decisión del amigable componedor, que no tiene que ser abogado y que principalmente falla en equidad -puede hacer uso de las reglas de derecho sí así lo estima conveniente- pueda, entre otras determinaciones, precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y definir sobre los conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes. Legalmente a dicha decisión del amigable componedor se le asignó la producción de los efectos de una transacción.

89. Dentro de los avances significativos en materia de amigable composición que consagró la Ley 1563 de 2012 se relacionan los siguientes: (i) regular lo concerniente a la determinación numérica de los amigables componedores, habida cuenta que las partes son las primeras llamadas a indicar libremente el número de amigables componedores que solucionarán el conflicto. Solo de manera excepcional, a falta de acuerdo entre los contratantes, la ley determinó que será un único amigable componedor el encargado de atender las diferencias contractuales que surjan y que sean transables; y (ii) establecer la forma de designación del amigable componedor en tanto se trata de una facultad que en principio se encuentra reservada para que las partes contractuales la ejerzan directamente, y si éstas no quieren hacerlo pueden delegar a un tercero para que proceda a tal designación. En todo caso, si las partes no manifiestan un acuerdo previo sobre este punto, la ley indicó que “se entenderá que se ha delegado la designación a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante.” (Art. 61 inciso 3 ibidem).

90. Adicionalmente, (iii) determinar que el procedimiento de la amigable composición puede ser fijado por las partes directamente o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, pero que ante la falta de acuerdo sobre el procedimiento a seguir se deben entender acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido también a prevención por el convocante.

91. En este punto, la Sala destaca que actualmente la ley consagra como garantías mínimas del procedimiento de la amigable composición, el respeto de los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y de pruebas, lo cual resulta fundamental desde la óptica constitucional para proteger a las partes que intervienen en este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

93. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, puede considerarse que la amigable composición es un mecanismo de autocomposición para la solución de conflictos. Lo anterior por cuanto las partes, al celebrar la estipulación de composición, delegan la solución de su conflicto con fuerza vinculante a un tercero denominado amigable componedor, pero éste a su vez obra como mandatario de aquellas, es decir, como sí ellas mismas procedieran a la resolución de su disputa. El que tenga una naturaleza autocompositiva acentúa la importancia del principio de voluntariedad para

determinar su existencia y validez porque, a pesar de que medie libertad de formas y de contenido para su estipulación, el contrato de amigable composición debe explicitar de manera inequívoca la voluntad de las partes para que las diferencias contractuales sean resueltas por ese tercero que las representa, de tal forma que exista pleno acuerdo en el mecanismo alternativo a emplear.

94. También es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, toda vez que las actuaciones realizadas por los amigables compondores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita taxativamente a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia, en las cuales terceros son investidos transitoriamente de la función jurisdiccional de administrar justicia.

95. Significa lo anterior que, si el amigable compondor no ejerce funciones jurisdiccionales estatales, no está llamado a desarrollar actos de naturaleza procesal ni se rige por la esfera del derecho procesal, máxime cuando el origen de la amigable composición deviene del derecho sustancial propio de los contratos, su decisión carece de la fuerza jurisdiccional.

96. Lo antedicho resulta de vital importancia porque la jurisprudencia constitucional ha precisado que, justamente dada la naturaleza contractual que detenta la amigable composición, no le son exigibles las mismas garantías del derecho fundamental al debido proceso que establece el artículo 29 de la Constitución para los trámites judiciales, en especial la definición legal de un procedimiento completo y previo como forma del juicio, la defensa y la facultad de impugnación, habida cuenta que aquel derecho no puede ser “objeto de protección en el nacimiento, ejecución y extinción de los contratos, pues se trata de una garantía constitucional del ciudadano frente al ejercicio del poder público mediante la cual se pretende preservar la legalidad de las actuaciones judiciales y administrativas, como expresamente se define en el artículo 29 Superior.”

97. Por consiguiente, lo que sí resulta predicable para la competencia y trámite de la amigable composición son los principios constitucionales de la buena fe y la igualdad, siempre relacionados con el principio de la autonomía de la voluntad contractual que denota los términos acordados por las partes que deben ser explícitos e inequívocos. Así mismo, se

debe garantizar la existencia de un procedimiento preestablecido de amigable composición que permita el ejercicio activo de los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y de pruebas, conforme de manera novedosa lo estableció el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012.

98. Como mínimo ese procedimiento debe comprender tres etapas estructurales: (i) la audiencia de apertura, en donde se proclame la autoridad del amigable componedor, se fije el alcance y naturaleza de la disputa, se determine el tiempo de su duración y el de cada una de sus etapas y, además, se inste a las partes para presentar los elementos de juicio que pretendan hacer valer; (ii) la etapa de investigación, para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio; y (iii) la etapa de decisión, que se realiza mediante audiencia en la cual se presenta la solución a las partes debidamente firmada por el amigable componedor y se explica el alcance jurídico del denominado convenio de composición.

99. Como ya se indicó [supra 89 a 91], aunque la Ley 1563 de 2012 establece que las partes pueden determinar el procedimiento que van a seguir en la amigable composición o puede tomar la decisión de referir a un reglamento de un centro de arbitraje, o ante la falta de acuerdo se acoge el reglamento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por el convocante, en todas las hipótesis antedichas se deben garantizar la igualdad, la contradicción de argumentos y de pruebas, y el principio de buena fe constitucional por cuanto preservan los derechos contractuales de las partes sometidas a este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

100. Esa garantía de derechos pasa, según ha indicado esta Corporación, por “oír a las partes, atender sus solicitudes de pruebas, recibir sus escritos, fijar términos razonables para convalidar sus intervenciones, permitirles la realización de descargos, examinar documentos, entrevistar a terceros, contratar estudios técnicos con cargo a las partes en aras de desentrañar el significado legal de un concepto profesional, etc., todo con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita adoptar una recta solución.” Así las cosas, aunque no exista una garantía plena del derecho fundamental al debido proceso, la Constitución y ahora la Ley 1563 de 2012 definieron unos mínimos básicos en procura de privilegiar los derechos de las partes

contractuales en la habilitación de competencia y trámite de la amigable composición.

101. Aunado a lo anterior, la Sala destaca que la amigable composición tiene una naturaleza de acto jurídico complejo, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un solo acto sustancial, a saber: (i) el contrato de composición propiamente dicho consagrado en un negocio jurídico principal o como cláusula accesorio de otro contrato, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión que adopte el mandatario llamado amigable componedor; y, (ii) el contrato de mandato con representación celebrado entre cada uno de los contratantes en disputa y su amigable componedor, o entre ellos y el componedor único. El resultado de esa gestión se materializa en el convenio final de composición que suscribe el amigable componedor. En el curso de la amigable composición pueden surgir otras relaciones de índole contractual o extracontractual que tornan complejo el acto.

102. Finalmente importa resaltar que, asociado también a la naturaleza de la amigable composición, la legislación nacional consagra que la decisión del amigable componedor produce los efectos legales propios de la transacción, es decir, constituye cosa juzgada en última instancia (Art. 2483 CC), lo que otorga a la decisión una fuerza definitiva que ante el incumplimiento de alguna de las partes habilita el escenario coercitivo de ejecución judicial.

103. Características de la amigable composición. La Corte Constitucional ha identificado las características principales de la amigable composición, las cuales en esta oportunidad se sintetizan, no a partir de la comparación con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje y la conciliación, sino desde la normatividad aplicable, su naturaleza y los efectos que se predicen:

* La amigable composición es una institución del derecho sustancial, y concretamente del derecho de los contratos, que se rige por un contrato o cláusula de composición que celebran voluntaria y conscientemente las partes en procura de superar las eventuales diferencias contractuales.

* En la amigable composición es determinante la voluntad inequívoca de las partes de querer someter sus diferencias contractuales al amigable componedor que las representa.

* La amigable composición limita su actuar a los asuntos de libre disposición entre las partes.

- * La designación del amigable componedor corresponde a las partes directamente o mediante delegación a un tercero que puede ser persona natural o jurídica. Si no hay acuerdo previo entre las partes, se entiende delegada la designación a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por el convocante.
- * El vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes tiene su origen en un contrato de mandato, cuyas facultades se limitan conforme a lo establecido en el contrato de composición. Si no se establecen limitaciones, se entiende que el mandatario actúa ampliamente.
- * El amigable componedor puede ser singular o plural, y no necesariamente abogado.
- * Los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional, por lo cual no rigen su actuar bajo el esquema del derecho procesal.
- * El procedimiento es principalmente voluntario, y en subsidio, el propio del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por el convocante.
- * La amigable composición concluye con un convenio de composición elaborado por el tercero, el cual produce los efectos propios de una transacción y se convierte en un contrato adicional que modifica el contrato que dio origen a la discrepancia solucionada. Dicho convenio no es susceptible de ningún recurso procesal ordinario ni extraordinario.
- * Salvo acuerdo en contrario, la decisión del amigable componedor se fundamenta en la equidad, y si lo estima conveniente puede hacer uso de las reglas del derecho. El incumplimiento de esa decisión apareja que la misma preste mérito ejecutivo para lograr su cumplimiento de manera coercitiva.

5. El caso concreto. La tutela cumple con los presupuestos que habilitan su procedencia excepcional ante la ineficacia de los medios de defensa judicial con que cuenta el accionante. En la habilitación, apertura y trámite de la amigable composición se desconocieron los derechos a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del PA FFIE, lo que conllevó a una imposición del convenio final de composición y ello amerita conceder el amparo tutelar como mecanismo definitivo

104. La Sala Primera de Revisión considera que la presente acción de tutela cumple con los

presupuestos que habilitan la procedencia excepcional del amparo constitucional contra particulares, dado el estado de indefensión en que se encuentra el PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, frente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y al amigable componedor Miguel Octavio Charry Rodríguez, respectivamente. Sumado a ello, estima que la tutela es procedente como mecanismo definitivo porque el accionante si bien cuenta con medios de defensa judiciales idóneos para repeler la vinculatoriedad del convenio final de composición y aniquilar su contenido por corresponder a un trámite irregular, tales medios son ineficaces e inoportunos para prodigar una protección inmediata a los derechos fundamentales invocados.

105. Así mismo, la Sala advierte que los accionados desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción en favor del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, al dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición como mecanismo para solucionar las controversias contractuales con el Consorcio Colombia Estudia.

106. Esto se fundamenta en que (i) para habilitar y dar trámite a otras instancias alternativas de solución de conflictos era necesario tener claridad sobre la fase de arreglo directo entre las partes, y sobre el cumplimiento del principio de voluntariedad explícito e inequívoco para acudir a la amigable composición, lo cual no se evidencia presente en el entendimiento literal de la cláusula de solución de controversias contractuales, lo que apareja una carencia de habilitación por parte del amigable componedor; (ii) en aras de discusión, si se llegara a considerar que la amigable composición era procedente desde el enfoque contractual, los accionados carecían de la competencia territorial para gestionar ese mecanismo alternativo de solución de conflicto en la ciudad de Cali toda vez que las reglas procesales que aplicaron no resultan acordes con la naturaleza de un trámite netamente contractual en el cual no se ejerce jurisdicción; y, (iii) la escogencia unilateral por parte del contratista del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición requería agotar previamente unas condiciones fijadas por las partes, las cuales no fueron verificadas por los accionados para habilitar su competencia contractual. Esas deficiencias en la habilitación y el trámite de la amigable composición condujeron a la imposición del convenio final de composición en detrimento de los derechos fundamentales del accionante.

107. Como remedio constitucional, la Sala revocará las sentencias objeto de revisión y, en consecuencia, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante. Ordenará dejar sin efectos la totalidad del trámite de la amigable composición que se cuestiona y el producto que se obtuvo del mismo, es decir, el convenio final de amigable composición.

108. Para fundamentar la anterior conclusión y el remedio constitucional propuesto, la Sala divide el análisis en dos momentos. En primer lugar, estudiará la procedibilidad de la tutela a través de los presupuestos que ha fijado la jurisprudencia constitucional. [numeral 5.1.] En segundo lugar, se ocupará de analizar los planteamientos que fueron propuestos por el accionante de cara a establecer la afectación a los derechos invocados y lo que adujeron los accionados. [numeral 5.2.]

5.1. Análisis de procedibilidad

109. Legitimación por activa. La presente acción de tutela fue interpuesta por el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE. De acuerdo con el contrato de fiducia mercantil No. 1380 de 2015 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, el vocero y administrador de dicho patrimonio autónomo es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que se encuentra conformado por Alianza Fiduciaria S.A. y la Fiduciaria BBVA Asset Management S.A.

110. El representante legal de Alianza Fiduciaria S.A., señor Francisco José Schwitzer Sabogal, actuando a su vez como representante del Consorcio FFIE Alianza BBVA y en ejercicio de la vocería del PA FFIE, otorgó poder especial, amplio y suficiente a un abogado para presentar la acción de tutela de la referencia.

111. A partir de lo anterior, la Sala considera que se encuentra satisfecha la legitimación por activa para el ejercicio de esta acción constitucional, por cuanto el PA FFIE acude a través de apoderado judicial con poder específico para actuar en defensa de los intereses del patrimonio autónomo. Sumado a ello, los artículos 53.2 y 54 inciso 3 del Código General del Proceso reconocen la capacidad procesal de los patrimonios autónomos que actúan mediante su representante legal o apoderado judicial.

112. Legitimación por pasiva. La acción de tutela se interpuso contra el Centro de

Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y contra el amigable componedor, que fue inicialmente identificado por el abogado del PA FFIE con el nombre de Luis Orlando Muñoz Muñoz. Sin embargo, en el curso de la acción de tutela en primera instancia se logró establecer que el amigable componedor designado para dirimir la amigable composición que fue convocada por el Consorcio Colombia Estudia en contra del PA FFIE, fue el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez, quien fue debidamente vinculado al trámite tutelar. En tanto se trata de dos particulares, que además cuentan con roles diferentes, la Sala se ocupará de analizar separadamente el presupuesto de la legitimación por pasiva.

113. (i) Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle: la Asociación Colombiana de Ingenieros del Valle es una entidad privada sin ánimo de lucro de carácter técnico, científico y gremial, que creó su centro de conciliación, arbitraje y amigable composición como órgano colegiado que se encuentra autorizado para funcionar por la Resolución No. 877 de 2001 del Ministerio de Justicia y del Derecho.

114. Aunque cumple diferentes funciones, para la Sala es claro que en materia de amigable composición el centro accionado no se encuentra encargado de la prestación de un servicio público o del ejercicio de función administrativa, por cuanto la naturaleza de ese mecanismo alternativo de solución de conflictos es netamente contractual y no implica el ejercicio de función jurisdiccional transitoria en los términos del artículo 116 de la Constitución. Aunado a ello, la conducta de su Directora (e) de admitir y dar apertura a la amigable composición que convocó el Consorcio Colombia Estudia, así como de designar un amigable componedor para el caso, no puede ser entendida como una afectación directa y grave a un interés colectivo. De allí que las dos primeras hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares no se encuentren estructuradas.

115. No obstante, la Sala estima que en el presente caso se configura una situación de indefensión del accionante PA FIIE, cuya administración y vocería la ejercer el Consorcio FFIE Alianza BBVA, respecto de las actuaciones preparatorias y administrativas adelantadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, en tanto este procedió a admitir, instalar y dar apertura a la amigable composición sin tener en cuenta los cuestionamientos que desde el inicio se presentaron sobre la existencia y validez del acuerdo de composición bajo el principio de la voluntariedad contractual. Además,

habilitó administrativamente que el trámite se llevara a cabo en la ciudad de Cali, cuando el domicilio de la parte convocada es la ciudad de Bogotá, como más adelante se explicará. Al respecto, cabe puntualizar que el mismo asesor jurídico del centro accionado precisó que la parte convocada era el Consorcio vocero y administrador del PA FFIE, pero en todo caso el centro accionado continuó irrogándose una competencia preparatoria que no le era propia, que se tradujo en una imposición de adelantar el trámite y de hacerlo en la ciudad de Cali, con la posterior consecuencia de llegar a la emisión del convenio final de composición por parte del amigable componedor, sin mayores garantías para el accionante.

116. De hecho, habilitó la amigable composición a pesar de que el 30 de septiembre de 2021, antes de que tuviera lugar la audiencia de apertura, el director jurídico de la unidad de gestión del FFIE indicó por escrito que no existía un pacto de composición en la cláusula vigésima sexta -o vigésima séptima en algunos contratos de obra- y que no se había agotado la etapa de arreglo directo por encontrarse suspendida. Estos temas relevantes no merecieron pronunciamiento alguno por parte de la Directora del centro accionado, quien estimó que carecía de la facultad para hacerlo, cuando lo cierto es que los mismos eran determinantes para definir la idoneidad y viabilidad administrativa de admitir la solicitud de amigable composición que radicó el Consorcio Colombia Estudia. Ello claramente ubicó al accionante en una situación de indefensión porque sus argumentos no fueron objeto de análisis en dicha oportunidad.

117. Es más, aunque se dijo que de aquel escrito se corría traslado al amigable componedor para que se pronunciara, las pruebas que obran en el expediente digital permiten concluir que en su primera actuación (Auto 001 de 2021), el amigable componedor no se refirió a esa comunicación.

118. Igualmente, frente al escrito posterior del 7 de octubre de 2021, en el cual el actor expuso las diferentes irregularidades y agregó los problemas asociados a la competencia territorial y a las condiciones previas que exigía la cláusula de solución de controversias contractuales para su activación, relativas a la justificación del uso del mecanismo de la amigable composición y que se atendieran los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en tanto el PA FFIE se nutre con recursos públicos y su finalidad es ejecutar obras de infraestructura educativa en cumplimiento de una política estatal, el centro accionado dio una respuesta a través del asesor jurídico aplicando nuevamente

normas procesales para retener la competencia en la ciudad de Cali y tener por no escrito el aparte de la cláusula de solución de controversias contractuales que se refiere al agotamiento previo de la etapa de arreglo directo entre las partes contractuales.

119. También deviene la indefensión anotada que obra en contra del actor, de que el centro accionado aunque señaló en la audiencia de apertura que el Consorcio Colombia Estudia acudió unilateralmente a hacer uso de la amigable composición, procedió a realizar una designación supletoria del amigable componedor, con lo cual avaló en la audiencia de apertura e instalación la escogencia del medio e impuso al PA FFIE convocado el someterse a un mecanismo alternativo de solución de conflictos que generaba cuestionamientos sobre la cláusula contractual, es decir, que no respondía prima facie al principio de voluntariedad de las partes para acudir automáticamente a la amigable composición.

120. Las anteriores situaciones de naturaleza fáctica que se presentaron en el tramo preliminar donde el centro de conciliación ejerce una actividad material u operativa permiten a la Sala evidenciar que en el presente caso se encuentra acreditado el presupuesto de legitimación por pasiva respecto del particular Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, habida cuenta que el accionante no contó con medios efectivos para oponerse a las actuaciones administrativas y preparatorias del centro accionado que resultaban lesivas a los derechos fundamentales. Se insiste en que el accionante presentó sus argumentos sobre la habilitación de la amigable composición y la competencia territorial, pero fueron desatendidos a partir de la aplicación de normas procesales o la ausencia de pronunciamiento. Así las cosas, la Sala da por cumplido este presupuesto.

121. (ii) Amigable componedor Miguel Octavio Charry Rodríguez. En la audiencia de integración y apertura del mecanismo de amigable composición, el ingeniero Charry Rodríguez fue designado como amigable componedor el 30 de septiembre de 2021 por la Directora(e) del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle.

122. En procura de determinar la legitimación por pasiva que torna procedente el amparo constitucional respecto de una persona particular, la Sala observa que la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública ni son investidos

transitoriamente de la potestad jurisdiccional de administrar justicia (Art. 116 CP), en tanto el ejercicio de tal actividad deviene del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad.

123. El pacto de composición al tener la naturaleza de ser un negocio jurídico complejo denota que, ante la habilitación del trámite de ese mecanismo alternativo y la designación del amigable componedor, se activa el contrato de mandato mediante la aceptación de éste, lo que le permite actuar como delegado de las partes contractuales para solucionar los conflictos y entregar como resultado de su gestión un convenio final de composición que obliga a las partes con efectos de transacción y que en últimas se convierte en un contrato adicional plenamente vinculante para aquellas.

124. A partir de lo anterior, al analizar las especiales circunstancias del caso concreto, particularmente que la amigable composición tuvo un trámite y que hoy en día se cuenta con un convenio final de composición, la Sala estima que el accionante se encuentra en una situación de indefensión. Ello por cuanto el trámite irregular se habilitó y surtió con evidente violación al principio de voluntariedad de las partes que conllevó a desconocer garantías fundamentales, en tanto existían serias dudas sobre el alcance explícito e inequívoco de que la solución de las controversias contractuales debía someterse a la amigable composición, al tratarse de una cláusula abierta que enuncia indistintamente diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos. Justamente, el amigable componedor Charry Rodríguez escudó su actuar en el ejercicio de un mandato con representación (delegado de las partes) que derivó de su entendimiento sobre la existencia plena de un pacto contractual de composición y la aplicación unilateral que impulsó el Consorcio Colombia Estudia, creando con ello una aparente relación jurídica de dependencia en la cual apoyó su gestión y el producto final denominado convenio de composición; justamente, el que sea aparente impide que el asunto se ubique como una subordinación jurídico-contractual para evaluar la procedencia del amparo tutelar. A pesar de que el accionante en múltiples ocasiones puso de presente sus reparos al trámite de la amigable composición como mecanismo pactado de solución de conflictos, la situación de indefensión fáctica y circunstancial capaz de afectar derechos fundamentales estuvo presente y aún persiste al no configurarse una aquiescencia tácita de la representación y estar en entredicho el cumplimiento inequívoco de la voluntariedad contractual, lo cual conllevó a la imposición del convenio final de composición con afectación de derechos fundamentales.

125. Escudado en una supuesta relación de mandato, el amigable componedor adoptó decisiones tales como: retener la competencia territorial para adelantar el mecanismo de la amigable composición en la ciudad de Cali, tener por no escrita la cláusula de domicilio contractual en los contratos de obra, considerar que no era de obligatoria observancia el requisito de agotar la etapa de arreglo directo como condición de procedibilidad para poder acudir a la amigable composición, continuar con el trámite de la amigable composición a pesar de la declaratoria de rebeldía que adujo el apoderado del PA FFIE convocado ante la inexistencia de un pacto de composición entre las partes contractuales y ante los argumentos del actor sobre las exigencias de justificación previa del uso del mecanismo alternativo y contar con los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y por esa vía de continuar con el trámite, producir el convenio final de composición aduciendo un carácter vinculante para las partes contractuales, dentro de ellas, el accionante en tutela.

126. Justamente, la imposición de esas decisiones a pesar de los constantes planteamientos y reclamos que esbozó el convocado, los cuales fueron sistemáticamente desatendidos o evadidos, permite a la Sala concluir que se configura una situación de indefensión que habilita la procedencia de la tutela contra la persona natural que fungió como amigable componedor.

127. En este orden de ideas, la Sala encuentra acreditado el presupuesto de la legitimación por pasiva respecto de los particulares Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y Miguel Octavio Charry Rodríguez, este último en calidad de amigable componedor, al advertir la existencia de situaciones de indefensión del accionante que lesionan sus derechos fundamentales. Finalmente, vale precisar que en el trámite de la acción de tutela fueron vinculados el Ministerio de Educación Nacional y el Consorcio Colombia Estudia, mediante Auto del 26 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá que obró como juez de primera instancia tutelar.

128. Inmediatez. La audiencia de apertura de la amigable composición se celebró el 30 de septiembre de 2021 y el amigable componedor en Auto 001 del 4 de octubre de 2021 procedió a correr traslado a la parte convocada, actual accionante en tutela, de la solicitud

de amigable composición que radicó el contratista Colombia Estudia con pretensiones de desequilibrio económico respecto de cada uno de los diez (10) contratos de obra por valor total de \$6.533'483.321. En ambas actuaciones el convocado presentó escritos poniendo de presente las irregularidades en la habilitación, competencia y trámite de la amigable composición. El 12 de octubre de 2021 obtuvo respuesta negativa a la terminación de la amigable composición, por lo cual, estando en curso ese mecanismo alternativo de solución de conflictos, el PA FFIE procedió a instaurar el 22 de octubre de 2021 la acción de tutela de la referencia alegando la violación a sus derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa, a la contradicción y al debido proceso.

129. Vistos así los tiempos, y en tanto se encontraba en curso el trámite de la amigable composición que convocó el Consorcio Colombia Estudia, la Sala estima que la acción de tutela se ejerció en un plazo razonable y oportuno desde el momento en que el centro accionado y el amigable componedor ejercieron actuaciones tendientes a continuar con el trámite de la amigable composición, pues nótese que desde la audiencia de apertura hasta la presentación de la tutela no alcanzó a transcurrir un mes. Lo anterior permite a la Sala afirmar que se satisfizo en este caso el presupuesto de la inmediatez que habilita la procedencia del amparo constitucional.

130. Subsidiariedad. Para iniciar este punto, se parte por reconocer que los conflictos contractuales requieren de mecanismos expeditos que privilegien, antes que un litigio, la pronta solución. De allí que la adecuada estipulación del pacto de amigable composición y la buena fe que impere entre las partes adquiere especial relevancia, sobre todo porque la amigable composición depende de la voluntad real de las partes y se constituye en un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza eminentemente contractual, respecto del cual, por regla general, la acción de tutela es improcedente para cuestionar su trámite y la decisión final de composición, que por disposición legal produce los efectos de un contrato de transacción suscrito entre las partes (Art. 60, Ley 1563 de 2012), pues los contratantes disponen de otro medio de defensa judicial como lo es acudir a la Jurisdicción Ordinaria. Además, porque la vía de tutela es una acción residual y subsidiaria que no está llamada a sustituir los procesos legalmente establecidos.

131. Sin embargo, este Tribunal constitucional ha reconocido que la regla general de improcedencia de la tutela en materia contractual admite excepciones en procura de

garantizar los derechos fundamentales, para lo cual ha sistematizado dos reglas puntuales, a saber: (i) que los medios ordinarios y extraordinarios de defensa con los que cuenta el accionante no sean idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos conculcados, caso en el cual el amparo procede de manera definitiva; o (ii) que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario otorgar un amparo transitorio.

132. Con ese norte exceptivo, la Sala considera que al 22 de octubre de 2021, momento en que el accionante interpuso la acción de tutela y en el que estaba en curso el trámite de la amigable composición, el PA FFIE ya había agotado todas las posibilidades de defensa al interior del trámite de la amigable composición por cuanto el amigable componedor se había pronunciado sobre las temáticas de habilitación, competencia y garantías del procedimiento, al punto que cuando se le presentaban argumentos asociados a la inexistencia de pacto de composición, la exigencia de agotar previamente el arreglo directo o la falta de competencia territorial por ser el domicilio de la convocada la ciudad de Bogotá, remitía a los autos anteriores o señalaba que no era la etapa para cuestionar nuevamente esos puntos. Con ese panorama, para la Sala es claro que al interior de ese trámite el actor agotó las posibilidades de defensa que tenía, máxime cuando la impugnación de las decisiones del amigable componedor no es una garantía predicable a la amigable composición. Nótese que ni siquiera proceden recursos ordinarios o extraordinarios contra el convenio final de composición en el trámite de la amigable composición.

133. Empero, el PA FFIE sí contaba con un mecanismo idóneo de defensa judicial en tanto podía demandar ante la jurisdicción ordinaria civil, que es el juez natural de los diez (10) contratos de obra que suscribió con el Consorcio Colombia Estudia, la nulidad por no cumplir los requisitos de existencia o validez de los actos. En tal sentido, que se fijara el alcance e interpretación de la cláusula vigésima sexta -en algunos contratos de obra vigésima séptima- e incluso se determinara si era viable el ejercicio “automático” del pacto comisorio que se materializó en la apertura de la amigable composición.

134. En el marco del proceso verbal de índole declarativo podía solicitar como medida cautelar innominada la suspensión de la amigable composición hasta tanto el juez natural resolviera de fondo su pretensión, pero lo cierto es que tal mecanismo se tornaba en ineficaz para garantizar la protección oportuna de los derechos fundamentales dado que el trámite de amigable composición avanzaba con prontitud en contravía de las reglas contractuales

fijadas por las partes para acudir a los medios de solución de controversias indicados en la cláusula vigésima sexta/séptima. Se requería entonces de una acción expedita que permitiera proteger los derechos fundamentales alegados, máxime cuando el actor adujo, entre las varias afectaciones, una violación al principio de voluntariedad al señalar que no existía un pacto de composición que permitiera habilitar la amigable composición y que era un trámite de solución de conflictos que se estaba llevando a cabo sin su pleno consentimiento y sin estipulación previa definida, por lo cual el amigable componedor carecía de habilitación para ser su delegado y representarlo. Ello claramente justifica la intervención del juez constitucional en procura de proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante.

135. Aunado a ello, la Sala estima que se encontraba latente la configuración de un perjuicio irremediable que se pretendía evitar con el ejercicio oportuno de la acción de tutela, cual era la suscripción del convenio final de composición por parte del amigable componedor con la virtualidad de llegar a afectar el patrimonio del PA FFIE, el cual si bien tiene una connotación de privado e independiente por la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, no podía desconocerse que las fuentes de las cuales se nutre provienen de recursos públicos y que su finalidad específica se centra en ejecutar obras de infraestructura educativa que benefician a la población infantil y adolescente en procura de lograr la inclusión en la jornada única escolar.

136. Siendo ello así, la Sala encuentra que bajo las circunstancias iniciales la tutela era procedente por superar el requisito de la subsidiariedad con miras a garantizar los derechos fundamentales a la igualdad, a la contradicción y a la defensa del accionante y que, en tal caso, el amparo hubiese sido transitorio para evitar la configuración del perjuicio irremediable otorgando al actor el término de 4 meses para ejercer el proceso declarativo ante la justicia ordinaria (Art. 8, Decreto 2591 de 1991).

137. Ahora bien, la Sala observa que en tanto los jueces de instancia tutelar no tuvieron en cuenta el precedente decantado de esta Corporación frente a la evaluación del presupuesto de subsidiariedad y la procedencia excepcional del amparo constitucional contra particulares para evitar un perjuicio irremediable, de forma paralela al trámite de la acción de tutela avanzó y culminó la amigable composición que fue convocada por el Consorcio Colombia Estudia.

138. Ello era evidente porque se fijó el plazo de 6 meses como término máximo para adelantar ese trámite dada la agilidad que presentan los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Tanto fue así que el 28 de marzo de 2022 el amigable componedor llevó a cabo la audiencia final con la lectura y entrega del convenio de composición suscrito por él en calidad de representante de las partes, reconociendo a favor del contratista convocante un desequilibrio económico e incumplimientos contractuales respecto de los 10 contratos de obra, por una suma total de \$3.736'251.740. Así mismo, dispuso que tal suma debía ser pagada por el PA FFIE en los 10 días siguientes a la celebración de aquella audiencia, ya que pasado ese término comenzó a causarse intereses a la tasa más alta permitida por la Ley de conformidad con el Código de Comercio. Además, el amigable componedor indicó que el convenio de composición produce los efectos de la transacción y genera cosa juzgada en última instancia.

139. Ante la existencia de nuevas circunstancias que deben ser evaluadas para calificar el presupuesto de la subsidiariedad, lo primero que la Sala estima necesario precisar es que, contrario a lo que propuso en sede de revisión por el Consorcio Colombia Estudia, las circunstancias sobrevinientes en el presente caso no son constitutivas del fenómeno de la carencia actual de objeto, ni permiten entender que se configuró un hecho superado.

140. Ello es así porque en el presente caso, a partir de las reglas que sistematizó la Sala Plena de la Corte Constitucional, ni de las intervenciones que realizó en sede de revisión el accionante ni del contexto actual conocido por esta Corte es posible inferir la satisfacción de lo pedido en la tutela, es decir, que cesó la afectación de los derechos invocados por un obrar de los accionados tendiente a reconocer la carencia de competencia territorial o que no dieron cumplimiento a todas las exigencias contractuales para habilitar el mecanismo de la amigable composición. De hecho, justamente con ocasión de la continuación de ese trámite se impuso al PA FFIE el convenio final de composición que en la actualidad constituye un título ejecutivo en su contra, en clara la desatención del principio de voluntariedad que refiere a una habilitación explícita e inequívoca de la voluntad de las partes, no supletoria, para someter sus diferencias contractuales a la amigable composición. En tanto ese punto es parte central de las afectaciones alegadas por el actor, la Sala estima que la intervención del juez constitucional es el medio eficaz en procura de proteger los derechos fundamentales conculcados con el actuar de los accionados.

141. Tampoco advierte la Sala que de emitirse una orden de amparo la misma resulte inane, máxime cuando el Consorcio Colombia Estudia adujo que con base en el producto de esa amigable composición se estructuró un título ejecutivo cuyo recaudo coercitivo solicitó ante el juez natural, situación que lo que hace es acentuar el actuar del juez constitucional como mecanismo eficaz para defender derechos los derechos fundamentales. Como se explicará en la segunda parte del análisis de este caso concreto, el convenio final de composición se obtuvo a partir de un trámite que afectó las garantías fundamentales del accionante, tema que no puede ser desconocido por la Sala Primera de Revisión en tanto la tutela fue impetrada cuando se encontraba en curso el trámite de la amigable composición y en todo caso los jueces de primera y segunda instancia constitucional desatendieron el precedente de esta Corte en materia de subsidiariedad cuando se configura un perjuicio irremediable.

142. Superado ese punto, la Sala se ocupará de analizar si el PA FFIE cuenta en la actualidad con otros medios de defensa judicial para lograr la protección efectiva de los derechos vulnerados a partir de la habilitación, trámite y resultado de la amigable composición.

143. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, la decisión del amigable componedor produce los efectos legales propios de la transacción, esto es, se constituye en cosa juzgada en última instancia que solo vincula a los contratantes (Arts. 2483 y 2484 CC). Toda vez que en el trámite de la amigable composición no procede ningún recurso procesal contra el convenio final de composición, la única forma de controvertir dicho arreglo que vincula a las partes es mediante el ejercicio de acciones judiciales.

144. Al respecto, los artículos 2476, 2482 y 2483 del Código Civil establecen que los acuerdos transaccionales pueden ser ulteriormente impugnados, pero que esa posibilidad sólo abarca los supuestos de nulidad y rescisión. En el primer caso, si se ha obtenido por títulos falsificados y por dolo o violencia y, en el segundo, si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho al objeto sobre el cual se ha transigido y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos para la parte cuyos derechos favorecen.

145. Así mismo, por regla general de los negocios jurídicos, el convenio final de composición también puede ser cuestionado activando la jurisdicción mediante una pretensión de ineficacia (Arts. 1502 y 1740 CC),, lo que de paso permite plantear los problemas del actuar del amigable componedor sin facultades o en exceso de las mismas. En estos términos,

habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita.

146. La Sala estima que esos mecanismos judiciales son idóneos para repeler la vinculatoriedad del convenio final de composición y aniquilar su contenido, pero no así eficaces para prodigar una protección inmediata de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando la habilitación de ese mecanismo de solución de conflictos no tuvo en cuenta los argumentos reiterados que cuestionaban la existencia misma de un contrato o cláusula de composición entre las partes. De hecho, esperar a que el juez natural emita una sentencia definitiva que resuelva sobre la ineficacia del trámite y del acuerdo final de composición, puede demorar varios años en adquirir decisión ejecutoriada. En tal sentido, podría alegarse que esa situación se conjura mediante la solicitud de medidas cautelares innominadas que tiendan a restar los efectos contractuales; sin embargo, tal definición por la justicia ordinaria civil también implica un tiempo considerable que en esta oportunidad resulta limitado de cara a que el convenio final de composición obra como título ejecutivo que actualmente se encuentra en fase de recaudo coercitivo por parte del Consorcio Colombia Estudia, como manifestó a la Corte dicho Consorcio en sede de revisión.

147. Así mismo, la Sala evidencia que la condena fijada en el convenio final de composición y los intereses causados desde que se hizo exigible la suma de \$3.736'251.740, deben pagarse con los recursos que integran el PA FFIE los cuales, como se ha explicado, se nutren mayoritariamente de recursos públicos provenientes directamente del Presupuesto General de la Nación, del sistema general de regalías y del recaudo establecido en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982 destinado al Ministerio de Educación Nacional, e implica afectar la destinación específica que tienen tales recursos para la infraestructura educativa de niños, niñas y adolescentes que terminan afectados indirectamente por un trámite sin las adecuadas garantías constitucionales. Recuerda la Sala que el convenio final de composición tiene efectos de transacción y que el accionante se encuentra en relación de indefensión con el amigable componedor, factores que conllevaron a la imposición de dicho convenio que ahora se pretende ejecutar.

148. Adicionalmente, la Sala destaca que las excepciones de mérito en el marco del proceso ejecutivo resultan ser limitadas en permitir que se ataque con vocación de prosperidad el negocio jurídico causal para enervar la pretensión, es decir, la formación misma del pacto de

composición (principio de voluntariedad) y el ejercicio del aparente mandato que dieron origen al convenio final de composición. Sumado a ello, el juez ejecutivo se concentra en validar que el título que le es presentado para el cobro cumpla con las características de contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, lo cual es predicable del convenio final de composición.

149. Por tales razones esta Corporación estima que, aunque el actor cuenta con medios de defensa idóneos, los mismos no resultan eficaces y oportunos para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales afectados, más aún cuando fue desconocido el principio de voluntariedad para habilitar el mecanismo de la amigable composición que terminó afectando en especial los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción al verse obligado por el convenio final de composición que le fijó un monto significativo de dinero que debe pagar, el cual con gran agilidad se encuentra en etapa de ejecución. De allí que en esta oportunidad la concesión de un eventual amparo deba hacerse como mecanismo definitivo, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del presupuesto de la subsidiariedad y de las reglas exceptivas que le son predicables.

150. En este orden de ideas, a título de síntesis, esta Sala de Revisión concluye que la acción de tutela que presentó el PA FFIE en contra del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y contra el amigable componedor Miguel Octavio Charry Rodríguez es excepcionalmente procedente por encontrar acreditados los presupuestos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, así como los presupuestos de inmediatez y de subsidiariedad, éste último porque si bien los mecanismos actuales de defensa que tiene el actor son idóneos, resultan ineficientes para proteger de forma inmediata sus derechos fundamentales. Lo anterior motiva que un eventual amparo se conceda como mecanismo definitivo en procura de dejar sin efectos el convenio final de composición que fue obtenido e impuesto a las partes en desconocimiento de las garantías constitucionales que le asiste al PA FFIE.

5.2. En la habilitación, apertura y trámite de la amigable composición se desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del PA FFIE que obra como accionante

151. En su escrito de tutela el accionante solicitó el amparo constitucional a los derechos fundamentales de debido proceso, defensa, contradicción e igualdad, los cuales estimó fueron vulnerados en el procedimiento de amigable composición convocado por solicitud del Consorcio Colombia Estudia y que se adelantó en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y contó con la designación como amigable componedor del ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez.

152. Con base en los planteamientos que expuso el accionante, la Sala concentrará su estudio en tres ejes que considera fundamentales para determinar la violación de derechos fundamentales que tuvo lugar en la habilitación, apertura y trámite de la amigable composición, a saber: (i) para habilitar y dar trámite a otras instancias alternativas de solución de conflictos era necesario verificar y tener claridad sobre el agotamiento de la fase de arreglo directo entre las partes, y sobre el cumplimiento del principio de voluntariedad para acudir a la amigable composición; (ii) la falta de competencia territorial de los accionados para dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición que culminó imponiendo el convenio final de composición; y (iii) la escogencia por parte del contratista del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición requería agotar previamente unas condiciones fijadas por las partes, las cuales no fueron verificadas por los accionados para determinar su habilitación contractual.

Primer eje. Para habilitar y dar trámite a otras instancias alternativas de solución de conflictos era necesario tener claridad sobre el agotamiento de la fase de arreglo directo entre las partes, y sobre el cumplimiento del principio de voluntariedad para acudir a la amigable composición

153. En el escrito de tutela el accionante indicó que, la cláusula vigésima sexta/séptima de los contratos de obra sobre solución de controversias contractuales refiere a que se debe agotar previamente el trámite de arreglo directo, para luego acudir de mutuo acuerdo entre las partes a otras instancias alternativas de solución de conflictos. Adujo que no existía un pacto automático de amigable composición sino una enunciación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero que el contratista escogió el mecanismo de la amigable composición actuando unilateralmente y desconociendo los compromisos establecidos en la instancia de arreglo directo que se encontraba en curso y suspendida.

155. Con el ánimo de analizar los planteamientos del actor, lo primero que debe señalar la Sala es que existen casos excepcionales en los que analizar el alcance de una cláusula contractual es trascendental para determinar la violación de un derecho fundamental en el marco de la acción de tutela, sin que ello implique desplazar las competencias del juez ordinario. Particularmente, cuando una parte del contrato acude a un tercero a solicitar el inicio de un trámite de amigable composición como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales, y la otra parte alega la afectación de sus derechos fundamentales a la defensa y a la contradicción porque el trámite se adelantó sin tener competencia contractual para ello, surge la necesidad de establecer -desde una lectura literal- las condiciones en que se pactó la cláusula con miras a determinar si la habilitación del mecanismo de solución de controversias respetó el principio de voluntariedad, sobre todo cuando fue un tema central puesto de presente en reiteradas ocasiones por el PA FFIE. Lo anterior porque, de no tener competencia contractual el amigable componedor, sus decisiones podrían resultar violatorias de los derechos fundamentales alegados por la parte convocada.

156. Sobre el punto, la Sala concluye que en la habilitación, la apertura y el trámite que surtió la amigable composición se vulneraron los derechos fundamentales a la contradicción, a la defensa y a la igualdad del accionante PA FFIE, por cuanto los accionados, en especial el amigable componedor, no procedieron a verificar y a tener claridad respecto de si la etapa previa de arreglo directo tenía lineamientos claros para definir si se encontraba en curso y suspendida o, por el contrario, si dicha etapa se había agotado por el vencimiento del término pactado por las partes. Sumado a ello, tampoco verificaron si el pacto de composición era explícito e inequívoco en atención al principio de voluntariedad que rige la amigable composición, en tanto a penas se acordó como una posibilidad para atender las discrepancias surgidas entre las partes.

157. A partir de la autonomía de la voluntad conflictual, la cláusula de solución de controversias contractuales estableció el arreglo directo antes de acudir a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, siendo una de las posibilidades enunciadas a título general, la amigable composición. A tal arreglo directo no se le podía restar los efectos vinculantes en aplicación del artículo 13 del CGP, y por esa vía desestimar el argumento del convocado sin generar las precisiones del caso. Ello aparejó la imposición del convenio final de composición en tanto no se tuvo certeza sobre las condiciones para dar cumplimiento de

lo consignado en la cláusula de solución de controversias contractuales, más aún cuando acudir a la amigable composición era una de las posibles alternativas enunciadas, sin que luciera el pacto de composición explícito e inequívoco entre las partes.

158. Para fundamentar esta conclusión, la Sala presenta los argumentos que a continuación se exponen.

159. Inicia citando textualmente la cláusula vigésima sexta -en algunos contratos vigésima séptima- que fue estipulada en los contratos de obra:

“SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: EL PA-FFIE procurará solucionar mediante arreglo directo las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual en las etapas de ejecución, terminación y liquidación. De no ser posible la solución directa dentro de los treinta (30) días siguientes luego de la convocatoria a arreglo directo por cualquiera de las partes, podrá emplear los mecanismos previstos en la ley, tales como conciliación, amigable composición y transacción, previa justificación del mecanismo seleccionado y atendiendo los lineamientos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Las partes asumirán, cada una por su cuenta, los costos derivados del empleo de cualquiera de estos mecanismos.”

160. De las pruebas que obran en el expediente, la Sala observa que previo a la celebración de la audiencia de apertura de la amigable composición el 30 de septiembre de 2021, el Director Jurídico de la Unidad de Gestión del FFIE remitió correo electrónico dirigido al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, en el cual manifestó que no existía un pacto directo de amigable composición y que en ese momento se encontraba en curso, con estado suspendido, la etapa de arreglo directo entre las partes. Dicho escrito no fue objeto de respuesta por parte de la Directora del centro accionado al estimar que carecía de las facultades para pronunciarse sobre el tema.

161. Posterior a la designación de amigable componedor y a que este fijara el procedimiento a seguir, el abogado del PA FFIE presentó escrito el 7 de octubre de 2021 señalando que “el convocante acude al medio de amigable composición, en inobservancia del mecanismo de arreglo directo ya iniciado, y el claro incumplimiento de los acuerdos realizados con mi representada, encontrándose en curso una etapa previa a la amigable composición, por lo cual el convocante no podía acudir a este medio sin antes clausurar dicha etapa. En vista de

ello, pretende el convocante evadir sus compromisos y evacuar etapas prejudiciales sin la transparencia y la buena fe que debe predicarse de las partes del contrato.”

162. En esa oportunidad, el Asesor Jurídico del centro accionado dio respuesta indicando que el artículo 13 del CGP estatuye que las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia y que, en consecuencia, se deben tener por no escritas. Agregó que a partir del principio de la buena fe de las partes y en cumplimiento de sus funciones, el centro accionado procedió a dar trámite a la solicitud de amigable composición.

163. Ante tal respuesta, posteriormente el apoderado de PA FFIE expuso el mismo argumento en diferentes oportunidades al amigable componedor, quien sistemáticamente respondió que las cláusulas escalonadas que establecen el agotamiento un procedimiento específico de arreglo directo entre las partes no puede invocarse como argumento de procedibilidad para desconocer la decisión del convocante de radicar la solicitud de amigable composición. Por consiguiente, dando aplicación al artículo 13 del CGP, el amigable componedor manifestó que la cláusula que exigía agotar la etapa de arreglo directo no era de obligatoria observancia y subrayó -apoyado en esa norma procesal- que debía tenerse por no escrita.

164. Para abordar el punto, es necesario señalar que la autonomía de la voluntad conflictual reconoce el derecho de los contratantes a elegir los mecanismo jurisdiccionales o alternativos para dirimir los conflictos que surgen dentro de la relación contractual, para lo cual deben manifestar su voluntad inequívoca.

165. Este derecho comprende dos facultades: (i) elegir la ley aplicable al contrato; y (ii) la elección de los mecanismos de solución de conflictos.

166. Adicionalmente, se trata de un derecho que se caracteriza porque: (i) puede optarse por la jurisdicción estatal o por los mecanismos alternativos; (ii) se puede elegir el tipo de mecanismo -autocompositivo o heterocompositivo-; y (iii) los mecanismos no son excluyentes entre sí. A partir de tales características, esta corporación ha señalado que la autonomía de la voluntad conflictual “permiten que los contratantes elijan un mecanismo, pero también permite prever que las partes puedan elegir varios mecanismos, a través de la asignación de un orden. Esto se denomina cláusulas escalonadas.”

167. De allí que las partes del contrato pueden definir si aplican mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo cual requiere la manifestación de la autonomía privada de su voluntad, y además pueden establecer si optan por un determinado mecanismo alternativo o si desean acudir progresivamente a diferentes mecanismos. Justamente esta última posibilidad es la que se conoce en el derecho privado como las cláusulas escalonadas, que disponen un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas para la solución de las eventuales diferencias respecto del contrato.

168. Cuando las partes contractuales plantean la solución de su conflicto acudiendo a mecanismos progresivos, lo hacen en uso no tan solo de la autonomía de la voluntad conflictual, sino que tal actuar se permea por el principio de la buena fe, el cual es aplicable también al ámbito contractual, para que reine la lealtad y las buenas costumbres, de tal forma que las partes contratantes puedan confiar en la palabra del otro y tener certeza del orden en que solucionarán un posible conflicto a través de los mecanismos previamente definidos en ejercicio del principio de la voluntariedad.

169. No obstante, también es importante destacar que si surge un conflicto entre las partes y estas no tienen intención de llegar a una solución voluntariamente, es difícil que se pueda llegar a soluciones escalonadas y, por ello, se habilita la vía judicial para dar respuesta al conflicto.

170. Ahora bien, los incisos 2 y 3 del artículo 13 del CGP establecen lo siguiente:

“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.” (Negrillas fuera del texto original).

171. El inciso 2 de esa norma fue objeto de control abstracto de constitucionalidad en la Sentencia C-602 de 2019. En esa oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional indicó que los requisitos de procedibilidad son aquellos que fija el Legislador para poder acceder a

la jurisdicción, bien sea permanente -jueces- o la ejercida por los particulares que son investidos transitoriamente de la función de administrar justicia -jurados de conciencia, conciliadores y árbitros-.

172. Adujo que las partes pueden pactar cláusulas escalonadas para solucionar su conflicto contractual, pero que cuando estas se imponen como un requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia que ejerce cualquier operador -jueces y particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia-, dichas estipulaciones no son de obligatoria observancia porque no pueden convertirse en una barrera de acceso a la justicia que impida al juez o al árbitro -si se pactó cláusula arbitral- asumir la competencia del asunto. Esa decisión fue específica en dejar a salvo la conciliación, debido a que en algunos casos sí configura un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción.

173. Con ese panorama, la Corte consideró en esa sentencia que despojar de eficacia cláusulas que impongan requisito de procedibilidad para acceder la jurisdicción estatal o transitoria, es un límite razonable y proporcionado, por lo cual declaró exequible el inciso 2° del artículo 13 del CGP.

174. Establecido lo anterior, la Sala advierte que las estipulaciones de las partes para que carezcan de efectos vinculantes deben contener cláusulas escalonadas que impongan agotar previamente un mecanismo de solución de conflictos como requisito de procedibilidad que impida acceder directamente a la justicia estatal o a la transitoria en los términos del inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución. Si tales condiciones limitantes no se presentan, se deben agotar los mecanismos claros y escalonados previamente definidos por las partes contractuales, a menos que estas abiertamente manifiesten que no tienen intención de llegar a una solución voluntaria y con ello se habilite el acudir a la jurisdicción respectiva.

175. En el presente caso, a partir de un entendimiento literal, la cláusula vigésima sexta -o vigésima séptima en algunos contratos de obra- no es en estricto sentido una cláusula escalonada porque las partes, bajo el amparo de la autonomía de la voluntad conflictual y la buena fe, si bien pactaron una etapa previa de arreglo directo para solucionar las diferencias y discrepancias acaecidas de la actividad contractual propia de la ejecución, terminación y liquidación de los diez (10) contratos de obra que suscribieron, lo cierto es que dicha etapa no contiene ninguna estipulación en cuanto a las condiciones específicas en que debe

adelantarse el arreglo directo.

176. En particular, las partes no pactaron expresamente cuándo se entiende concretada una controversia que dé lugar al arreglo directo, qué asuntos podrían someterse al arreglo directo y cuáles no, cómo se debe proceder en caso de alcanzar un arreglo directo, si existían eventos de suspensión o fracaso anticipado del arreglo directo qué sucedía, o cuándo se entendía fallida esa etapa. Solo se ocuparon en señalar que de no ser posible la solución directa en 30 días siguientes a la convocatoria de arreglo directo por cualquiera de las partes, se podía acudir a otros mecanismos previstos en la ley, enunciando a título general la conciliación, la amigable composición y la transacción

177. Nota la Sala que, contrario a lo afirmado por los accionados en respuesta a los diferentes escritos que presentó el PA FFIE, esa etapa previa de arreglo directo no podía ser entendida como un requisito de procedibilidad para habilitar la amigable composición y que, por ello, en aplicación del artículo 13 del CGP, fuese viable restarle obligatoriedad e incluso tenerla por no escrita con el fin de obviar la necesidad de acreditar y verificar si tal etapa previa se surtió y si se daban las condiciones para entenderla agotada.

178. De hecho, esa cláusula estipuló el arreglo directo como una etapa previa a adelantar otros mecanismos alternativos allí enunciados, lo cual es diferente a fijar un requisito de procedibilidad porque, como lo explicó la Sentencia C-602 de 2019, estos los establece el Legislador para acceder a la administración de justicia. Cuando las partes consagran cláusulas que restringen el acceso a la justicia estatal o arbitral agregando requisitos previos que se deben agotar para habilitar la competencia jurisdiccional permanente o transitoria, ahí sí es predicable la carencia de obligatoriedad que apareje tenerlas por no escritas en tanto constituyen una barrera de acceso a la administración de justicia.

179. La amigable composición no es un mecanismo alternativo a través del cual se ejerza la función de administrar justicia en los términos del artículo 116 de la Constitución por tanto su naturaleza es netamente contractual. Al ser ello así, la exigencia de agotar previamente la etapa de arreglo directo no constituye un requisito de procedibilidad que limite o anteponga barreras de acceso a la administración de justicia jurisdiccional. Por consiguiente, no le era aplicable el artículo 13 del CGP para tenerla por no escrita.

180. El problema aquí era realmente otro. Que la cláusula como tal, a pesar de plantear el

arreglo directo como una etapa previa a otros mecanismos, en estricto sentido no es una cláusula escalonada porque no fijó reglas claras y mínimas sobre cómo y cuándo se entendía fallida. De allí que la habilitación y el trámite de la amigable composición imponía valorar si la etapa previa de arreglo directo contaba con reglas claras para definirla o saber si estaba, por ejemplo, suspendida, o cuándo podía entenderse como fallida a partir de lo señalado por las partes y permitir la habilitación de otros mecanismos alternativos. La Sala advierte que el amigable componedor no realizó ese análisis mínimo para determinar su competencia contractual, ya que su estudio se centró en señalar que no era aplicable en virtud del artículo 13 del CGP, y por esa vía, desechar la fase de arreglo directo al tenerla por no escrita.

181. Ahora bien, tal como está redactada la cláusula referida desde su literalidad, la solución de controversias contractuales mediante el mecanismo de la amigable composición es apenas una posibilidad, eminentemente facultativa, que lejos está de poder asociarse con la manifestación explícita e inequívoca del principio de la voluntariedad que rige un pacto de composición. Las partes no acordaron de consuno que, vencido el término de 30 días desde la convocatoria de arreglo directo, procedería a iniciarse la amigable composición. En contraste, acordaron que el PA FFIE “podrá emplear mecanismo previsto en la ley, tales como la conciliación, amigable composición y transacción, previa justificación del mecanismo seleccionado y atendiendo los lineamientos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.” Al respecto, la Sala advierte que en este caso las partes no expresaron de manera inequívoca su voluntad de delegar en un tercero la solución de sus controversias, pues la cláusula señala que, ante el fracaso del arreglo directo se podrían emplear mecanismos alternativos, de los cuales la amigable composición es solo una opción sin que obre como un pacto que responda al acuerdo explícito de las partes.

182. Por lo tanto, se tiene que el alcance literal de la cláusula conlleva a señalar que no cumple el requisito de la voluntariedad para tener por pactado el mecanismo de la amigable composición. Dado que, de acuerdo con la ley la amigable composición implica la delegación en un tercero de la voluntad de las partes para adoptar un acuerdo que tendrá el efecto de una transacción, su pacto debe ser inequívoco, de forma que se cumplan las condiciones de la delegación. Si bien en este tipo de contrato la ley prevé normas supletorias en el evento en que las partes no definan el mecanismo de designación del amigable componedor, o el procedimiento para adelantar el trámite de la amigable composición, ninguna de estas es aplicable si no hay pacto concreto para adelantar la amigable composición. En ello insiste la

Sala, el pacto de composición, obre en una cláusula o en contrato independiente, debe acreditar de manera expresa el principio de la voluntariedad para respetar la autonomía conflictual de las partes y, de allí derivar la existencia de un mandato con representación en cabeza del amigable componedor.

183. Con base en lo antes expuesto, la Sala observa que en la solicitud de convocatoria a la amigable composición el contratista convocante, Consorcio Colombia Estudia, indicó que la etapa de arreglo directo se había agotado por vencimiento del término acordado sin que se solucionaran sus pretensiones, en tanto la primera reunión de arreglo directo se llevó a cabo el 4 de agosto de 2021 y la petición de amigable composición fue radicada el 23 de septiembre de ese mismo año. Expresamente señaló “a la fecha han pasado más de 30 días desde la radicación de las convocatorias a arreglo directo, sin que se hubiese podido llegar a una solución directa al conflicto planteado en las comunicaciones antes relacionadas.”

184. A partir del principio de la buena fe, el centro accionado procedió a remitir la citación para dar apertura al trámite de la amigable composición. Sin embargo, previamente a llevar a cabo la audiencia de apertura de la amigable composición el 30 de septiembre de 2022, el convocado informó que la etapa de arreglo directo entre las partes se encontraba en curso. No obstante, el centro accionado habilitó su competencia sin verificar previamente esa información.

185. Más adelante, ante el amigable componedor y de manera insistente, el apoderado del PA FFIE presentó diversos escritos recalcando que la etapa de arreglo directo se encontraba en curso entre las partes y que la misma estaba suspendida desde el 4 de agosto de 2022 mientras se cumplían algunas condiciones para darle continuidad.

186. Al respecto, la Sala advierte que, aunque tal información fue puesta de presente por el convocado al amigable componedor, este no procedió a verificar si la etapa previa de arreglo directo en efecto se encontraba suspendida o si, por el contrario, fue agotada por las partes ante el vencimiento del término de 30 días acordado. Tal verificación era indispensable para determinar si las partes habían fijado reglas claras al respecto, a partir de las cuales se habilitara la facultad de acudir a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. Nótese que el amigable componedor ni siquiera tuvo en cuenta que, desde el contenido literal de la cláusula de solución de controversias contractuales, la amigable composición era

solo una posibilidad, pero no un pacto de composición inequívoco. La omisión de esos análisis trascendentales para el caso, que fueron puestos de presentes por el PA FFIE, condujeron a la afectación directa de sus derechos a la igualdad -mismo trato a las partes contractuales-, a la contradicción y a la defensa en términos constitucionales, porque se dio trámite a la amigable composición sin que existiera una habilitación contractual para ello de la cual se pudiera, además, auscultar por mutuo acuerdo la delegación de la solución de la controversia al amigable componedor.

187. Es más, la verificación de haberse agotado la etapa previa era necesaria por cuanto la constancia de la reunión presencial llevada a cabo el 4 de agosto de 2021 (apertura de sesión de arreglo directo), indica en la parte final expresamente lo siguiente: “en ese sentido, se suspende la sesión de arreglo directo hasta tanto se realice la programación de las obras conforme a lo expuesto.” Esta información se debía constatar para determinar si tal suspensión de la etapa de arreglo directo en efecto se había presentado y, por consiguiente, se encontraba en curso esa solución directa y previa acordada por las partes.

188. El no hacerlo conllevó a adelantar el trámite de la amigable composición sin establecer plenamente la competencia habilitante para ello y, por esa vía, a imponer el convenio final de composición a las partes, máxime cuando insiste la Sala que era una mera posibilidad de acudir a ese mecanismo alternativo de solución de conflictos. El convocado reiteró que la etapa de arreglo directo se encontraba aún en curso y que ello impedía adelantar la amigable composición, que en varias ocasiones tildó de inexistente ante la ausencia de pacto de composición explícito entre las partes (principio de voluntariedad).

189. Por consiguiente, la Sala considera que desestimar sistemáticamente los argumentos del PA FFIE restándole efectos vinculantes a la etapa de arreglo directo mediante la aplicación del artículo 13 del CGP, además de no ser jurídicamente viable -como se explicó-, terminó sin duda vulnerando los derechos fundamentales a la contradicción, a la defensa y a la igualdad del accionante, porque siendo sus argumentos estructurales para determinar que (i) la cláusula contractual preveía únicamente la posibilidad de agotar cualquier tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos; y que (ii) no expresaba de forma inequívoca la voluntad de las partes para delegar a un tercero la representación para solucionar las controversias presentadas y precisamente por eso no se pactó un procedimiento para la designación del amigable componedor, ni para el desarrollo de la amigable composición, no

fueron analizados en su integralidad desde la óptica literal y posible de lo acordado por las partes en los diez (10) contratos de obra, cercenando la posibilidad de defensa y la igualdad de trato que debía existir entre los contratantes.

190. Tal afectación a esas garantías constitucionales se agrava en tanto el centro de amigable composición accionado, al asumir su función preparatoria y operativa, jamás verificó siquiera someramente que la amigable composición obraba como un pacto explícito e inequívoco de las partes para habilitar la audiencia de apertura, a la vez que el amigable componedor asumió una competencia que no le era propia porque, ni estaban claras las reglas ni las circunstancias para entender si el arreglo directo estaba suspendido, en curso o en qué momento se entendía fallido de acuerdo a la voluntad de las partes, ni tampoco era inequívoco el pacto de composición desde un entendimiento literal de la cláusula contractual que lo establecía como una posibilidad, es decir, eminentemente facultativo. Las anteriores afectaciones aparejan conceder el amparo constitucional porque el convenio de composición terminó imponiéndose a las partes sin que obrara plena habilitación para ello.

191. Estas situaciones condujeron a la violación de los derechos fundamentales a la igualdad de las partes contratantes y a la contradicción de los argumentos y pruebas, lo que también vulneró el derecho de defensa del accionante. En este punto, la Sala recuerda que la Ley 1563 de 2012 -que fue la que aplicaron los accionados- consagró como garantías mínimas de los trámites de amigable composición, la igualdad y la contradicción, y que si bien no son predicables todas las facetas del derecho fundamental al debido proceso, sí hay garantías como el derecho de defensa mediante la contradicción que debe protegerse cuando se adelantan los trámites de la amigable composición. Así, aunque en este caso puntual se concluye que la habilitación contractual no estaba dada, en tanto el trámite de la amigable composición se surtió, la Sala limita la concesión del amparo a esos derechos fundamentales indicados.

Segundo eje. La falta de competencia territorial de los accionados para dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición en la ciudad de Cali, que culminó imponiendo el convenio final de composición al PA FFIE y afectando derechos fundamentales del accionante

192. Aunque la ausencia de habilitación contractual inequívoca para adelantar el trámite de

amigable composición sería suficiente en el presente caso, la Sala considera importante ocuparse de otros argumentos que presenta el accionante.

193. Según expuso el apoderado del PA FFIE, el centro accionado inició al trámite de amigable composición sin tener competencia para ello, porque el inciso quinto del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 establece que, a falta de acuerdo entre las partes, se entenderán fijadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por el convocante. En criterio del actor, como el Consorcio FFIE Alianza BBVA únicamente tiene domicilio en Bogotá y no posee sucursales en Cali o en el Valle del Cauca, adujo que el centro accionado carecía de la competencia territorial para dar apertura a la amigable composición y, por consiguiente, para proceder a la designación del amigable componedor.

194. De las pruebas que obran en el expediente digital, la Sala advierte que este argumento fue puesto de presente por el apoderado del convocado en varias oportunidades, siendo negada sistemáticamente la petición de abstenerse de seguir con el trámite de la amigable composición por incompetencia asociada al factor territorial. Particularmente de destacan las siguientes actuaciones:

* En la solicitud de convocatoria a la amigable composición que presentó el Consorcio Colombia Estudia se indica que el domicilio de la parte convocada es la ciudad de Bogotá. Adicionalmente a ello, no efectuó referencia alguna para justificar que la competencia se asumiera en la ciudad de Cali, así como tampoco señaló que las personas jurídicas que integran el Consorcio FFIE Alianza BBVA tienen sucursales en Cali para determinar el factor territorial.

□ El abogado del PA FFIE presentó escrito el 7 de octubre de 2021 oponiéndose al Auto 001 del 4 de octubre de 2021 que emitió el amigable componedor. En dicho auto se definieron las etapas del procedimiento a seguir y se corrió traslado al convocado de la solicitud de amigable composición. El accionante en su escrito hizo referencia a varios temas que denominó “irregularidades”, siendo una de ellas la falta de competencia territorial del centro accionado y del amigable componedor. Ese escrito tuvo respuesta por parte del asesor jurídico del centro accionado, quien explicó que en aplicación del artículo 28.5 del CGP las sociedades fiduciarias que integran el Consorcio FFIE Alianza BBVA en su calidad de personas

jurídicas tienen varias sucursales en el país, siendo una de ellas la ciudad de Cali. A partir de ello concluyó que la competencia debía mantenerse por los accionados, sobre todo porque 7 de las 10 obras contratadas se ubican en la ciudad de Cali.

□ En el escrito que describió el traslado de la solicitud de amigable composición, nuevamente el convocado presentó el argumento de la falta de competencia.

□ En escrito del 24 de noviembre de 2021, el apoderado del PA FFIE reiteró la petición de declarar la falta de competencia territorial y dar por terminado el trámite de la amigable composición. Ese escrito obtuvo respuesta en Auto 005 del 13 de diciembre de 2021, en el cual el amigable componedor precisó que era aplicable el fuero territorial concurrente por elección del convocante en tanto el artículo 28.5 del CGP así lo permitía cuando la persona jurídica convocada tiene domicilio principal y domicilio en sucursales. Estimó que “la entidad convocada es Alianza Fiduciaria en su calidad de CONTRATANTE del Consorcio Colombia Estudia y representante legal del Consorcio FFIE ALIANZA BBVA, y por consiguiente Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PA FFIE. Adicionalmente Alianza Fiduciaria es una persona jurídica que tiene sucursal en la ciudad de Cali.” Para sustentar lo anterior presentó cinco casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia resolvió conflictos de competencia entre autoridades judiciales aplicando la competencia territorial concurrente.

□ El apoderado del convocado presentó escrito el 16 de diciembre de 2021, en el cual solicitó ordenar la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia a apertura del presente mecanismo de amigable composición. En aquella oportunidad reiteró los argumentos de incompetencia territorial de los accionados y sumó otros argumentos más. En Auto 007 del 13 de diciembre de 2021, el amigable componedor decidió rechazar dicha solicitud por cuanto los temas asociados a la competencia territorial habían sido definidos en el Auto 005 de 2021.

□ En el convenio final de composición del 28 de marzo de 2021, el amigable componedor dio respuesta al argumento de la falta de competencia territorial. Indicó que con base en el “artículo 23 del estatuto procesal civil”, en especial los numerales 5 y 9, era viable hacer uso de la competencia territorial concurrente a elección del demandante, para lo cual resaltó que “para efectos judiciales la estipulación del domicilio contractual se tendrá por no escrita.” También insistió en la aplicación del artículo 28.5 del Código General del Proceso para retener la competencia territorial.

195. Luego de verificar las anteriores solicitudes y argumentos de respuesta que dieron los accionados, la Sala considera que se violaron los derechos a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante, por las razones que a continuación procede a explicar.

196. En primer lugar, la Sala precisa que la naturaleza de la amigable composición es eminentemente contractual y que no constituye el ejercicio de función jurisdiccional en los términos del artículo 116 de la Constitución. Por consiguiente, no se rige por la esfera del derecho procesal, sino por las cláusulas que pactan las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad contractual y por lo dispuesto en los artículos 59 y 61 de la Ley 1563 de 2012.

197. En segundo lugar, para la Sala resulta claro que el Código General del Proceso tiene su ámbito de aplicación a las actuaciones de particulares cuando ejercen funciones jurisdiccionales, como lo indica el artículo 1° de ese estatuto procesal, y que el artículo 28.5 del CGP al definir una de las reglas de competencia territorial se refiere a los procesos que materializan el ejercicio de la función jurisdiccional permanente o transitoria. En tal sentido, se trata de una norma propia del derecho procesal que no resulta aplicable al trámite de la amigable composición porque este mecanismo alternativo de solución de conflictos es de estirpe contractual. Incluso los casos que citó el amigable componedor corresponden a debates de competencia entre autoridades judiciales.

198. Llama la atención que el amigable componedor para resolver el punto también invocó el artículo 23 del estatuto procesal civil e hizo referencia a que el numeral 5 de esa disposición establece que “la estipulación del domicilio contractual se tendrá por no escrita”, al igual que resaltó que el numeral 9 de esa misma norma asigna como posibilidad del fuero de concurrencia competente “el lugar donde se ubican los bienes”.

199. Al respecto, la Sala observa que del texto que establece el artículo 23 del CGP no se deriva el contenido normativo anotado por el amigable componedor, habida cuenta que el mismo consagra la figura procesal del fuero de atracción para definir la competencia por el factor objetivo. Sin embargo, en aras de ubicar la disposición pertinente, esta Corporación evidencia que los numerales 3 y 7 del artículo 28 del CGP establecen lo siguiente:

“3. En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La

estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.”

(...)

7. En los procesos en que se ejerciten derechos reales, en los divisorios, de deslinde y amojonamiento, expropiación, servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, restitución de tenencia, declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, será competente, de modo privativo, el juez del lugar donde estén ubicados los bienes, y si se hallan en distintas circunscripciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante.” (Negrillas fuera del texto original).

200. Nota la Corte que la primera disposición en comento estipula un fuero de competencia territorial concurrente respecto de procesos jurisdiccionales que surgen con ocasión de un negocio jurídico, pero nuevamente se trata de una norma procesal que tampoco es aplicable al trámite de la amigable composición y menos para tener por no escrita la estipulación del domicilio contractual que fue definida por las partes.

201. En cuanto al segundo numeral, tampoco es aplicable por ser regla de competencia procesal que menciona el fuero territorial concurrente ante el debate jurisdiccional sobre derechos reales.

202. Con ese norte, la Sala considera que las normas procesales que establecen reglas para definir la competencia territorial no son compatibles con la naturaleza eminentemente contractual de la amigable composición y con la carencia del ejercicio de función jurisdiccional. De allí que esas disposiciones procesales no resulten adaptables al presente asunto y menos para motivar la competencia del centro accionado y del amigable componedor.

203. En tercer lugar, la Sala observa que del contenido de la cláusula vigésima sexta/séptima incluida en los diez (10) contratos de obra que motivaron la iniciación de la amigable composición, no se logran extraer reglas de procedimiento acordadas por las partes para acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ni se menciona algún centro específico al que se deba acudir para adelantar una amigable composición. Ello es así, además, porque como se explicó, de la lectura literal de dicha cláusula no se desprende un pacto de composición explícito e inequívoco acordado entre las partes, por lo cual, si ello no

estaba fijado, mucho menos la determinación de un procedimiento específico para la amigable composición.

204. Incluso en gracia de discusión, si se pensará que la habilitación para adelantar el trámite estuviese dada -que no se advierte en el presente caso-, la Sala en todo caso estima vulnerados los derechos del PA FFIE porque, si las partes guardan silencio sobre el punto del procedimiento y de la competencia del centro en el cual se debe llevar a cabo la amigable composición, los incisos 4 y 5 del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 establecen supletoriamente lo siguiente:

“El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas.

A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante.” (Negrillas fuera del texto original).

205. Significa lo anterior que cuando las partes contractuales no pactan previamente el procedimiento que se debe seguir en caso de acudir al mecanismo alternativo de la amigable composición, se habilita la disposición legal supletoria que señala que son aplicables las reglas de procedimiento del reglamento del centro de arbitraje, y para ubicar la competencia territorial consagra que será un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, que podrá ser escogido por el convocante. Aunque el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 no define en concreto unas reglas asociadas a la competencia territorial del centro de arbitraje, sí fija lineamientos relacionados con el procedimiento teniendo en cuenta el centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada.

206. Pues bien, los diez (10) contratos de obra pública fueron suscritos por el PA del FFIE, a través de su vocero y administrador el Consorcio FFIE Alianza BBVA que actuó mediante su representante legal. Siguiendo lo estipulado en la cláusula vigésima sexta el contrato de fiducia No. 1380 de 2015 suscrito entre el Ministerio de Educación y el Consorcio FFIE Alianza BBVA, el lugar de desarrollo del contrato y el domicilio contractual fue fijado en la ciudad de Bogotá. Es decir, el domicilio del PA FFIE se estableció en la ciudad de Bogotá.

207. Sumado a ello, en los diez (10) contratos de obra se fijó expresamente el domicilio contractual en la ciudad de Bogotá, así la ejecución de los mismos se cumpliera en la ciudad de Cali y en otros municipios del Valle del Cauca. A partir de ello, vale señalar que el artículo 85 del Código Civil establece que el domicilio contractual fijado de común acuerdo por las partes obra como referente especial para los actos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.

208. En la amigable composición el convocado fue el PA del FFIE a través de su vocero y administrador el Consorcio FFIE Alianza BBVA, por lo cual la Sala advierte que el domicilio aplicable para definir la competencia territorial con miras a tramitar la amigable composición era la ciudad de Bogotá, en caso tal de que mediara acuerdo explícito e inequívoco de las partes para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, que no se atisba configurado.

209. Aunado a lo anterior, si bien el fiduciario Consorcio FFIE Alianza BBVA lleva la personería (vocería y administración) del PA FFIE y lo hace a través del representante legal de Alianza Fiduciaria -una de las fiduciarias que integra tal Consorcio-, lo cierto es que el domicilio principal tanto del Consorcio como de Alianza Fiduciaria S.A. es también la ciudad de Bogotá, sin que sea dable aplicar la regla de sucursales que establece el artículo 28.5 del CGP.

210. Esa afirmación no puede perder de vista que los patrimonios autónomos son completamente diferentes de las personas que los administran, en este caso el PA del FFIE es una entidad diferente del Consorcio FFIE Alianza BBVA y de las fiduciarias que a su vez conforman este Consorcio. Bajo esa idea, si se pensara que el convocado inequívoco al mecanismo alternativo de solución de conflictos era el PA del FFIE, el domicilio que debió fijarse para adelantar la amigable composición debió ser la ciudad de Bogotá y no Cali. Incluso, nótese que en la solicitud de amigable composición que radicó el Consorcio Colombia Estudia se indicó que la parte convocada tenía su domicilio en Bogotá a partir de establecer su representación en el Consorcio vocero y administrador, que a su vez es representado por Alianza Fiduciaria S.A.

211. Con base en lo expuesto, la Sala estima que la amigable composición al tener una naturaleza eminentemente contractual, no le son aplicables las reglas procesales para definir la competencia territorial. Cuando no media regla definida por las partes, es dable aplicar el

procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la convocada, escogido a prevención por la parte convocante. Esto se constituye en una garantía de igualdad entre las partes contractuales porque permite que la convocada con visión de cercanía pueda asumir su defensa en el lugar donde tiene su domicilio, pero a la vez se equilibra la fórmula legal con la posibilidad que tiene el convocante de seleccionar el centro de arbitraje donde desee radicar la solicitud de amigable composición, de tal forma que ni una u otra parte terminen definiendo unilateralmente el criterio territorial donde se debe adelantar este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

212. En el presente caso, como el convocado -sin habilitación contractual- fue el PA FFIE que fijó su domicilio en la ciudad de Bogotá y este fue un argumento recurrentemente desatendido por los accionados frente a los múltiples escritos que elevó el apoderado de la parte convocada, dicha situación aparejó una vulneración evidente de los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante, en tanto el centro accionado y el amigable componedor retuvieron una competencia territorial que no les era propia y que condujo, como consecuencia, a que se impusiera el convenio final de composición al PA FFIE sin tener la competencia para ello por doble vía: (i) carecían de habilitación contractual inequívoca mediante pacto de composición acordado por las partes; y, (ii) en todo caso, en gracia de discusión, carecían de competencia territorial para adelantar el trámite de la amigable composición. Esta situación motiva conceder el amparo tutelar.

Tercer eje. La escogencia por parte del contratista del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición requería agotar previamente unas condiciones fijadas por las partes, las cuales no fueron verificadas por los accionados y se terminó vulnerando los derechos fundamentales del PA FFIE

213. En el escrito de tutela el accionante adujo que, en virtud de lo estipulado por las partes en la cláusula vigésima sexta/séptima de los contratos de obra sobre solución de controversias contractuales, en tanto no mediaba pacto de composición, era necesario previamente justificar el uso facultativo del mecanismo seleccionado de la amigable composición y atender los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Para el actor, el contratista de forma arbitraria, intempestiva y sorpresiva escogió ese mecanismo alternativo sin cumplir esas exigencias, las cuales tampoco fueron validadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del

Valle y ni por el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez como amigable componedor.

215. Siendo los diez (10) contratos de obra suscritos ley para las partes, la Sala advierte del texto de la cláusula de solución de controversias contractuales que, de no ser posible la solución directa, se dio como mera opción o facultad emplear los mecanismos previstos en la ley, tales como la conciliación, la amigable composición y la transacción. Para ello, las partes pactaron dos condiciones importantes: (i) la previa justificación del mecanismo seleccionado; y (ii) atender los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

216. De las pruebas que obran en el expediente digital, la Sala observa que el contratista Consorcio Colombia Estudia previamente a radicar la convocatoria de amigable composición no justificó la selección de ese mecanismo ante el PA FIEE. Así mismo, en la solicitud de convocatoria de la amigable composición que radicó el 23 de septiembre de 2021 ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, no expuso las razones para justificar la escogencia puntual de ese medio que era netamente facultativo, ante la ausencia de un pacto de composición inequívoco. Se limitó a afirmar que la etapa de arreglo directo se había agotado por el vencimiento del término acordado, pero nada expresó para justificar la selección del mecanismo de la amigable composición y menos se apoyó en lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre el tema.

217. A pesar de no acreditar el contratista esas dos condiciones contractuales para habilitar el mecanismo alternativo que seleccionó unilateralmente, los accionados procedieron a dar apertura y a adelantar el trámite de la amigable composición sin proceder a verificar el cumplimiento de tales condiciones estipuladas por las partes en la cláusula vigésima sexta/séptima de los contratos de obra. Seguramente la justificación era necesaria porque, además de no obrar pacto compromisorio explícito e inequívoco, se requería otorgar mayores garantías a las partes de cara a que los recursos que maneja el PA FFIE provienen mayoritariamente de fuentes públicas y se encuentran destinados específicamente a la infraestructura educativa para la implementación de la jornada única escolar.

218. Para la Sala esa situación desconoció los derechos a la defensa y a la igualdad que le asisten al PA FFIE porque, a pesar de manifestar su oposición a continuar con el trámite de la amigable composición y a la selección misma de ese mecanismo alternativo que tildó de

arbitraria e injustificada, se vio abocado a un trámite que continuó y que generó la vinculatoriedad del convenio final de composición que lo obliga actualmente a pagar la suma de \$3.736'251.740 a favor del contratista, es decir, para la Sala tal actuación resultó siendo impuesta al PA FFIE en tanto desconoció la autonomía de la voluntad contractual y obró en detrimento de las garantías constitucionales del accionante. Por consiguiente, este punto también conlleva a conceder el amparo tutelar.

219. Cuestiones finales. Aunque la Sala centró su análisis en los tres ejes que estimó causaron principalmente la afectación de derechos fundamentales del actor, considera pertinente señalar que (i) la convocatoria a la audiencia de apertura de la amigable composición se realizó el 24 de septiembre de 2021, siendo remitida al correo electrónico del Consorcio FFIE Alianza BVVA ese mismo día a las 8:03 a.m. Allí se informó que la audiencia se realizaría en modalidad virtual el 30 de septiembre de 2021, mediante plataforma Zoom. La parte convocada contó con cuatro (4) días hábiles para tramitar el poder que debía otorgar el representante legal del ese consorcio que obra como vocero y administrador del PA FFIE, tiempo que en principio se estima suficiente. Si se requería de un tiempo adicional para adelantar los trámites internos para la obtención del poder, lo procedente era solicitar el aplazamiento de la audiencia por parte del convocado, lo cual no sucedió. Por consiguiente, de allí no se deriva la afectación a derechos fundamentales sobre ese punto, pero como se indicó, la violación deriva es por adelantar todo el trámite de la amigable composición sin habilitación contractual inequívoca para ello y, por esa vía, imponer un convenio final con clara afectación a los derechos fundamentales.

220. (ii) Aunque el Decreto 491 de 2020 que fue expedido en el marco de la declaratoria del primer estado de emergencia económica, social y ecológica a causa de la pandemia de Covid-19, en su artículo 10 dispuso la continuidad de “otros mecanismos de resolución de conflictos por medios virtuales” para garantizar los servicios de justicia alternativa, y luego hizo referencia expresa a que la amigable composición podía adelantarse mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información de acuerdo con las instrucciones que impartieran los centros de arbitraje y conciliación respectivos, allí no se dispuso que concomitante al envío de la convocatoria para la audiencia de apertura de la amigable composición se debía remitir copia de la solicitud al convocado, o que tal carga tuviese que asumirla la parte convocante de manera previa.

221. Sumado a ello, el Decreto 806 de 2020 expedido con ocasión de la declaratoria del segundo estado de emergencia económica, social y ecológica a causa de la pandemia de Covid-19, si bien hace referencia al traslado anticipado de la demanda como obligación que debe cumplir el demandante (Art. 6 inciso 4 ibidem), claramente esa carga se impone a los procesos que se adelanten en cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y los procesos que adelanten las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, es decir, tal carga procesal es predicable cuando media el ejercicio de la jurisdicción. No es viable extender una carga procesal a un trámite netamente contractual como lo es la amigable composición.

222. De hecho, el mismo artículo 1° del Decreto 806 de 2020 al fijar su ámbito de aplicación, circunscribió su alcance a “los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, (...)”, lo que nuevamente confirma que la carga procesal que consagra el artículo 6 de dicho decreto no es trasplantable a los trámites de amigable composición. De manera que, por este punto, la Sala no advierte vulnerados los derechos fundamentales que invocó el accionante.

223. En este orden de ideas, a partir de lo antedicho, la Sala estima que la violación a las garantías fundamentales a la igualdad, a la contradicción y a la defensa conllevó a que el trámite de la amigable composición, que de suyo goza de agilidad, continuara sin tener en cuenta los planteamientos del PA FFIE y, por esa vía, terminó imponiéndose un convenio final de composición que tiene los efectos vinculantes de una transacción y que en la actualidad se encuentra en recaudo coercitivo mediante proceso ejecutivo. Por tal razón, con el ánimo de generar una protección debida a los derechos que fueron afectados, la Sala se pronunciará sobre la fórmula de decisión a adoptar.

224. Remedio constitucional. La Sala revocará las decisiones de primera y segunda instancia tutelar, y concederá el amparo definitivo a los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción en favor del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA.

225. En consecuencia, dejará sin efectos la totalidad del trámite de la amigable composición que se llevó a cabo en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, actuando como amigable componedor el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez, respecto de los diez (10) contratos de obra que fueron suscritos por el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, y el Consorcio Colombia Estudia. Lo anterior incluye dejar sin efectos el convenio final de composición que firmó el amigable componedor sin habilitación para ello.

6. Síntesis de la decisión

226. Por medio de apoderado judicial, el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, interpuso acción de tutela contra del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle; posteriormente fue vinculado a la tutela el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez, en calidad de amigable componedor. El accionante adujo la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción e igualdad, en el procedimiento de amigable composición que fue convocado por solicitud del Consorcio Colombia Estudia. Para ello presentó diferentes argumentos cuestionando la habilitación, competencia y el trámite que dieron los accionados a dicha amigable composición. Estando en curso la tutela el amigable componedor suscribió el convenio final de composición.

227. La Sala planteó dos problemas jurídicos resueltos de manera escalonada, a saber:

228. ¿Procede excepcionalmente la acción de tutela contra particulares para cuestionar la habilitación, apertura y el trámite que adelantaron en el marco de una amigable composición que culminó imponiendo el convenio final de composición, sin contar con habilitación para ello?

229. Solo en caso de que advierta que la acción de tutela de la referencia cumple con los presupuestos que habilitan su procedencia, la Sala avanzará al segundo momento en el cual resolverá el problema jurídico que a continuación se plantea: ¿el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle -en su fase preparatoria- y el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez -obrando como amigable componedor-

desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción que le asisten al Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, al habilitar su competencia contractual, dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición como mecanismo para solucionar las controversias contractuales con el Consorcio Colombia Estudia, y por esa vía expedir el convenio final de composición?

230. Respecto del primer problema jurídico planteado, la Sala concluyó que la presente tutela es excepcionalmente procedente por encontrar acreditados los presupuestos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. En especial, la legitimación por pasiva contra particulares porque el accionante se encuentra en estado de indefensión respecto del centro accionado y el amigable componedor. Además, el accionante, aunque cuenta con mecanismos actuales de defensa idóneos, los mismos no son eficaces y oportunos para proteger sus derechos fundamentales, por lo que la Sala estimó necesario conceder el amparo como mecanismo definitivo.

231. En cuanto al segundo problema jurídico, la Sala advirtió que los accionados desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del PA FFIE, al dar apertura y adelantar el trámite de la amigable composición como mecanismo para solucionar las controversias contractuales con el Consorcio Colombia Estudia. Esto debido a que (i) para habilitar y dar trámite a otras instancias alternativas de solución de conflictos era necesario tener claridad sobre la fase de arreglo directo entre las partes, y sobre el cumplimiento del principio de voluntariedad explícito e inequívoco para acudir a la amigable composición, lo cual no se evidencia presente en el entendimiento literal de la cláusula de solución de controversias contractuales, lo que apareja una carencia de habilitación por parte del amigable componedor; (ii) en aras de discusión, si se llegara a considerar que la amigable composición era procedente desde el enfoque contractual, los accionados carecían de la competencia territorial para gestionar ese mecanismo alternativo de solución de conflicto en la ciudad de Cali toda vez que las reglas procesales que aplicaron no resultan acordes con la naturaleza de un trámite netamente contractual en el cual no se ejerce jurisdicción; y, (iii) la escogencia unilateral por parte del contratista del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición requería agotar previamente unas condiciones fijadas por las partes, las cuales no fueron verificadas por los accionados para habilitar su competencia contractual. Esas deficiencias en la habilitación y el

trámite de la amigable composición condujeron a la imposición del convenio final de composición en detrimento de los derechos fundamentales del accionante. La Sala destacó que. Aunque estos argumentos fueron puestos de presente por el PA FFIE en múltiples oportunidades durante la apertura y trámite de la amigable composición, fueron desestimados por los accionados que carecían de la habilitación contractual y representación -ésta última predicable del amigable componedor- para pronunciarse en este asunto, afectando garantías fundamentales.

232. A partir de lo anterior, la Sala estableció como remedio constitucional revocar las decisiones de instancia tutelar y conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante. Además, dispuso dejar sin efectos la totalidad del trámite de la amigable composición que fue cuestionado y el producto que se obtuvo del mismo, es decir, el convenio final de amigable composición.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 6 de enero de 2022, que confirmó la decisión emitida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá el 9 de noviembre de 2021, en la acción de tutela que interpuso mediante apoderado judicial el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa - PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, contra del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y otros. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la totalidad del trámite de la amigable composición que se llevó a cabo en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, actuando como amigable componedor el ingeniero Miguel Octavio Charry Rodríguez, respecto de los diez (10) contratos de obra que fueron suscritos por el

Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, y el Consorcio Colombia Estudia. Lo anterior incluye dejar sin efectos el convenio final de composición que firmó el amigable componedor el 28 de marzo de 2022.

Tercero.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Cuarto.- Por Secretaría General de la Corte, DEVOLVER al Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá el expediente digitalizado, para los efectos legales pertinentes.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-093/23

Ref. Expediente T-8.573.040

Acción de tutela instaurada por el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa -PA FFIE, cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, contra el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y Miguel Octavio Charry Rodríguez.

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias adoptadas por este tribunal, en esta ocasión salvé mi voto respecto a lo decidido por la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-093 de 2023. En esta providencia, la mayoría resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa y a la contradicción del accionante y en consecuencia, dejar sin efectos el trámite de amigable composición que se llevó a cabo en el Centro de Conciliación y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle, en relación con diez (10) contratos de obra suscritos entre el PA FFIE (cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA) y el Consorcio Colombia Estudia, así como el convenio final de composición suscrito por el amigable componedor el 28 de marzo de 2022. La razón de mi discrepancia la justifiqué en las razones que se exponen a continuación.

1. 1. La equivocada valoración sobre una supuesta “situación de indefensión” del accionante desconoció la naturaleza jurídica de la amigable composición y las reglas de procedencia de la acción de tutela contra particulares

La sentencia T-093 de 2023 admitió la procedencia de la acción de tutela con base en una presunta situación de indefensión del accionante respecto del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y del amigable componedor (en su conjunto, los “accionados”). Esencialmente esta conclusión se sustentó en dos razones. Primero, en que el PA-FFIE (en adelante, el “accionante”) no contó con los “medios efectivos para oponerse a las actuaciones administrativas y preparatorias del centro accionado que resultaban lesivas a los derechos fundamentales” pues “el accionante presentó sus argumentos sobre la habilitación de la amigable composición y la competencia

territorial, pero fueron desatendidos a partir de la aplicación de normas procesales o la ausencia de pronunciamiento”. Segundo, en que “el trámite irregular se habilitó y surtió con evidente violación al principio de voluntariedad de las partes [...] en tanto existían serias dudas sobre el alcance explícito e inequívoco de que la solución de las controversias contractuales debía someterse a la amigable composición, al tratarse de una cláusula abierta que enuncia indistintamente diversos mecanismos alternativos [...]”.

A mi juicio, estas razones no logran evidenciar una situación de desamparo o una imposibilidad de defensa para la entidad accionante. La indebida valoración de una supuesta situación de indefensión en el marco de un mecanismo alternativo de solución de controversias llevó a que la mayoría estableciera, de manera errónea, una regla de procedencia general respecto a las controversias generadas en el ámbito de la amigable composición en las que la intervención del juez de tutela es y debe ser realmente excepcional.

En efecto, la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos eminentemente contractual que tiene como objeto principal componer una relación de coordinación entre las partes en la que, en principio, no se dependen situaciones de indefensión y mucho menos de subordinación. El entendimiento de la mayoría de la Sala sobre la naturaleza jurídica de esta institución, encaminado a forzar la procedibilidad del presente amparo, alteró indebidamente la naturaleza autocompositiva de la amigable composición y el papel del amigable componedor, quien actúa exclusivamente como mandatario de las partes.

En este sentido, discrepo del cuestionable análisis de procedibilidad de la acción de tutela que se realizó en la sentencia T-093 de 2003 que, al declarar la existencia de una relación de indefensión de la sociedad accionante respecto de los accionados terminó por (i) atribuir a la amigable composición una inadecuada connotación procesal, adversarial y litigiosa, (ii) asemejar erradamente la función del amigable componedor a la de una autoridad judicial y (iii) desconocer los efectos transaccionales y obligacionales derivados de la amigable composición y su importancia a la luz de los postulados de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad.

Esa profunda alteración conceptual también se evidenció respecto del convenio final de

composición al señalar que contra este no proceden “recursos ordinarios o extraordinarios”. Es que la amigable composición, además de no ser de índole judicial, no es un apéndice de ese proceso, ni mucho menos un paso previo para iniciarlo de manera que, ni siquiera en abstracto, se espera una intervención judicial de ese tipo. Esta afirmación demuestra, una vez más, el desconocimiento de la Sala de Revisión en punto a la naturaleza contractual, principal y autónoma del pacto de composición, con reiteradas incidencias a lo largo de toda la sentencia (ver, análisis de legitimación por pasiva y subsidiariedad) y por ende, en la decisión.

La acción de tutela que revisó la Sala Primera de Revisión tenía su origen en un ámbito exclusivamente contractual. Este contexto le exigía al juez constitucional aplicar la regla general sobre la falta de idoneidad del mecanismo excepcional de amparo para resolver controversias suscitadas con ocasión de dinámicas estrictamente contractuales o convencionales. Sin embargo, la mayoría de la Sala, pretermitiendo sus deberes de prudencia y auto restricción (self-restraint) en su función de garante de los derechos fundamentales, se atribuyó indebidamente competencias propias del juez natural del contrato, al cual le corresponde -en última instancia- la interpretación de las cláusulas contractuales (i.e. el pacto de composición), sin tener en cuenta -además- las posibles afectaciones administrativas y económicas para la ejecución de la infraestructura educativa inscrita en los diferentes contratos de obra que se encuentran en juego.

A mi juicio, este comportamiento terminó alterando la naturaleza excepcional de la acción de tutela contra particulares, para asemejarse a una sui generis instancia ordinaria en la que se despacharon indebidamente cuestiones de índole contractual sin mayor relevancia en términos del mecanismo constitucional de tutela.

2. El accionante contaba con mecanismos de defensa para repeler, resistirse u oponerse a la presunta agresión

Debido a su carácter residual y subsidiario, la acción de tutela no estaba llamada a ser utilizada como un mecanismo sustituto de las vías ordinarias de protección de derechos fundamentales. Desatendiendo este principio elemental, la intervención de la Sala Primera de Revisión en este caso nuevamente pasó por alto que, en este ámbito estrictamente contractual, las partes cuentan con amplias posibilidades de defensa, no solo en el marco de

su autonomía y buena fe negocial, como principios constitucionales que deben regir las relaciones contractuales, sino al amparo de los mecanismos judiciales dispuestos en el ordenamiento para controvertir los negocios jurídicos, lo que, es preciso aclarar, no cambia la naturaleza principal y autónoma del mecanismo de solución de controversias, pues no lo vuelve un apéndice del proceso judicial ni mucho menos lo instituye como un paso previo a este.

En el presente caso, la normatividad vigente habilitaba al accionante, entre otras posibilidades, para (i) cuestionar la existencia del pacto de composición y en últimas, (ii) solicitar su nulidad o rescisión a través de un proceso declarativo (artículos 2476 y 2484 del Código Civil) que, a su vez, admitía el ejercicio de un amplio catálogo de medidas cautelares (artículo 590 del Código General del Proceso) y (iii) proponer excepciones perentorias en el marco de un proceso ejecutivo.

A pesar de haber reconocido la existencia de estos mecanismos como recursos idóneos de defensa ante la jurisdicción ordinaria – incluso, la posibilidad de solicitar como medida cautelar innominada la suspensión del trámite de amigable composición – inexplicablemente la sentencia de la cual me aparté afirmó que tales mecanismos se tornaban ineficaces para garantizar la protección oportuna de los derechos fundamentales. Lo anterior porque, según se afirmó sin mayor reparo, la amigable composición avanzaba con prontitud y los recursos del PA FFIE se podían ver afectados, lo que impactaría indirectamente en los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre esta línea, estimé relevante recalcar que una de las características de la amigable composición es, precisamente, la agilidad en la solución de controversias. Este atributo, lejos de suponer una amenaza de un derecho fundamental de las partes, como lo hizo ver la mayoría, evidencia la efectividad de este mecanismo para dirimir la disputa entre las partes y, así, evitar el desgaste, la demora y la incertidumbre de un proceso de naturaleza judicial y, en últimas, garantizar la efectiva ejecución del objeto contractual (i.e. la ejecución de los proyectos de infraestructura educativa). Sin embargo, la intromisión inconsulta y desproporcionada de la Sala en esta controversia contractual, abrió la puerta a que el mecanismo constitucional de amparo fuera utilizado irreflexivamente para avanzar en posturas hermenéuticas extrañas a su competencia.

La decisión de dejar sin efectos el trámite de amigable composición implicó no ejecutar la obligación contenida en el convenio final de composición, lo que terminó amenazando la parálisis del cumplimiento del objeto contractual. Irónicamente, ese “remedio” que definió la Sala como idóneo para la protección de derechos a la educación, representa un profundo impacto en la entrega de la infraestructura educativa para los niños, niñas y adolescentes y, por ende, en sus derechos fundamentales.

La protección de la inversión pública —particularmente de las inversiones en infraestructura—en países que, como el nuestro, tienen grandes brechas en este sector, es determinante para el desarrollo a largo plazo y para la reducción de la pobreza. Por ello, los contratos estatales que típicamente instrumentan grandes proyectos de infraestructura requieren de mecanismos expeditos para hacerlos cumplir, pues lo cierto es que las diferencias en el desarrollo de estos negocios son inevitables.

La inconsulta intervención del juez constitucional en este caso, contrario a su intención de proteger la inversión pública, terminó entorpeciendo y amenazando con colapsar la ejecución de los proyectos de infraestructura educativa y, por esa vía, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para la protección del interés público, debo insistir, se imponía entender el concepto, importancia e implicaciones de la amigable composición, particularmente, en los contratos de larga duración celebrados con recursos públicos, los cuales exigen, en favor de la ejecución de los proyectos, de soluciones informadas en los pormenores técnicos del proyecto y de los detalles del contrato, eficientes en términos de costos y que fortalezcan la confianza entre las partes, en escenarios libres de animosidad, incertidumbre y tensiones litigiosas propiciadas, en su mayoría, por pleitos largos y desgastantes.

3. El estándar de “explícito e inequívoco” para determinar la voluntad de las partes de acudir a la amigable composición no tiene asidero legal y atenta contra el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

La sentencia de la que me aparté señaló de forma insistente que el trámite de amigable composición se adelantó en violación del principio de voluntariedad, toda vez que el pacto de composición no era “explícito ni inequívoco”. La razón principal de dicha conclusión se basó en que se trataba de una cláusula compromisoria abierta que enunciaba indistintamente diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como el arreglo directo, la

conciliación, la amigable composición y la transacción. En ese sentido, para la mayoría de la Sala, la amigable composición era simplemente una “posibilidad” y el pacto de composición, “eminentemente facultativo”.

Sin embargo, lo cierto es que el estándar de “explícito e inequívoco” para evaluar la validez del pacto de composición no tiene asidero legal ni se encuentra respaldado por la jurisprudencia constitucional. De una parte, el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, se limita a establecer que la amigable composición “podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente”. Es decir, dicho pacto es un negocio jurídico que debe llenar los requisitos aplicables a todo acto o contrato (Código Civil, arts. 1502 y ss.), pero frente al cual la ley no exige ninguna formalidad. De esta manera, dicho pacto simplemente debe recoger y documentar de cualquier modo el consentimiento de las partes acerca de su intención de someter a amigable composición todas o algunas de sus diferencias que pueden tener origen en una relación jurídica contractual.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, señalando que a la amigable composición “sólo se puede acceder si existe previamente una voluntad libre de las partes que así lo determine”. Por tanto, al incluir la amigable composición como uno de los mecanismos potenciales para solucionar una controversia futura, las partes no acordaron una mera posibilidad netamente facultativa, sino que suscribieron un pacto de composición válido del cual ninguna puede sustraerse posteriormente, de manera unilateral.

De otra parte, la exigencia de una voluntad contractual “explícita e inequívoca”, cuya determinación es propia del juez natural del contrato, impacta de forma negativa el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues la práctica contractual y comercial demuestra que este tipo de cláusulas que prevén distintos mecanismos para solucionar conflictos son usuales en contratos de infraestructura. De ahí que, al poner un manto de duda sobre la voluntad de las partes al suscribir estos pactos, la Sala impactó negativamente la eficacia y desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

4. Consideraciones finales

Por último, estimé relevante llamar la atención sobre la alteración de las reglas de procedencia de la acción de tutela so pretexto de encontrarse de por medio entidades

públicas o recursos de la misma naturaleza. Si bien esto puede ser un elemento de juicio de importancia en el examen constitucional, esto no habilita, ni sustituye la aplicación de las reglas de procedencia de la acción de tutela consagradas en la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional.

La preocupante ausencia de rigurosidad en el estudio de la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares en el ejercicio de mecanismos alternativos de solución de conflictos va en detrimento de la celeridad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones contractuales y afecta la esencia de otros mecanismos que, como el arbitraje, contribuyen a la pronta y eficaz solución de controversias contractuales.

En estos términos, dejo planteado mi salvamento de voto respecto de la sentencia T-093 de 2023.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Expediente T-8.573.040

M.P. Diana Fajardo Rivera