



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia:	25000-23-26-000-2011-00490-00
Sentencia:	SC3-22032802
Acción:	Controversias contractuales
Demandante:	Megaproyectos S.A.
Demandado:	Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y otros
Tema:	Falta de jurisdicción. Cláusula compromisoria pactada en contrato celebrado en 2007. Proceso del 2011. Improcedencia de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en los procesos iniciados con anterioridad a la Ley 1563 de 2012. Precedente vinculante del Consejo de Estado sentencia de unificación del 18 de abril de 2013. Precedente horizontal por controversia contractual que también tuvo origen en la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007. Tribunal de Arbitramento declaró la nulidad absoluta del contrato. Competencia de la justicia arbitral para conocer de controversias que tengan origen en actos administrativos contractuales en los que no se ejercen cláusulas exorbitantes.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma.

El 25 de mayo de 2011, Megaproyectos S.A. presentó acción de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, Transmilenio S.A. y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. con el fin de que se declarara la nulidad parcial del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, de las resoluciones 889 y 2337 de 2010, por medio de las cuales se declaró el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo girado al contratista; así como el incumplimiento contractual del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU. En consecuencia, pretende que se ordene la compensación de las sumas de dinero adeudadas por las partes, la restitución de las sumas canceladas con la expedición de los señalados actos administrativos y la indemnización de los perjuicios causados a la demandante (fls. 11-283, c. 1).

Expresamente, solicitó en las pretensiones de la demanda (fls. 84-86, c. 1):

“PRINCIPALES

PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad parcial del contrato IDU-137 de 2007, en los aspectos modificados por el **OTROSÍ NÚMERO 5** y el **OTROSÍ NÚMERO 6** al **Contrato de Obra 137 de 2007**, celebrados entre

el **INSTITUTO DE DESARROLLO – IDU** y la sociedad **GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.**, por adolecer de los vicios de nulidad indicados en el acápite del derecho.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de las resoluciones **889 del 26 de marzo de 2010** "POR LA CUAL SE DECLARA EL SINIESTRO DEL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO DEL CONTRATO 137 DE 2007 CUBIERTO CON LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO. 00008696 EXPEDIDA POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A." y **2337 del 28 de julio de 2010** "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVEN UNOS RECURSOS DE REPOSICIÓN", ambas por adolecer de los vicios de nulidad expuestos en el acápite del derecho.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare el incumplimiento del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** de las obligaciones contractuales por él contraídas con ocasión del **contrato No. IDU-137 de 2007**, lo cual constituyó la causa eficiente de los atrasos en el cronograma de obra, así como el lento ritmo de amortización del anticipo, según lo expuesto en el acápite de hecho y en el de derecho de la presente demanda.

CUARTA PRINCIPAL: Que se compensen las sumas de dinero adeudadas por las partes.

QUINTA PRINCIPAL: Que las condenas sean indexadas según el IPC y hasta el momento del pago de las mismas.

SEXTA PRINCIPAL: Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a los demandados.

CONSECUENCIALES.

PRIMERA CONSECUENCIAL: Que se condene al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a restituir a la sociedad **MEGAPROYECTO S.A.** cualquier suma de dinero canceladas por esta última con ocasión del otrosí y los actos anulados, debidamente indexada.

SEGUNDA CONSECUENCIAL: Que se condene al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a cancelar a favor de la sociedad **MEGAPROYECTO S.A.** los respectivos intereses bancarios corrientes sobre cualquier suma de dinero cancelada por esta última con ocasión de los actos anulados, desde el día en que se efectuó el pago y hasta tanto dicha suma sea restituida.

TERCERA CONSECUENCIAL: Que se condene al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a cancelar a favor de la sociedad **MEGAPROYECTOS S.A.** la suma de **SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$70.000.000.000)** por concepto de indemnización de los perjuicios que los

otrosí y los actos administrativos cuya nulidad se pretende ocasionaron, o lo que resulte probado dentro del proceso.

SUBSIDIARIAS:

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: En el evento en que no prospere la pretensión **SEGUNDA PRINCIPAL** solicito que se modifiquen los actos administrativos **889 del 26 de marzo de 2010** "POR LA CUAL SE DECLARA EL SINIESTRO DEL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO DEL CONTRATO 137 DE 2007 CUBIERTO CON LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO. 00008696 EXPEDIDA POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A." y **2337 del 28 de julio de 2010** "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVEN UNOS RECURSOS DE REPOSICIÓN", en sus artículos **SEGUNDO** y **TERCERO**, respectivamente, en el sentido de indicar que el valor del monto del anticipo adeudado al **IDU** por parte de la **UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL** es del orden de VEINTISÉIS MIL MILLONES DE PESOS (\$26.000.000.000), o de lo que llegare a probarse dentro del proceso.

CONSECUENCIALES DE LA SUBSIDIARIA:

PRIMERA CONSECUCIONAL: Que como consecuencia de lo anterior, se devuelva cualquier suma pagada en exceso con ocasión de los otrosí o de los actos administrativos anulados que exceda la suma de **VEINTISÉIS MIL MILLONES DE PESOS (\$26.000.000.000)**, debidamente indexada, o de lo que llegare a probarse dentro del proceso como valores del anticipo no invertidos en la obra.

SEGUNDA CONSECUCIONAL: Que se condene al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a cancelar a favor de la sociedad **MEGAPROYECTOS S.A.** los respectivos intereses bancarios corrientes sobre cualquier suma de dinero cancelada por esta última con ocasión de los otrosí o de los actos anulados, que exceda la suma de **VEINTISÉIS MIL MILLONES DE PESOS (\$26.000.000.000)** o de lo que llegare a probarse dentro del proceso como valores del anticipo no invertidos en la obra, desde el día en que se efectuó el pago y hasta tanto dicha suma sea restituida.

TERCERA CONSECUCIONAL: Que se reconozca que la sociedad **MEGAPROYECTOS S.A.** es responsable del diez (10%) de las obligaciones que la **UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL** haya contraído con el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** por concepto de la declaratoria del siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo, como consecuencia de existir una **UNIÓN TEMPORAL DONDE LAS SACIONES POR INCUMPLIMIENTO SE IMPONEN DE ACUERDO A LA PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN** de cada uno de los integrantes de la misma, en los términos del artículo 7 de la ley 80 de 1993.

CUARTA CONSECUCIONAL: Que se condene al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a cancelar a la sociedad **MEGAPROYECTOS S.A.** la suma de **SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$70.000.000.000)** por concepto de indemnización de los perjuicios que dichos actos administrativos ocasionaron o lo que resulte probado dentro del proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: En caso de no lograr acreditar el restablecimiento del derecho ocasionado por la nulidad de las resoluciones, se solicita decretar una condena genérica de restablecimiento y acreditar el mismo por vía incidental.”

Como fundamento de las pretensiones la parte actora relató los siguientes hechos:

1.1. Sobre el contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

El IDU y Transmilenio S.A. celebraron el convenio interadministrativo No. 020 de 2001, con el objeto de definir las condiciones en que las partes cooperarían para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema de Transmilenio.

Mediante resolución No. 4382 de 2007, el IDU dio apertura al proceso de licitación pública No. IDU-LP-DG-022-2007 del Grupo 4 del proyecto cuyo objeto era “la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán) y de la carrera 10ª (avenida Fernando Mazuero) al sistema Transmilenio y su posterior mantenimiento en la ciudad de Bogotá D.C.”

Con el objetivo de participar en el proceso de selección, las siguientes sociedades conformaron la Unión Temporal Transvial: Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. de C.V (19%), Condux S.A. de C.V. (1%), Megaproyectos S.A. (10%), Mainco S.A. (1%), Bitácora Soluciones Compañía Limitada (35%) y Translogistic S.A. (34%).

En el acta de conformación de la Unión Temporal se dispuso que las sanciones que se llegaran a imponer por el incumplimiento de las obligaciones contractuales se realizarían de acuerdo con el porcentaje de participación de cada una de las sociedades integrantes (numeral 2º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993). Además, se señaló en relación con las obligaciones a cargo de Megaproyectos S.A.:

“MEGAPROYECTOS S.A.:

Se encargará de la ejecución de las obras (incluyendo la gestión ambiental, la gestión social, el manejo de tránsito y señalización, y el mantenimiento) objeto de la licitación indicada en el presente documento, de acuerdo con su porcentaje de participación en la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL.”

En la etapa de pre pliegos, el Viceveedor Distrital formuló observaciones al IDU donde advirtió que aún no se contaba con la totalidad de predios necesarios para la ejecución de las obras, por lo que debían ser entregados oportunamente al contratista “a fin de que no se ocasionen retrasos en la ejecución de las obras o la reprogramación de las mismas”.

Indicó la demandante que, publicados los pliegos definitivos, el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU modificó el capítulo IV referente a la descripción y alcance del proceso de contratación. Hecho que no sólo alteró las actividades que debía realizar el contratista adjudicatario del Grupo 4, sino que evidenciaba las posibles discrepancias entre los diseños del Tramo 3 y 4 de la troncal de Transmilenio de la calle 26 y las necesidades de orden práctico que se presentarían durante la ejecución del contrato. Estos diseños fueron elaborados por el Consorcio Troncal 10 y el Consorcio General y aprobados por las firmas interventoras de los Grupos 2 y 3 de la misma convocatoria.

Debido a que con Resolución No. 6674 del 21 de diciembre de 2007 se adjudicó la licitación pública No. IDU-LP-DG-022-2007 (Grupo 4) a la Unión Temporal Transvial, se suscribió el contrato de obra No. IDU-137 de 2007. Asimismo, la contratista constituyó garantía única de cumplimiento No. 00008696 expedida por la Aseguradora de Crédito y del Comercio Exterior - Segurexpo de Colombia S.A. y por Liberty Seguros S.A., quienes asumirían el riesgo del incumplimiento de la contratista en unos porcentajes del 85% y el 15%, respectivamente.

En el señalado contrato de seguro se incluyó el amparo del riesgo de anticipo por una suma definitiva de OCHENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$85.751.927.394) con vigencia del 17/06/2008 hasta el 16/02/2011.

El acta de inicio del contrato se suscribió el día 17 de junio de 2008.

1.2. Sobre la negativa a la cesión de la posición contractual de Megaproyectos S.A. durante la ejecución del contrato.

El 27 de enero de 2009, Megaproyectos S.A. celebró "contrato de cesión de la participación en la unión temporal Transvial" a favor de MNV S.A. El 23 de mayo de 2009 inició el proceso de aprobación de la cesión por parte del IDU.

A pesar de que se emitió concepto favorable para la aceptación de la cesión en el Comité de Convivencia del contrato de obra No. 137 de 2007, la Dirección Técnica de Procesos Selectivos y la Dirección Técnica de Construcciones, el 5 de enero de 2010 el Subdirector General de Infraestructura del IDU negó la solicitud de cesión presentada con fundamento en el "estado de ejecución del contrato".

Indicó la demandante que la decisión adoptada por el IDU, siete (7) meses después de radicada la solicitud, causó perjuicios a Megaproyectos S.A. pues confiando en los actos contundentes que realizó el IDU durante el trámite de cesión, así como en la buena fe contractual, la sociedad se sustrajo de la administración del contrato y de las obligaciones contractuales; situación que fue avalada en todo momento por el IDU al haberle indicado que aceptaría la cesión.

1.3. Sobre el anticipo entregado al contratista, la iniciación del proceso de declaratoria de caducidad del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, el presunto

incumplimiento contractual del IDU y la cesión del contrato al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

A través de orden de pago No. 2008-12 3274 del 16 de diciembre de 2008 la Unión Temporal Transvial recibió a título de anticipo la suma de OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$81.264.831.024), descontando lo establecido por la Ley 1106 de 2006 y un embargo de DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$217.500.000) que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Buenaventura decretó contra la sociedad Condux S.A. de C.V., integrante de la UT.

Aseguró la parte actora que, desde finales de 2008, los medios de comunicación generaron presión para que el IDU sancionara al contratista identificado por la opinión pública como Grupo Nule, sin considerar que la Unión Temporal Transvial estaba conformada por sociedades de gran trayectoria ingenieril y amplio posicionamiento en el sector de la infraestructura.

Como consecuencia de la presión mediática, el IDU remitió oficio IDU-005347 DTGC-437 del 28 de enero de 2009 donde comunicó al contratista el inicio de un proceso de caducidad del contrato y solicitó la presentación de descargos.

Sostuvo la demandante que el IDU manifestó que el contrato se encontraba en situación de caducidad, pero lo cierto era que los inconvenientes que se presentaron eran producto de los continuos y evidentes incumplimientos por parte del IDU, los cuales se sintetizan en los siguientes:

1. Diseños faltantes del Box CAD, diseños presentados por Transvial pendientes de aprobación y pago, propuesta de diseño presentadas y sin aprobación (Planos de espacio público y paisajismo, estación y puente Av. 68, alameda Universidad Nacional – Tramos 3 y 4, estación Boyacá, estación Constitución, plataforma alimentadores y estación intermedia Constitución, entre otras).
2. Determinación de las obras adicionales requeridas, cuantificación de las mismas y celebración de los Otrosí correspondientes.
3. Reprogramación para la ejecución de las obras de acuerdo con el cronograma de ejecución de obra que hacía parte de la propuesta (anexos 1 y 2).
4. Solicitud de permisos ante la Secretaría de Movilidad para optimizar tiempos y entregas y adelantar la obra durante las veinticuatro (24) horas, los siete (7) días de la semana.
5. Agilizar la aprobación de las obras ejecutadas y no pagadas.
6. No se habían entregado la totalidad de los predios necesarios para la ejecución del contrato (Tramo 3 y 4).
7. Entrega de un inventario forestal en la fase de pre construcción que debió ser elaborado por parte de la contratista que aumentó los costos de los nuevos tratamientos silviculturales lo que implica mayores cantidades de obra.

Relató Megaproyectos S.A. que dentro de la etapa de pre construcción, el contratista debía conocer, revisar y estudiar los diseños que el IDU le entregara para la ejecución de las obras del contrato (cláusula 4.1.4.), pero los pocos planos y estudios entregados por la

entidad estaban incompletos y desactualizados o, en su defecto, no estaban aprobados, ni firmados por la interventoría o las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Situación que se puso en conocimiento de la interventoría y del IDU en múltiples ocasiones, siendo la aprobación y firma de los planos por parte de las Empresas de Servicios Públicos, actividades que debieron ser ejecutadas en la etapa de diseño, es decir, durante la ejecución de los contratos iniciados antes del proceso de selección No. IDU-LP-DG-022-2007.

De igual forma, aseguró que según el contrato de obra debía entregar a la interventoría, a partir del primer mes de iniciada la etapa de pre construcción, estudios y diseños de un tramo a intervenir, los cuales fueron entregados, pero aprobados por la interventoría incluso diez (10) o catorce (14) meses después. Tampoco fueron aprobadas las actualizaciones de los diseños presentados por la UT Transvial dentro de los términos convenidos por las partes, lo que causó una dilación en el inicio de las obras y una afectación en el plazo contractual.

Alegó que, aunque la etapa de construcción debía iniciar el octubre de 2009, el corredor de la calle 26 solo pudo ser intervenido hasta el 8 de mayo siguiente, ya que los Planes de Manejo de Tráfico - PMT estaban supeditados a la adecuación de los desvíos, lo cuales representaban mayores cantidades de obra e implicaban distintos tipos de intervención y reelaboración de diseños. La UT Transvial debió adecuar 9,96Km de vías de desvío pese a que el PMT inicial sólo contemplada 4,48Km, así como elaborar actas de vecindad para desvíos muy superiores a las previstas.

También detalló el incumplimiento del literal a) de la cláusula 6 de las obligaciones principales del IDU relativo a "efectuar la entrega de los predios de acuerdo con el cronograma de entrega de predios elaborada en la etapa de pre construcción" al advertir que para el 31 de marzo de 2009 la contratante debía entregar el cien por ciento (100%) de los predios, pero para esa fecha sólo había entregado el once por ciento (11%). Incumplimiento que conllevó a la imposibilidad de iniciar la construcción de la obra y la concesión de un plazo adicional a la contratante para cumplir con dicha obligación.

Resaltó los inconvenientes que se presentaron en el proceso de aprobación de los análisis de precios unitarios (APU) no previstos en la ejecución de las obras de las vías de desvío y la adecuación de los planos de redes secas y húmedas que debían aprobar las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, lo que impidió su facturación y pago con valores actualizados al momento de la realización de la obra.

En definitiva, indicó que debido al incumplimiento de todas estas obligaciones contractuales a cargo del IDU y, especialmente, las de entregar los diseños y los tramos liberados necesarios para la ejecución de las obras, se presentaron retrasos en el cronograma de la ejecución del contrato que no pueden ser atribuidos a la contratista, sino a la contratante.

Ahora bien, adujo que ante dichas situaciones presentadas, la entidad contratante no sólo **inició** el proceso de caducidad del contrato, sino también **empezó** a requerir al contratista para determinar si era procedente la imposición de multa por incumplimiento de la programación de obra inicialmente propuesta y mal manejo del anticipo, al sostener que

no se había amortizado la totalidad o gran parte de los recursos girados a la UT Transvial bajo dicho concepto.

Alegó que fueron esos incumplimientos del IDU los que implicaron sobrecostos administrativos y la imposibilidad de amortizar el anticipo al ritmo inicialmente previsto.

Refirió que debido al panorama del contrato No. IDU-137 de 2007 y ante la posibilidad de la declaratoria de caducidad, la UT Transvial presentó tres propuestas de arreglo directo al IDU, dentro de la que se encontraba la cesión del contrato.

El IDU aceptó la propuesta de cesión presentada por la promesa de sociedad futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S bajo las condiciones que había formulado dicha cesionaria en relación con el anticipo, las cuales se resumían en: i) convocar una Comisión integrada por el IDU, la interventoría del contrato, Segurexpo S.A. y la UT Transvial para efectuar una revisión integral de la cuenta del anticipo en los términos establecidos en el Manual de Interventoría del IDU y del contrato, ii) realizada la revisión financiera y contable y esclarecidas las sumas efectivamente legalizadas y aceptadas del anticipo utilizado (girado), la UT Transvial y Segurexpo S.A. reembolsarán las sumas no legalizadas y aceptadas del anticipo (girado) a una nueva cuenta que abrirá cesionario para ese fin, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco (45) días y iii) en el evento de existir sumas no legalizadas, ni aceptadas por la Comisión en la revisión de la cuenta, el cesionario aceptará como reembolso de dichos recursos, el pago mediante la entrega en propiedad de algunos equipos y materiales de construcción.

Ante la aceptación, el 17 de febrero de 2010 la contratista y el futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. suscribieron contrato de cesión de obra No. IDU-137 de 2007. Una vez sometido a consideración del IDU, se suscribió el **Otrosí No. 5 al contrato de obra No. IDU-137 de 2007** donde se aceptó la cesión en los términos convenidos entre cedente y cesionaria.

Conformada la Comisión para la revisión integral de la cuenta del anticipo, se expidió informe final donde concluyó lo siguiente:

- Anticipo (líquido): \$81.246.831.024,20
- Anticipo legalizado: \$41.036.806.427
- Anticipo no legalizado: \$44.715.120.967

Además, dispuso que el monto sobre el cual el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. debía empezar a amortizar el anticipo era de VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA MILLONES CIENTO TRECE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$24.530.113.187).

Señaló la demandante que, en relación con el anticipo no legalizado, es decir, el que presuntamente no fue invertido en la obra, debía aclararse que, previo a la cesión del contrato, la cedente ejecutó parte de la obra contratada sin recibir pago alguno por parte del IDU y tampoco se reconocieron los gastos de legalización del contrato de obra, ni los valores en los que incurrió la UT Transvial por concepto de obra extra. Montos que

ascienden a la suma de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.000) y que fueron desconocidos por la mesa de trabajo.

No obstante, aún cuando se emitió informe final de anticipo en la Comisión, el IDU y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. suscribieron **Otrosí No. 6 al contrato de obra No. IDU-137 de 2007** donde se desconoció el clausulado del contrato de cesión del contrato respecto del estado de cuentas del anticipo y su revisión. Especialmente porque se señaló que: i) el IDU sometería a revisión del nuevo contratista los valores legalizados por el cedente y éste aceptaría o rechazaría dichos valores, ii) se establecería el porcentaje de las sumas efectivamente reembolsadas por el cedente y/o la compañía aseguradora en la nueva cuenta de anticipo respecto del valor estimado del contrato. Se sumarían los porcentajes para determinar el porcentaje que debía amortizar el contratista con posterioridad a la terminación del periodo de transición y iii) en todo caso, debía amortizar la totalidad del anticipo recibido y aceptado por éste a partir de la cesión.

Consideró la actora que este Otrosí No. 6 modificaba el procedimiento para revisar el monto de anticipo legalizado y dejó a libre disposición del IDU y del cesionario la determinación de los valores legalizados, cuando el procedimiento establecido por las partes ya se había agotado y no era dable reabrir la discusión.

Cargos de nulidad:

Por lo señalado, argumentó Megaproyectos S.A. que el **Otrosí No. 6 del contrato de obra No. IDU-137 de 2007** adolecía de nulidad por **causa ilícita** (Art. 1524 del código civil) debido a que con su suscripción el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S y el IDU pretendieron modificar situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de terceros de buena fe; la Unión Temporal Transvial (cedente) y Segurexpo S.A.; **vicio de consentimiento** (Art. 1515 del código civil) de la Unión Temporal, pues suscribió el contrato de cesión y estuvo conforme con el contenido del Otrosí No. 5 porque se había concertado y aprobado el procedimiento para determinar el estado de la cuenta del anticipo, con lo cual el cambio sustancial de estas disposiciones reflejó el dolo con el que actuaron las partes y; por **violación de la ley sustancial** debido a que no se tuvo aprobación de los terceros interesados (cedente y aseguradora) para revocar actos de carácter particular y concreto. Reiteró que a través de ese Otrosí se desconoció abiertamente el procedimiento acordado por las partes y el valor del anticipo no legalizado se incrementó a SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$69.245.234.154), lo cual desmejoró la posición en la que se encontraba la UT Transvial, sin su aprobación o participación, ni la de la aseguradora Segurexpo S.A. (Art. 44 de la Ley 80 de 1993).

- 1.4. Respecto de las Resoluciones Nos. 889 del 26 de marzo de 2010 y 2337 del 28 de julio de 2010 mediante las cuales se declaró el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. IDU-137 de 2007.

El 26 de marzo de 2010, el IDU profirió Resolución No. 889 de 2010 "Por la cual se declara el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. IDU-137 de 2007 cubierto con la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por la compañía de seguros Segurexpo S.A. de Colombia S.A." donde se señaló:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria del siniestro en cuantía de SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE (\$72.792.165.316) a favor del IDU.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que la ocurrencia del siniestro será cubierta por la Garantía Única de Cumplimiento No. 00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. Inversión del anticipo, por un monto igual a SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE (\$72.792.165.316).

ARTÍCULO CUARTO: Requerir al representante legal de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. para que cumpla con el pago de la Garantía Única de Cumplimiento en su amparo de bien manejo y correcta inversión del anticipo de conformidad con el artículo 1080 del código de comercio. (...).”

Con Resolución No. 2337 del 28 de julio de 2010, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la UT Transvial, el IDU modificó los numerales segundo y tercero de la Resolución No. 889 en el sentido de determinar que el valor del siniestro equivalía a la suma de SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$69.245.234.154); y confirmó en todo lo demás el señalado acto administrativo.

Sostuvo Megaproyectos S.A. que ha cancelado la suma de QUINCE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$15.000.000.000) a la sociedad SEGUREXPO S.A., como consecuencia del pago del siniestro de anticipo que realizó dicha aseguradora al IDU, en razón a la acción de subrogación que podía ejercer dicha compañía en contra de la demandante, en su calidad de tomadora de la póliza de cumplimiento que ampara el buen manejo del anticipo del contrato.

Cargos de nulidad:

Para la demandante las **Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010** adolecen de los siguientes vicios de nulidad:

i) **violación al derecho al debido proceso** por cuanto no permitió a la UT Transvial controvertir previamente los hechos que motivaron la expedición de los actos, ni garantizó el derecho de audiencias y defensa que debe garantizarse en los procesos sancionatorios contractuales (Art. 29 CP).

Indicó que el IDU i) omitió que las sanciones impuestas a los miembros de las UT deben hacerse en proporción a la participación de la ejecución de cada uno de ellos (Art. 7 de la Ley 80 de 1993), ii) no formuló cargos que le permitiera presentar los descargos pertinentes, iii) desconoció que el supuesto indicio de indebida inversión del anticipo se debía al incumplimiento contractual de las obligaciones que estaban a su cargo, iv) estructuró dicho indicio en informes de interventoría que representan la extralimitación de

las funciones del interventor y desconocieron que cualquier transacción que se realizara con la cuenta requería la firma del contratista y la misma interventoría y v) tomó por sorpresa a la UT Transvial, pues nunca le comunicó su intención de declarar el siniestro y sí emitió el Otrosí No. 6 con el que modificó las estipulaciones ya acordadas para determinar la suma de anticipo no legalizada que había arrojado resultados diferentes; acción que desconoció el principio de buena fe contractual, confianza legítima y el respeto al acto propio.

ii) **violación al derecho de defensa** de la UT porque i) el IDU declaró el siniestro sin audiencia previa donde se escuchara al afectado (Art. 17 de la Ley 1150 de 2007) y sin sustento probatorio, ii) la contratante modificó el procedimiento previsto en el contrato de cesión del contrato IDU-137 de 2007 y se impuso la sanción sin que la cedente pudiera manifestar su posición a la entidad respecto del presunto mal manejo del anticipo y iii) se declaró el siniestro sin antes declarar el incumplimiento contractual de la UT Transvial, el cual no estaba demostrado y era necesario para hacer efectiva la garantía (Art. 14 del Decreto 4828 de 2008).

iii) **falsa motivación** debido a que no era cierto que en la ejecución del contrato de obra la UT Transvial sólo haya invertido \$12.955.762.078 (resolución No. 889 de 2010) o \$16.506.693.240 (resolución No. 2332 de 2010) del anticipo de la obra, lo cual demuestra el deficiente sustento probatorio de la decisión, aunado a que la lenta amortización de los dineros del anticipo invertidos en la obra tuvo origen en los incumplimientos reiterados del IDU.

Indicó que los errores de hecho concretos en los que motiva el acto administrativo son: i) existen soportes contables que demuestran que la suma invertida en la obra es de aproximadamente \$60.000.000.000 y que, en todo caso, la Comisión creada en virtud del Otrosí No. 5 determinó que el contratista había invertido en la obra la suma de \$41.036.806.247; ii) no se tuvo en cuenta que fue el incumplimiento contractual del IDU el que generó retrasos en la obra y iii) se desconoció que la amortización debió haber continuado con el cesionario, en relación con todas las sumas legalizadas pero no amortizadas, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin justa causa.

También aseguró de los errores de derecho de los que adolecen las resoluciones son: i) desconocimiento de la cláusula segunda del contrato de cesión del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 y del informe final proferido en la mesa de trabajo y ii) aplicación del Otrosí No. 6 que adolece de nulidad y no es oponible al cedente sancionado.

iv) **violación de normas sustanciales** al vulnerar i) el artículo 1609 del código civil (excepción de contrato no cumplido) que impedía que pudiera usar sus facultades exorbitantes para declarar el siniestro, ii) el principio general que indica que "nadie está obligado a lo imposible" pues se impuso al cedente la obligación de cumplir con el cronograma de la obra, pese a que ello era imposible por el incumplimiento de la entidad contratante, iii) la prohibición de enriquecimiento sin justa causa, por cuanto la suma legalizada pero no amortizada, podía amortizarse por parte del cesionario, iv) el artículo 14.3 del Decreto 4828 de 2008, el Manual de Interventoría del IDU y la jurisprudencia contencioso administrativa donde se señala que previo a la declaratoria del siniestro, debe declararse el incumplimiento contractual de la UT Transvial para hacer efectiva la garantía

de cumplimiento y v) los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998 porque el informe final del anticipo fue realizado, entre otras, por Segurexpo S.A. quien es un participante que no tiene funciones administrativas.

v) **expedición irregular del acto** pues se vulneró el derecho a la defensa de Liberty Seguros S.A. porque nunca se vinculó en el trámite, a pesar de haber sido coaseguradora de la póliza de cumplimiento tomada por la UT Transvial.

vi) **desviación de poder** por cuanto el IDU declaró el siniestro con el fin de encubrir sus propios incumplimientos y con la finalidad de acallar el clamor mediático y político, más no de recuperar el valor del anticipo. Principalmente porque i) de los distintos tramos adjudicados en 5 grupos a distintos contratistas, y a pesar de que los mismos se encontraban en situaciones de retraso mucho más significativas, solo contra la UT Transvial se adoptaron medidas conminatorias; y ii) con el otrosí No. 6 se liberó al cesionario, Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A., de la obligación de amortizar el anticipo.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El 30 de junio de 2011 la Subsección A de esta Corporación admitió la demanda y ordenó la notificación personal de las demandadas y del agente del Ministerio Público (fl. 296, c. 1). Además, negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados (fls. 279-281, c. 4).

La diligencia de notificación personal del auto admisorio de la demanda se surtió por aviso (fls. 298, 299 y 303, c. 1).

El 1º de agosto de 2012 la Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento del asunto (fl. 307, c. 1).

El 5 de marzo de 2013 se fijó el proceso en lista por diez (10) días para que las demandadas ejercieran su derecho de defensa (fl. 296 vuelta, c. 1).

El 18 de marzo siguiente, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A., el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU contestaron la demanda (fls 1-43, c. 6, fls. 1-11, c. 8 y fls. 1-55, c. 103).

El 13 de agosto de 2013 se admitió la reforma a la demanda presentada el 13 de diciembre de 2012 (fls. 1-238, c. 5 y fl. 310, c. 1).

El 12 de febrero de 2014 el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. presentó incidente de nulidad al alegar que se “revivía un proceso legalmente concluido” con fundamento en el laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013 proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá donde se declaró la nulidad absoluta del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, así como de sus adiciones y otrosíes (fls. 1-9, c. 10).

El 13 de mayo del mismo año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C MP: Laura Halima Liévano Jiménez negó el incidente de nulidad propuesto

por la demandada (fls. 358-361). El 8 de julio de 2014, adecuó el recurso interpuesto por la interesada al de súplica y concedió el mismo (fls. 379 y 380, c. 1).

El 29 de enero de 2015, la Sala Dual de decisión de la Sección Tercera – Subsección C de esta Corporación **declaró probada la cosa juzgada** dentro del proceso de la referencia por existir providencia arbitral ejecutoriada que declaró la nulidad del contrato de obra No. IDU-0137 de 2007 y que impedía la continuación del proceso. En consecuencia, declaró **la nulidad del proceso** por configurarse el numeral 2º del artículo 133 del CGP y ordenó su archivo (fls. 385-388, c. 2).

El 3 de diciembre de ese año, el Consejo de Estado – Sección Tercera **revocó** la decisión de primera instancia y resolvió: i) declarar **probada la cosa juzgada** frente a la **pretensión de nulidad parcial del contrato No. IDU-137 de 2007** y de los aspectos modificados por **el Otrosí No. 5** y **el Otrosí No. 6** y ii) ordenó **continuar el proceso frente a las demás pretensiones** de la demanda, esto es; las encaminadas a debatir la nulidad de las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 y el incumplimiento contractual del IDU, con el consecuente reconocimiento de perjuicios ocasionados y reclamados por la demandante (fls. 437-447, c. 2).

Por medio de auto del 25 de abril de 2017 se continuó con el trámite de primera instancia (fl. 493, c. 2).

El 1º de junio de 2017 se volvió a fijar el proceso por diez (10) días para que se contestara la reforma a la demanda (fl. 320 vuelta, c. 1).

Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. ejerció su derecho a la defensa desde el 29 de agosto de 2013, pero allegó nueva contestación el 15 de junio de 2017 (fls. 321-332 y 339-355, c. 1 y fls. 505-524, c. 2). Las otras demandadas guardaron silencio.

El 25 de septiembre de 2018 se decretaron pruebas y se negaron otras (fls. 537-540, c. 3).

Por medio de auto del 14 de enero de 2020, el Consejo de Estado revocó los numerales 3 y 6 del auto mediante el cual se decretaron pruebas y confirmó en todo lo demás dicha decisión (fls. 554-562, c. 3).

En consecuencia, con providencia del 6 de julio de 2020 se adicionó el auto de pruebas (fls. 566-567, c. 3).

El 28 de febrero de 2022 se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (archivo 41, expediente electrónico).

El 1º de marzo de 2022, Transmilenio S.A.S. alegó de conclusión. El 10 de marzo siguiente la parte actora hizo lo propio. El 15 de marzo del mismo año, el IDU y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. ejercieron su derecho de defensa (archivos 43, 44, 45 y 46, expediente electrónico).

El 31 de marzo de la misma anualidad el expediente ingresó al Despacho de Magistrado Ponente para emitir sentencia de primera instancia (archivo 47, expediente electrónico).

3. Contestaciones de la demanda y su reforma.

Teniendo en cuenta que con autos del 29 de enero y del 3 de diciembre de 2015 se declaró probada la **cosa juzgada** frente a la primera (1ª) pretensión de la demanda¹ y se ordenó **continuar el proceso frente a las demás pretensiones** (fls. 437-447, c. 2), esto es, las encaminadas a debatir la nulidad de las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 y el incumplimiento contractual del IDU, sólo se relacionarán los argumentos de defensa expuestos por las demandadas frente a estos debates jurídicos.

3.1. Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

La entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda debido a que consideró que el procedimiento adelantado para expedir las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 respetó en todo momento el derecho al debido proceso y defensa de la UT Transvial y la declaratoria del siniestro por mal manejo e incorrecta inversión del anticipo estuvo fundamentada en lo acontecido y probado durante la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

Propuso como **excepciones previas y de mérito**, las siguientes:

Los motivos que sirvieron de causa a los actos administrativos acusados no guardan relación con los presuntos incumplimientos imputados al IDU: alegó que los actos administrativos estuvieron soportados en el mal manejo del anticipo entregado por la contratante a la UT, lo cual no puede ser justificado con los supuestos incumplimientos en los que incurrió el IDU. Máxime si se tiene en cuenta que desde la licitación pública se comunicó a los oferentes que, en la etapa de pre construcción, debían adaptar, adecuar, complementar y ajustar los diseños de las obras, por lo que el rediseño y aprobación de los planos hacía parte del alcance del contrato y de las obligaciones del contratista (contrato y Otrosí No. 2). También indicó que conforme oficio del 12 de febrero de 2010, el interventor certificó que el IDU cumplió con la obligación de entregar los pedios en los términos estipulados en el contrato y ello no excusaba al contratista de dar un mal manejo del anticipo.

Los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro obedecieron exclusivamente al incumplimiento contractual de la UT Transvial: señaló que desde el oficio No. IDU-174-2007 radicado IDU-10775 del 4 de diciembre de 2009, la interventoría del contrato de obra requirió al contratista para que presentara los inventarios y ubicación de la maquinaria, equipos y materiales adquiridos con los recursos del anticipo. Ante la falta de justificación de la debida utilización de esas sumas de dinero, desde ese año, la interventoría comunicó al IDU que existían indicios de indebida inversión del anticipo, con lo cual se inició el procedimiento para declarar el siniestro: el 21 de diciembre de 2009 se citó al contratista a audiencia de descargos, la misma se efectuó el 30 de diciembre con participación de Segurexpo S.A., la UT radicó escrito de defensa y la entidad contrastó dicha

¹ Relativa a la declaratoria de caducidad parcial del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 en lo que respecta a los Otrosí Nos. 5 y 6.

información con los múltiples informes de interventoría donde se demostraba el incumplimiento de las obligaciones de la contratista.

Relató que en virtud de la mesa de trabajo que se creó con la aceptación de la cesión del contrato se siguió adelante con la actuación pues se demostró que aunque el valor legalizado de anticipo correspondía a un monto de \$41.036.806.427, lo cierto era que sólo se amortizó un valor de \$12.955.762.078, es decir, sólo se destinó dicha suma a la ejecución de la obra, debiéndose invertir la totalidad de esos recursos al cumplimiento de las obligaciones contractuales en los plazos establecidos en el acuerdo de voluntades y estructurándose el mal manejo del anticipo. Sostuvo que, por esa razón, la UT Transvial debía reembolsar \$28.081.044.349 por concepto de anticipo legalizado pero no amortizado y \$44.715.120.967 a título de anticipo no legalizado.

Aseguró que debido a ese panorama, y en salvaguarda de los recursos públicos, utilizó sus facultades exorbitantes y profirió las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 donde declaró el siniestro por indebida inversión y manejo del anticipo e hizo efectiva la garantía de cumplimiento.

Sostuvo que Segurexpo de Colombia S.A. asumió el pago del 100% del valor del siniestro con los intereses causados hasta la fecha del pago.

Además, resaltó que así se demostraba que no existió desviación de poder o falsa motivación pues estaba demostrado el incumplimiento de la UT Transvial, su incorrecta inversión y manejo del anticipo y demás supuestos de hecho y de derecho que motivaron los actos administrativos sancionatorios.

Improcedencia de la "exceptio non adimpleti contractus" (excepción de contrato no cumplido): argumentó que era improcedente aplicar el artículo 1609 del código civil debido a que la no amortización del anticipo por parte de la UT Transvial se debió única y exclusivamente a incumplimientos imputables a la contratista. También indicó que los incumplimientos de la UT fueron primigenios y motivaron la iniciación de un procedimiento para declarar la caducidad del contrato estatal, ante múltiples solicitudes de la interventoría donde solicitaba su declaratoria o la imposición de multas, aunado a que no existió ningún incumplimiento del IDU que haya puesto a la contratista en razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales.

Los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro se soportaron en pruebas regular y oportunamente aportadas, dando como resultado la exigencia de la garantía según fue pactado en el contrato: adujo que fue por el ejercicio probatorio que adelantó el IDU que se pudo i) establecer la cuantía del siniestro, ii) probar la ocurrencia del siniestro (Art. 1077 del código de comercio) y iii) hacer efectiva la garantía de cumplimiento según lo pactado en el contrato. Aclaró que el informe de la mesa de trabajo constituida por la cesión fue fundamental para la expedición de las resoluciones atacadas y es allí donde se evidencian las pruebas presentadas por el contratista respecto de la legalización y amortización de la suma entregada a título de anticipo, así como su incumplimiento y mal manejo e inversión.

Añadió que su actuación fue legal pues la devolución del valor total del anticipo no amortizado estaba amparada por la garantía única de cumplimiento constituida por la UT Transvial.

Legalidad y firmeza de los actos administrativos: consideró que las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 fueron expedidas conforme las normas aplicables y respetando el procedimiento previsto por la cedente y la cesionaria en el contrato de cesión del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, donde se contemplaba la participación y defensa de la UT Transvial.

Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones: sostuvo que la parte actora había acumulado como pretensiones principales la de declaratoria de nulidad parcial del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 y la de declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del IDU, lo cual resultaba contradictorio e incumplía las reglas de acumulación previstas en el artículo 82 del CPC.

3.2. Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que sólo se cuestionaban actuaciones provenientes del IDU y al advertir que el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá expidió laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013 donde declaró la nulidad del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, así como de sus adiciones y otrosíes.

Interpuso las siguientes **excepciones previas**:

Ineptitud sustantiva de la demanda: señaló que no se cumplía con los requisitos de la demanda debido a que no se realizó estimación razonada de la cuantía (Art. 137 del CCA), ni se cumplió con el requisito del juramento estimatorio (Art. 206 del CGP).

Falta de legitimación en la causa por pasiva: adujo que los hechos, las pretensiones y los fundamentos de derecho únicamente se encaminan a debatir y a analizar actuaciones realizadas por el IDU, por lo que el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. no es el llamado a hacer parte de la litis, ni debe ser condenado en el proceso.

Aunque propuso **excepciones de mérito** las mismas no serán analizadas pues sólo se encontraban encaminadas a debatir la pretensión primera (1ª) de la demanda.

3.3. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

La demandada alegó que las pretensiones de la acción contractual estaban encaminadas a atacar la legalidad de actos jurídicos contractuales que habían sido suscritos por el IDU, la UT Transvial y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A., sin que se atacara algún tipo de acto o actuación realizada por Transmilenio S.A.

Sostuvo que en el convenio de cooperación No. 20 de 2001 suscrito entre el IDU y Transmilenio S.A. para la construcción de la Fase 3 de Transmilenio de la ciudad de Bogotá, se dejó claro que el único contratante de la obra sería el IDU (Art. 15 del Decreto Distrital

831 de 1999), por lo que no existe solidaridad entre dichas entidades en relación con alguna de las pretensiones de la demanda, ni respecto a reclamaciones o demandas presentadas por quien sea contratista del contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

Resaltó que Transmilenio S.A. sólo obra como mero pagador en el contrato de obra.

Formuló como **excepciones previas y de fondo:**

Falta de legitimación en la causa por pasiva: reiteró que quien adelantó en forma autónoma e individual el proceso de licitación pública No. IDU-LP-DG-022-2007 y actuó como contratante de la obra fue el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, por lo que fue dicha entidad y no Transmilenio S.A. la que celebró los Otrosí Nos. 5 y 6 y expidió los actos administrativos demandados.

Indicó que en el sistema de transporte masivo urbano de pasajeros la infraestructura física es de propiedad del ente territorial (Ley 86 de 1989), por lo que las competencias funcionales para la construcción de la infraestructura vial son exclusivas del IDU, mientras que Transmilenio S.A. sólo se encarga de administrar los recursos de aportan la Nación y el Distrito Capital para el financiamiento de esas obras, lo que no conlleva a su vinculación como demandado dentro de los procesos de contratación adelantados por dicha entidad distrital.

Inexistencia de solidaridad entre el IDU y Transmilenio S.A. frente a situaciones no pactadas expresamente: arguyó que ni en el convenio de cooperación No. 20 de 2001, ni en el contrato de obra No. IDU-137 de 2007 se estipuló que Transmilenio S.A. respondería solidariamente por eventuales reclamos que el contratista presentara al IDU, ni por presuntos incumplimientos derivados de dichos acuerdos de voluntades. Tampoco existe fundamento legal que así lo determine.

Pago: señaló que en calidad de pagador del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 ha cumplido con todas las obligaciones adquiridas y canceló a la UT Transvial todas las sumas de dinero que fueron aprobadas y/o autorizadas por el IDU de forma oportuna y conforme los plazos establecidos en el contrato.

Falta de causa para pedir: argumentó que no existe acción ni omisión imputable a Transmilenio S.A. y tampoco violación de la ley o del contrato por parte de la entidad. Aunado a que en el contrato era claro que no se reconocería el pago de mayores cantidades de obra.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

4.1. Parte actora.

Megaproyectos S.A. reiteró los supuestos de hecho y de derecho por los cuales persigue la nulidad del Otrosí No. 6 del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 y de las Resoluciones Nos. 885 y 2337 de 2010.

Frente a los actos administrativos insistió en los cargos de nulidad por i) violación manifiesta al derecho al debido proceso, ii) violación al derecho de defensa, iii) falsa motivación, iv) violación de normas sustanciales, v) expedición irregular y vi) desvío de poder.

Advirtió que mediante decisión arbitral se declaró nulo el contrato de obra No. IDU-137 de 2007, por lo que solicitó determinar si por sustracción de materia la resoluciones atacadas debían declararse nulas y ordenarse al IDU la devolución del dinero pagados a quienes asumieron el valor de la declaratoria del siniestro.

4.2. Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

La demandada retomó los argumentos de la contestación y sostuvo que la declaratoria del siniestro tuvo lugar por el incumplimiento de la UT Transvial de dar adecuado uso de los recursos correspondientes al anticipo, haciendo énfasis en que, en su calidad de entidad contratante, cumplió con sus obligaciones contractuales.

También indicó que las causales de nulidad son taxativas, así como las consecuencias de la declaratoria las cuales deben corresponder con lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil y 48 de la Ley 80 de 1993.

4.3. Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

Alegó que, debido a la declaratoria de cosa juzgada de la primera (1ª) pretensión de la demanda, el objeto de la litis únicamente se limita a la legalidad de los actos administrativos que declararon el siniestro de mal manejo del anticipo entregado a la UT Transvial, así como al presunto incumplimiento contractual del IDU, por lo que no existe motivo para que el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. siga vinculado en el proceso debido a que “la única pretensión que contenía un reclamo en su contra fue sustraída por el Consejo de Estado”.

Por esa razón, hizo hincapié en que se configuraba su falta de legitimación por pasiva material pues corresponde al IDU la facultad exclusiva de ejercer poderes sancionatorios contra los contratistas (Ley 1150 de 2007) y la cesionaria no tiene injerencia en la expedición de dichos actos administrativos.

Frente a cada uno de los cargos de nulidad reiteró que no tenía injerencia alguna en las decisiones adoptadas por el IDU, ni tenía participación o responsabilidad en calidad de cesionaria del contrato de obra, pues todo se fundamentó en hechos ocurridos durante la ejecución del mismo que sucedieron antes de la cesión suscrita por la demandante y esta demandada.

Insistió en que se configuraba la ineptitud sustantiva de la demanda por carecer de un acápite de estimación razonada de la cuantía y advirtió que el perjuicio presuntamente causado a la demandante era inexistente o, por lo menos, no fue acreditado dentro del expediente.

Por último, pidió que se condenara en costas a Megaproyectos S.A.

4.4. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

Solicitó que se tuviera en cuenta la sentencia proferida por esta Sala de decisión el pasado 4 de noviembre de 2021, dentro de la acción contractual con Rad. No. 2012-00580-00, adelantada por la Fiduciaria de Occidente S.A., en calidad de vocera del fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial, Inversuma Inc. y Credifactor S.A. en Liquidación contra el IDU, Transmilenio S.A. y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S, donde se declaró la **nulidad de todo lo actuado** por falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para conocer del asunto por la existencia de cláusula compromisoria dentro del contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

Sostuvo que, en caso de no declarar la nulidad, esta Corporación debía considerar que Transmilenio S.A. no era parte contractual del contrato de obra y que únicamente actuó como pagador en los términos del contrato interadministrativo No. 020 de 2001, por lo que debían negarse las pretensiones de la demanda respecto de su representada y condenarse en costas a la parte actora.

4.5. Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá sentencia de primera instancia.

III. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

1. Precisión del caso.

El IDU y Transmilenio S.A. celebraron el convenio interadministrativo No. 020 de 2001, con el objeto de definir las condiciones en que las partes cooperarían para la ejecución de las obras de infraestructura física del Sistema de Transmilenio.

Posteriormente, la Unión Temporal Transvial², de la cual era parte Megaproyectos S.A. (10%), celebró con el IDU el contrato de obra No. UDU-137 de 2007 para la ejecución de las obras de construcción y adecuación de la calle 26 y de la carrera 10ª al Sistema de Transmilenio y su futuro mantenimiento. Este contrato también lo suscribió Transmilenio S.A., en calidad de pagador de las obligaciones dinerarias.

A través de orden de pago No. 2008-12 3274 del 16 de diciembre de 2008 la contratista recibió a título de anticipo la suma de \$81.264.831.024 M/CTE, una vez descontado lo establecido por la Ley 1106 de 2006 y un embargo de \$217.500.000 M/CTE que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Buenaventura decretó contra la sociedad Condux S.A. de C.V., integrante de la UT.

² La Unión Temporal Transvial se constituyó mediante documento privado el 20 de noviembre de 2007 por: (i) Condux S.A, (ii) Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A., (iii) Megaproyectos S.A., (iv) Maquinaria, Ingeniería y Construcciones S.A., (v) Bitácora Soluciones Compañía Limitada, y (vi) Translogistic S.A.

El 16 de febrero de 2010 el IDU aceptó la cesión del contrato de obra que la UT Transvial hizo al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. bajo las condiciones establecidas por la cedente y la cesionaria respecto del anticipo. Por esa razón, se suscribió el Otrosí No. 5 del contrato donde se estableció el procedimiento bajo el cual se revisaría el manejo e inversión del anticipo por parte de la UT Transvial. Dicho procedimiento incluía convocar a una comisión o mesa de trabajo integrada por el IDU, la interventoría del contrato, Segurexpo S.A. y la UT Transvial para establecer el monto del anticipo i) legalizado y amortizado, ii) legalizado pero no amortizado y iii) el no legalizado.

Emitido el informe final de anticipo, el IDU y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. suscribieron el Otrosí No. 6 al contrato de obra donde estipularon cláusulas adiciones respecto de la revisión integral del anticipo y la aceptación de sumas legalizadas y amortizadas.

Mediante Resolución No. 889 del 26 de marzo de 2010 el IDU declaró el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. IDU-137 de 2007 en contra de la UT Transvial e hizo efectiva la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por la compañía de seguros Segurexpo S.A. de Colombia S.A.

Con Resolución No. 2337 del 28 de julio de 2010, el IDU modificó los numerales segundo y tercero de la Resolución No. 889 en el sentido de determinar que el valor del siniestro equivalía a la suma de \$69.245.234.154 M/CTE y confirmó en todo lo demás el señalado acto administrativo.

En criterio de la parte actora, el Otrosí No. 6 del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 es nulo por causa ilícita, vicio del consentimiento y violación de la ley sustancial por haber modificado situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de terceros de buena fe y desconocer abiertamente lo dispuesto en el Otrosí No. 5, sin contar con aprobación o participación de la cedente. No obstante, como mediante laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró la nulidad absoluta del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, así como de sus adiciones y otrosíes, en autos del 29 de enero (fls. 385-388, c. 2) y del 3 de diciembre de 2015 (fls. 437-447, c. 2) se declaró probada la **cosa juzgada** frente dicha pretensión de la demanda³ por lo que este debate no hará parte del objeto del litigio.

De otro lado, considera la demandante que las Resoluciones Nos. 889 del 26 de marzo y 2337 del 28 de julio de 2010 son nulas por: i) violación al derecho al debido proceso, ii) violación al derecho de defensa, iii) falsa motivación, iv) violación de normas sustanciales, v) expedición irregular del acto y vi) desviación de poder. Todo ello, debido a que el IDU no garantizó el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción dentro del procedimiento sancionatorio para la declaratoria del siniestro, el cual fue sorpresivo para la UT Transvial. Aunado a que desconoció lo pactado por las partes en el contrato de cesión del contrato, los resultados de la mesa de trabajo, la buena fe contractual, los principios generales del derecho y la ejecución del contrato de obra, donde se evidencia el incumplimiento

³ Relativa a la declaratoria de caducidad parcial del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 en lo que respecta a los Otrosí Nos. 5 y 6. Frente a las demás pretensiones de la demanda se ordenó seguir con el proceso judicial.

contractual del IDU y no del contratista inicial, el cual alegó que pretendía ser encubierto por la contratante para acallar el clamor mediático y político asociado al Grupo Nule.

Por ello, en criterio de Megaproyectos S.A. también debe declararse el incumplimiento del IDU y condenarse a las demandadas a realizar la compensación de las sumas de dinero adeudadas por las partes, la restitución de las sumas canceladas con la expedición de los señalados actos administrativos y la indemnización de los perjuicios causados a la actora.

Sin embargo, lo que consideran las demandadas es que el procedimiento adelantado para expedir las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010 respetó en todo momento el derecho al debido proceso y defensa de la UT Transvial y la declaratoria del siniestro por mal manejo e incorrecta inversión del anticipo estuvo fundamentada en lo acontecido y probado durante la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007. El IDU también aseguró que no incumplió con sus obligaciones contractuales y que se configuraba inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Por su parte, el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. consideró que se configuraba su falta de legitimación en la causa por pasiva, por tratarse de un asunto donde solo se debatía la legalidad de actos administrativos expedidos por la contratante. Además, formuló la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

En el mismo sentido, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A. consideró acreditada su falta de legitimación en la causa por pasiva por no tener injerencia en la expedición de las Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2010, así como la configuración de las excepciones de pago, inexistencia de solidaridad y falta de causa para pedir. Sin embargo, en alegatos de conclusión propuso la nulidad absoluta por falta de jurisdicción del Tribunal para conocer sobre el asunto ante la existencia de **cláusula compromisoria** y solicitó que se aplicara el precedente de esta Sala de decisión adoptado dentro del proceso de controversias contractuales con radicado No. 2012-00580-00, Fiduciaria de Occidente S.A., en calidad de vocera del fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial, Inversuma Inc. y Credifactor S.A. en Liquidación contra el IDU, Transmilenio S.A. y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

2. Problema jurídico.

Previo a plantear un problema jurídico acerca de las excepciones previas propuestas por las demandadas y sobre el fondo del asunto, la Sala deberá establecer si tiene jurisdicción para conocer del proceso, teniendo en cuenta que en el contrato objeto de litigio se pactó una cláusula compromisoria del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 21. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

(...) 21.3. Arbitramento.

Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.

En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Directos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá.

El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes. (...)

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 15.4 (1.2), modificada por el Otrosí No. 2 (1.3) del mismo contrato de obra, donde las partes convinieron que "En ningún caso las controversias sobre multas serán sometidas a Tribunal de Arbitramento".

Luego, el interrogante inicial que deberá resolver la Sala es:

¿Esta Corporación tiene jurisdicción para dirimir la controversia contractual surgida por la expedición de los actos administrativos mediante los cuales el IDU declaró el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 en contra de la UT Transvial (Resoluciones Nos. 889 y 2337 de 2007), así como respecto del presunto incumplimiento contractual del IDU, teniendo en cuenta la cláusula compromisoria pactada y lo señalado en el artículo 15.4 del contrato estatal?

3. Tesis de la Sala.

Para la Sala debe declararse la nulidad por falta de jurisdicción en atención a que en el contrato objeto de litigio se pactó cláusula compromisoria, la cual, para la fecha en la que se presentó la demanda, se encontraba vigente, en tanto las partes no habían renunciado de manera expresa a la misma. Además, debido a que la controversia tiene origen en el presunto incumplimiento contractual y en la expedición de actos administrativos en los cuales **no** se ejerce una potestad exorbitante, **ni** se impone multa al contratista, la materia es susceptible de ser conocida por la justicia arbitral, al no haber sido exceptuada por la voluntad de las partes (cláusula 15.4), ni ser un asunto de exclusivo conocimiento de esta jurisdicción, conforme lo señalado por la Corte Constitucional y la jurisprudencia contencioso administrativa.

Es importante recordar que de conformidad con el Decreto 2270 de 1989, Decreto 1818 de 1998 y Ley 446 de 1998, en concordancia con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2013, la renuncia tácita de la cláusula compromisoria no es procedente en los casos adelantados con anterioridad a la Ley 1563 del 12 de julio 2012, que entró a regir el 12 de octubre de 2012.

En este punto, la Sala resalta que la referida sentencia de unificación se profirió antes de que las partes contestaran la demanda, esto es, antes de que se trabara el litigio y, por supuesto, antes de que se reformara la demanda.

También, precisa la Sala que aunque hay pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se ha considerado que la referida sentencia de unificación no aplica para las demandas

presentadas con anterioridad a su expedición, esa no es la posición mayoritaria del Consejo de Estado y no hay acuerdo al respecto. Luego, esos pronunciamientos no constituyen precedente vinculante para esta Sala. El único precedente vinculante es la sentencia de unificación proferida en el 2013, tal y como lo ha reconocido esta Sala en anteriores ocasiones.

La Sala aclara que ha seguido y ha aplicado la sentencia de unificación antes mencionada por ser vinculante y porque una postura distinta, como la de considerar que no aplica para demandas presentadas con anterioridad a la expedición de tal sentencia haría a dicho fallo de unificación completamente inoperante, pues para la fecha en que se emitió (18 de abril de 2013) ya estaba rigiendo la Ley 1563 de 2012, nueva ley de arbitramento, la cual establece en su artículo 119 que rige para los procesos iniciados con posterioridad al 12 de octubre de 2012.

Finalmente, destaca la Sala que existe precedente horizontal de esta misma Subsección donde se declaró la nulidad por falta de jurisdicción en una controversia contractual que también surgió de la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007⁴, por lo que dicho pronunciamiento resulta vinculante.

IV. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

1.1. Jurisdicción.

De conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

En el mismo sentido, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 señala que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento es el de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que en los mismos se haya pactado cláusula compromisoria reservando tal competencia a los tribunales de arbitramento.

1.1.1. Cláusula compromisoria.

1.1.1.1. Regulación normativa aplicable al caso.

En primer lugar, el artículo 116 constitucional habilita la posibilidad de que los particulares estén investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C. MP: José Élvor Muñoz Barrera. Sentencia del 4 de noviembre de 2021. Rad. No. 25000-23-26-000-2012-00580-00(21112532).

En segundo lugar, el artículo 2A del Decreto 2270 de 1989⁵ “por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones” establecía que por cláusula compromisoria debía entenderse “el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”.

En la misma línea, el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 definía la cláusula compromisoria como “el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”.

Dicha norma también aclaraba que la cláusula compromisoria era autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual formaba parte. En consecuencia, podían someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatieran la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal sería conducente aunque el contrato fuera nulo o inexistente.

1.1.1.2. Naturaleza jurídica y alcance del pacto arbitral⁶.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la naturaleza del pacto arbitral, para concluir que éste debe ser expreso, toda vez que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, es habilitar la competencia de los árbitros; así, por ejemplo, mediante providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó⁷:

1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral (...).

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia del 8 de junio de 2006⁸, aseguró que el pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso:

(...) las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (...).

Posteriormente, mediante providencia del 20 de febrero de 2008⁹, la Sección Tercera puntualizó:

⁵ Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859).

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 32.398.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 33.670.

(...) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una "[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]" al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas¹⁰.

Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria¹¹ las partes acuerdan someter 'eventuales diferencias' que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i) La cláusula compromisoria** contiene una **renuncia anticipada**, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a **aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración**, aspecto que se denominará **requisito temporal**. **ii)** Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de 'eventuales diferencias', sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (...).

Así, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia contencioso-administrativa¹², se entiende por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual las partes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a un Tribunal de Arbitraje.

Aunque los únicos dos elementos esenciales que determinan la existencia de una cláusula compromisoria son i) la intención clara e inequívoca de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) hacerlo constar por escrito¹³, lo cierto es que para efectos de su claridad y eficacia "se aconseja precisar la modalidad y clase de arbitramento y de ser institucional, el centro que lo adelantará, la forma como se designarán los árbitros, incluso es posible señalar su nombre desde ese momento y el plazo a decidir, entre otras precisiones, que de ser observadas eliminan problemas a la hora del conflicto"¹⁴.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P. Jorge Arango Mejía.

¹¹ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Providencia del 7 de marzo de 2012. Radicación No. 76001-23-31-000-1997-04862-01 (18013).

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Betancourth. Providencia del 16 de agosto de 2017. Radicación No. 25000-23-26-000-2004-00427-02(34819).

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 8 de septiembre de 2016. Radicación No. 05001-23-33-000-2014-01007-01(57349).

Sobre dicha figura jurídica, sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de abril de 2013, expediente 17859, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera:

“Si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los **jueces institucionales** o permanentes, resulta evidente que, **si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción,** por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; **de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad,** conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.”¹⁵ (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Lo anterior, en consonancia con el artículo 116 constitucional que consagra la posibilidad de que las partes, en pleno ejercicio de su voluntad, permitan que sean árbitros habilitados quienes administren justicia sobre sus causas al pactar cláusula compromisoria o compromiso dentro de los instrumentos jurídicos que rigen su relación contractual. En un caso similar, el H. Consejo de Estado, afirmó:

“En virtud de este pacto, las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden declinar la jurisdicción institucional permanente del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior. Por virtud de esta determinación, **cualquier controversia sometida a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten derogar tal cláusula.**^{16/17”} (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Conforme a las normas atrás señaladas y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que el pacto arbitral no se presume, al punto que se requiere que las partes hayan expresado, libre y voluntariamente, el propósito de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, sustrayéndose de esta manera, con autorización de la Constitución y de la ley, de la competencia y jurisdicción que le corresponde al juez institucional del Estado.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá D.C., Auto del 18 de Abril de 2013. Expediente: 1998-00135 (17859) en el caso de Julio César García Jiménez contra el Departamento de Casanare.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Consejera Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., Auto del 30 de octubre de 2013, expediente 1997-7635 (23786). Consejo de Estado, Reiterado en Auto del 11 de septiembre de 2014, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Bogotá D.C., Expediente 30562.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D.C., Auto del 16 de Agosto de 2017. Expediente 2004-00427 (34819) en el caso del Consorcio Melo y Álvarez Proyectistas y Otros contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Como puede verse, son varios los efectos jurídicos que se desprenden de la celebración de un pacto arbitral. Así, por ejemplo, son las partes las que, como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y de competencia a uno o varios árbitros para dirimir las controversias suscitadas y, de este modo, son ellas las que deciden declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales estatales, para radicarla en la jurisdicción arbitral.

Puede concluirse, igualmente, que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria es que conste en un documento. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, de conformidad con la normatividad vigente (artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998), que "la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso- consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto"¹⁸.

Así las cosas, tal solemnidad cumple no solo una función probatoria sino, más aún, una función constitutiva, esto es, de perfeccionamiento o surgimiento del pacto arbitral a la vida jurídica.

Por consiguiente y dado que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público y, por lo mismo, inderogables e inmodificables por el querer de sus destinatarios, quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral¹⁹ tienen el deber de acatar la exigencia legal del documento, a fin de perfeccionar su existencia.

De esta forma, un pacto arbitral se reputará legalmente perfecto y tendrá la virtualidad de habilitar a uno o varios árbitros, para definir con autoridad de cosa juzgada una disputa específica, cuando: i) las partes expresen su intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento.

Adicionalmente, es indispensable recordar que, según el artículo 39 (primer inciso) de la Ley 80 de 1993, "Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito", y que, conforme al artículo 41 ibídem (primer inciso), "los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y éste se eleve a escrito", de donde resulta obvio que el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) se solemniza y nace a la vida jurídica cuando conste por escrito, formalidad ésta que impide, como es lógico, que las partes puedan válidamente modificarlo o dejarlo sin efecto de manera tácita, so pena de contrariar el ordenamiento jurídico.

Bajo esta óptica y dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente, por escrito, exigencia que, como es obvio, la deben observar, también, quienes pretendan modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral, teniendo en cuenta que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen".

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

¹⁹ En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, ver numeral 2.2 de esta providencia.

1.1.1.3. Postura unificada del Consejo de Estado acerca de la improcedencia de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria²⁰.

Por resultar pertinente, a continuación, se cita inextenso la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, en la que **se aclaró que conforme a la normatividad anterior a la Ley 1563 de 2012 y para los procesos iniciados con anterioridad a dicha Ley, no era procedente la figura de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria**, conforme a la siguiente argumentación:

“La Sala, con fundamento en los razonamientos que se desarrollan a continuación, recoge en esta oportunidad la tesis que ha sostenido hasta el momento, en relación con la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria. (...)

Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, **lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional**, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859).

fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

(...) Así, para la Sala es claro que los efectos que comporta **la cláusula compromisoria** en el mundo jurídico son de tales importancia y envergadura que, incluso, por razón de su autonomía, **la misma subsiste aunque no ocurra lo mismo con el contrato que le dio origen** – bien por razón de su nulidad, o bien por su inexistencia –; por lo mismo y con mayor razón hay que admitir, entonces, que ella debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

Por consiguiente, la inferencia o deducción que, en sentido contrario, haga el juez institucional o permanente, a partir de la conducta procesal asumida por las partes del contrato estatal, a fin de concluir que cada una decidió, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente hayan convenido expresamente y por escrito tal posibilidad, desconoce abiertamente el carácter autónomo que caracteriza a la cláusula compromisoria.

Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado, con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisorio.

En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente –como ya se vio– en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, denominado compromiso, en ambos casos con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias.

Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo

cual se forja la autonomía de la voluntad²¹, y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisorio o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisorio, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, **también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.**" (Subrayado y negrita fuera del texto original).

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

1.1.1.4. Ámbito de aplicación de la sentencia de unificación mencionada en el numeral anterior, proferida el 18 de abril de 2013.

²¹ La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

1.1.1.4.1. Pronunciamento hecho en la misma sentencia de unificación²².

En la sentencia de unificación se estudió un proceso que había sido radicado en 1998, en el que se discutía un litigio generado en torno a un contrato estatal celebrado en 1996. El Consejo de Estado se pronunció al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que había sido proferida el 18 de noviembre de 1999. Lo cual no difiere en nada en el caso que actualmente es objeto de estudio de la Sala, pues igualmente se trata una demanda radicada con anterioridad (2011) y en ella se discute un contrato celebrado en el 2007.

En tal sentencia de unificación el Consejo de Estado aclaró expresamente para qué casos aplicaba tal fallo:

“2.1. Cuestión preliminar

El asunto sub júdice resulta de especial importancia jurídica y, por lo tanto, su estudio debe realizarse en la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la medida en que **esta providencia pretende modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria** solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal.

De otro lado, es indispensable aclarar que **la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012**, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, porque en relación con ésta es necesario establecer, en algún caso particular regido por ella, cuál es el real alcance de sus normas, ya que, según éstas, “El pacto arbitral implica la renuncia de las partes” a acudir a los jueces institucionales (artículo 3, segundo inciso) y “Si en el traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas” se invoca el pacto y la otra parte no lo niega “expresamente”, éste se entiende probado (parágrafo, *Ibidem*), de donde pareciera desprenderse que al amparo de dicha ley no es posible renunciar a este último, a pesar de lo cual el parágrafo del artículo 21 de la misma ley dice que no interponer “la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

Luego, es claro que la **sentencia de unificación aplica para procesos adelantados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1563 de 2012**. Sobre el particular es importante recordar que dado que la ley de arbitramento es la que establece la jurisdicción competente o la renunciabilidad o irrenunciabilidad de la cláusula compromisoria, dicha ley tiene aplicación inmediata. Esto es, las demandas que se radicaron a partir del 12 de octubre de 2012 se regían por la Ley 1563 de 2012 y las demandas que se radicaron con anterioridad

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859).

se regían por sus normas anteriores y por la jurisprudencia que las interpretaba que, para este caso, es el referido fallo de unificación.

1.1.1.4.2. Pronunciamientos posteriores hechos por el Consejo de Estado.

En el Consejo de Estado existen dos posturas acerca de la aplicación de tal sentencia de unificación. Por una parte, se ha señalado que la sentencia de unificación proferida el 18 de abril de 2013 aplica para todos los casos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1563 de 12 de julio de 2012, esto es, aplicación retroactiva. Esta postura ha sido adoptada en al menos 39 casos diferentes y por las 3 subsecciones que componen la sección tercera de dicha Corporación.

Por otra parte, se ha señalado que la sentencia de unificación proferida el 18 de abril de 2013 no podía aplicar a los procesos que ya habían iniciado con anterioridad, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia. Esta postura es minoritaria, adoptada en 6 casos, todos discutidos en la subsección C de la sección tercera de dicha Corporación.

Esto, a primera vista permite advertir que no hay unificación acerca de cómo aplicar la sentencia de unificación antes mencionada. Sin embargo, debe resaltarse que la sentencia de unificación fue clara en cuanto a su alcance y aplicación y que, tratándose de casos similares, tal precedente es vinculante de manera obligatoria para los Jueces y Tribunales Administrativos al ser expedida por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

A continuación se muestra el comportamiento de las dos posturas del Consejo de Estado al respecto:

Primera postura: aplica para todos los casos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1563 de 12 de julio de 2012.	Segunda postura: no aplica a los procesos que ya habían iniciado con anterioridad a la expedición de la sentencia de unificación.
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 41001-23-31-000- 1991 -05990-01(22508).	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-31-000- 2010 -00463-01(58890)
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C, veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000- 2001 -00418-01(28345)	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 13001-23-31-000- 2009 -00164-01(53392)

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01122-01(22947)</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 27001-23-31-000-2000-00016-01(39080)</p>
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01727-01(29215)</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00588-02(44009)</p>
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00777-01(28031)</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01245-01(36875)</p>
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 88001-23-15-000-2001-00005-01(31755)</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-01027-01(64446)</p>
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01054-01(28951)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá, D.C., primero (01) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 47001-23-31-000-1997-05315-01(35250)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03858-01(35765)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ (E). Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 07001-23-31-000-2001-01317-01(29217)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 54001-23-31-000-2000-01661-01(38695).</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00805-01(34223).</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D.C., nueve (09) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00611-01(33366)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00629-01(41986)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00148-01(53317)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00002-01(41578)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00458-01(35213)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación número: 68001-23-31-000-2006-02171-01(46110)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 52001-23-31-000-2009-00332-00(40383)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación: 27001-23-31-000-2007-00084-01(39065)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-15-000-2005-00402-01(37159)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00120-01(47292)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00949-01(46141)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 54001-23-31-000-2002-00129-01(46378)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E). Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02168-01(38860)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00708-01(49970)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-00-003-1999-01046-01(51341)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00637-01(44248).</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá D.C., dos (02) de octubre del dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00401-01(38598)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02785-01(43508)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00805-01(34223)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01727-01(29215)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01054-01(28951)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-15-000-2005-00402-01(37159)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00458-01(35213)</p>	
<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ (E). Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 07001-23-31-000-2001-01317-01(29217)</p>	

<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00949-01(46141)</p>	
--	--

1.1.1.4.3. Precedente horizontal.

- **En relación con la aplicación retroactiva de la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013.**

Esta Sala resalta que ha adoptado la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en el 2013. A continuación se citan algunas de las providencias en las que se ha seguido tal línea y a partir de las cuales se puede advertir que la Sala en su integridad ha acogido tal fallo de unificación:

- Radicado 25000-23-26-000-2006-02017-01. Magistrada ponente: Dra. María Cristina Quintero Facundo. Providencia del 7 de abril de 2021.²³
- Radicado 25000-23-26-000-2002-01794-01. Magistrado ponente: Dr. José Élvor Muñoz Barrera. Providencia del 21 de octubre de 2020.²⁴

²³ En tal providencia se propuso el siguiente problema jurídico y tesis de la Sala:

Por consiguiente, asumen como problemas jurídicos: ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer del asunto de la referencia, advertido que para el momento de la radicación de la demanda la tesis de la renuncia tácita del pacto arbitral era válido y aceptado? ¿Tratándose de procesos acumulados 250002326000200602017-00 acumulado 250002326000200602080-00, en donde se discute la nulidad de actos administrativos en donde se declaró la ocurrencia de siniestro en ejecución del Contrato de Obra Pública No 089 de 2000, no le es aplicable la cláusula compromisoria contenida en el mencionado contrato, frente a la controversia elevada en calidad de aseguradora, por no haber suscrito dicho acuerdo contractual?

3.2.- En labor de desatar el interrogante planteado es tesis de la Sala, si bien con anterioridad al 2012, la aplicación de desistimiento tácito por clausula compromisoria no tenía una línea jurisprudencial definida, lo cierto es que con la unificación jurisprudencial por parte del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo⁷ y la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, se estableció que la cláusula compromisoria reviste el carácter de contrato solemne en virtud del cual las partes contratantes, confieren a un Tribunal de Arbitramento, competencia para que dirima los conflictos que se susciten entre las mismas, y de querer prescindir de la intervención de aquel, se debe realizar también manifestación expresa e instrumentada por escrito en la misma forma del contrato primigenio.

En tal sentido, el H. Consejo de Estado unificó su postura respecto de los efectos de la cláusula compromisoria en contratos estatales, específicamente respecto de la procedencia de la renuncia y revocatoria del pacto arbitral, estableciendo diferencia según se trate de controversia suscitada con anterioridad a la Ley 1563 de 2012, como quiera que para aquellas no procede renuncia tácita a la justicia arbitral, bajo la consideración, que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, y en este orden, que es una obligación del operador judicial declarar la falta de jurisdicción por existencia del pacto arbitral en todos los casos que advierta su vigencia.

En lo que respecta a la declaratoria de falta de jurisdicción por la controversia planteada en calidad de activa de la aseguradora, precisa la Sala que, si bien raíz de la expedición de la ley 80 de 1993, se tiene que el contrato de seguro no forma parte de aquél cuyo cumplimiento garantiza, aunque éste sea su fuente, pues se trata de un contrato autónomo, cuya naturaleza, estatal o privada, dependerá exclusivamente de que una entidad estatal sea o no parte en el mismo; no es menos cierto que en el asunto de la referencia nos encontramos ante un proceso acumulado, en el que se comparte el material probatorio debidamente recaudado y de cuya acumulación no manifestaron oposición alguna las partes, por lo tanto deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 1499 del Código Civil, que dispone que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por consiguiente, esta Sala de Decisión dispondrá confirmar la decisión proferida el 26 de febrero de 2019, en donde se declaró probada la existencia de clausula compromisoria y, en consecuencia, se declaró la falta de jurisdicción para asumir el conocimiento del asunto.

²⁴ En tal providencia se propuso el siguiente problema jurídico y tesis de la Sala:

Problema jurídico. Previo a plantear un problema jurídico acerca del fondo del asunto, la Sala deberá establecer si tiene jurisdicción para conocer del proceso, teniendo en cuenta que en el contrato objeto de litigio se pactó una cláusula compromisoria del siguiente tenor: CLÁUSULA XL. ARBITRAMIENTO: De conformidad con el artículo 116 de la Constitución, las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas o mediante los instrumentos de solución de que trata la cláusula anterior, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por 3 árbitros colombianos, salvo que las partes acuerden uno solo. El o los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo, el o los faltantes serán escogidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal hablará en derecho y funcionará en la capital de la República. (...)

Tesis de la Sala. En criterio de la Sala, se encuentra configurada la excepción de falta de jurisdicción en atención a que en el contrato objeto de litigio se pactó cláusula compromisoria, la cual, para la fecha en la que se presentó la demanda, se encontraba vigente, en tanto las partes no habían renunciado de manera expresa a la misma. Sobre el particular es importante recordar que de conformidad con el Decreto 2270 de 1989, Decreto 1818 de 1998 y Ley 446 de 1998, en concordancia con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2013, la renuncia tácita de la cláusula compromisoria no es procedente en los casos adelantados con anterioridad a la Ley 1563 de 2012. En todo caso, en el presente asunto la parte demandada no guardó silencio al respecto, sino que, por el contrario, propuso como excepción la falta de jurisdicción.

- Radicado 11001-33-31-031-2010-00259-01. Magistrado ponente: Dr. Fernando Iregui Camelo. Providencia del 25 de octubre de 2017.²⁵
- **Respecto de las controversias contractuales que tienen origen en el contrato de obra No. IDU-137 de 2007 suscrito entre la UT Transvial y el IDU.**

Además, existe precedente horizontal de esta Sala de decisión en la controversia contractual adelantada bajo el radicado No. 25000-23-26-000-**2012-00580-00**, MP: José Élvor Muñoz Barrera, sentencia del 4 de noviembre de 2021²⁶, donde se declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción de esta Corporación ante la existencia de **cláusula compromisoria** dentro del mismo contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

En dicha oportunidad, la Fiduciaria de Occidente S.A., en calidad de vocera del fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial, Inversuma Inc. y Credifactor S.A. en Liquidación, presentó demanda de controversias contractuales contra el IDU, Transmilenio S.A. y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. buscando que le fueran reconocidos todos los derechos económicos derivados del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, los cuales le habían sido cedidos por la UT Transvial el 19 de junio de 2008. También pretendía que se reconociera el perjuicio patrimonial que le fue causado con los pagos realizados por el IDU y/o Transmilenio S.A. a favor del Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S., por la ejecución del señalado contrato de obra, así como todas las demás sumas de dinero que debieron ingresar al fideicomiso.

²⁵ En tal providencia se propuso el siguiente problema jurídico y tesis de la Sala: (...)

III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de octubre de 2015, el Juzgado Veinte Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá -Sección Tercera- resolvió: i) declarar probada la excepción de cláusula compromisoria; ii) negar las demás excepciones propuestas; iii) declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y iv) la decisión adoptada ordenó remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

(...)

8.1. Problema jurídico

Conforme a la discusión propuesta en la apelación, la Sala se ocupará de resolver el siguiente interrogante:

i. ¿Está habilitado el juez de descongestión para declarar la existencia de cláusula compromisoria al proferir sentencia de mérito, cuando tal aspecto de la controversia ya había sido resuelto por el juez que conoció por reparto inicial del proceso, al momento de admitir la demanda, desestimando la excepción que en tal sentido propusiera la empresa demandada, razón por la que el punto de la competencia habría hecho tránsito a cosa juzgada?

ii. ¿El desarrollo normativo de la cláusula compromisoria habilita su aplicación directa cuando se enuncia en las condiciones de una póliza, pese a que las partes han condicionado su aplicación efectiva a lo que acuerden expresamente en las estipulaciones del contrato, acuerdo que no se plasmó en su texto?

Conforme al problema jurídico planteado la Sala se ocupará de los siguientes temas: a) cláusula compromisoria; b) requisitos de validez de la cláusula compromisoria y competencia del Juez Administrativo para dirimir conflictos de seguros que incluyen cláusula compromisoria, y c) del caso concreto.

8.2. Tesis

i. Los efectos de cosa juzgada solo son predicables de las sentencias de mérito proferidas por los Jueces, que se encuentren debidamente ejecutoriadas y en firme; por tanto, la existencia de cosa juzgada alegada por el apelante respecto del auto de 16 de agosto de 2011, por medio del cual el Juzgado 31 Administrativo de Bogotá desestimó la excepción de cláusula compromisoria entre las partes propuesta por la empresa demandada, resulta infundada, pues la institución jurídica procesal de la cosa juzgada se configura cuando el litigio sometido a la decisión del juez ya ha sido objeto de otra sentencia judicial.

Ahora bien, sobre la falta de competencia del fallador para declarar la nulidad de lo actuado y remitir el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Sala considera que, dentro de sus facultades como Director del Proceso, el Juez puede adoptar las decisiones que en derecho correspondan para evitar fallos inhibitorios y remitir el proceso a quien considere competente cuando quiera que encuentre acreditada su falta de competencia para conocer de un litigio.

ii. En el caso sub iudice, ciertamente los extremos que intervienen en la controversia suscribieron la Póliza N° 92100000266 el 26 de octubre de 2006; en el Ítem 14 de las 'Condiciones Complementarias' acordaron una "Cláusula compromisoria", sin que en la misma se establecieran las condiciones específicas de su aplicación. No obstante lo anterior, dicho vacío fue suplido a partir de la aplicación de la Ley 446 de 1998, artículo 116, y ratificado en el artículo 118 del Decreto 118 de 1998, al señalar que, si las partes no determinaban las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entendería que el arbitraje sería legal, pues contrario a lo afirmado por el apoderado judicial de la parte actora, para que la cláusula compromisoria sea válida jurídicamente, debe existir certeza sobre i) la identidad de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente, y iii) la recíproca e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Estos aspectos se encuentran satisfechos en el caso bajo estudio, pues la citada cláusula fue acordada dentro de la misma póliza en la que se pueden identificar de manera clara las partes, el contrato fuente de la obligación y la voluntad de las mismas acordando tal cláusula compromisoria. En consecuencia, esta Sala CONFIRMARÁ la sentencia proferida el 20 de octubre de 2015 por el Juzgado Veinte Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá.

²⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C. MP: José Élvor Muñoz Barrera. Sentencia del 4 de noviembre de 2021. Rad. No. 25000-23-26-000-2012-00580-00(21112532).

No obstante, teniendo en cuenta la cláusula compromisoria del contrato principal de obra No. IDU-137 de 2007, y dando aplicación a los postulados de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013, se remitió el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá para que se constituyera Tribunal de Arbitramento en los términos señalados por las partes en el acuerdo de voluntades, por ser la justicia arbitral la competente para dirimir el conflicto.

En esta ocasión, reiteró la Sala la improcedencia de otorgar validez a la renuncia tácita a la cláusula compromisoria pactada por las partes en el contrato objeto de litigio.

1.1.2. Los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato no afectan la validez, ni la legalidad de la cláusula compromisoria.

Como ya se dijo antes, el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, norma vigente para el momento en el que se pactó la cláusula compromisoria, aclaraba que la cláusula compromisoria era autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual formaba parte. En consecuencia, podían someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatieran la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal sería conducente aunque el contrato fuera nulo o inexistente. Expresamente tal disposición normativa rezaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 118. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.”

Así las cosas, aunque el contrato fuera declarado nulo, la cláusula compromisoria continuaba existiendo y generando efectos para las partes.

1.1.3. La competencia de la justicia arbitral para conocer sobre controversias que provengan de actos administrativos contractuales, excepto de aquellos mediante los cuales se ejercen facultades exorbitantes.

La competencia de los árbitros no sólo está limitada por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser puestas a conocimiento de la justicia arbitral²⁷.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1460 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

De allí que, los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre ciertos asuntos que, por involucrar el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, son exclusivos del Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa. En estos eventos, aún cuando exista cláusula compromisoria o compromiso, la competencia para resolver sobre el litigio será exclusiva de esta jurisdicción.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, facultó a las partes, administración y particulares, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los conflictos que surgieran en virtud de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos estatales. Señaló que las partes buscaría solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual mediante los mecanismos alternos de solución de conflictos, incluido el arbitraje.

En los artículos 70 y 71 *ibid.* el legislador reguló lo relativo a la cláusula compromisoria y el compromiso que podían pactar las partes dentro de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de la Contratación Pública.

A propósito de estas nuevas regulaciones introducidas por la Ley 80 de 1993, la pregunta que resolvió la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000 se circunscribía a determinar si los árbitros podrían pronunciarse sobre las divergencias surgidas entre las partes de un contrato estatal en relación con los actos administrativos expedidos la administración con ocasión del ejercicio de su actividad contractual, teniendo en cuenta que los actos administrativos son manifestaciones de la voluntad de las autoridades públicas que involucran el orden público.

En este pronunciamiento, la Corte limitó la competencia de la justicia arbitral y señaló que los árbitros eran incompetentes para pronunciarse sobre la legalidad de los **actos administrativos contractuales en los que se ejercieran los poderes exorbitantes** entregados a la administración pública pues, precisamente, estas potestades excepcionales se fundamentaban en la salvaguarda de la función pública y el cumplimiento de los deberes del Estado, los cuales eran indisponibles para las partes (Art. 14 de la Ley 80 de 1993):

“En ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Por estas razones, la Alta Corte declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 “bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos

celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”²⁸.

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa acogió la postura adoptada por la Corte Constitucional, pero ello significó la flexibilización del precedente judicial que estuvo vigente hasta el año 2008. En esta postura inicial la máxima Corporación sostenía la incompetencia de la justicia arbitral para conocer todas las controversias contractuales donde se discutiera la legalidad de los actos administrativos expedidos durante la ejecución de los contratos estatales, fueran o no expresión de las cláusulas exorbitantes²⁹.

Por el contrario, con sentencia del 27 de marzo de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo respecto a los límites de la competencia de la justicia arbitral³⁰:

“En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. **Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales**, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Posición reiterada en sentencias del 15 de octubre³¹, el 3 de diciembre de 2008³² y el 10 de junio de 2009³³, las cuales sentaron la subregla jurisprudencial que se mantiene hasta la actualidad³⁴ y que, nuevamente, se reitera:

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 23 de febrero de 2000. CP: Germán Rodríguez Villamizar. Expediente No. 16394. Ver también: Providencia del 8 de junio de 2000. CP: Alier E. Hernández Enríquez. Expediente No. 16.973. Providencia del 23 de agosto de 2001. CP: María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 19.090. Providencia del 27 de junio de 2002. CP: María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 21.040. Providencia del 4 de julio de 2002. CP: Alier E. Hernández Enríquez. Expediente No. 21.217. Providencia del 4 de julio de 2002. CP: Germán Rodríguez Villamizar. Expediente No. 19.333. Providencia del 20 de mayo de 2004. CP: María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 25.154. Providencia del 10 de mayo de 2005. CP: María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 27.946.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 27 de marzo de 2008. CP: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente No. 15.469.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 15 de octubre de 2008. CP: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente No. 35.483.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 3 de diciembre de 2008. CP: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente No. 34.302.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia del 10 de junio de 2009. CP: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente No. 36.272. Ver también: Providencia del 22 de octubre de 2012. Sección Tercera. Consejo de Estado. CP: Enrique Gil Botero. Expediente No. 39.942.

³⁴ Posición reiterada en las siguientes decisiones: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 31 de octubre de 2016. Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Ramiro Pazos Guerrero. Providencia del 29 de junio de 2017. Expediente No. 07001-23-31-000-2003-00393-01 (5870). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Olga Mérida Valle de la Hoz. Providencia del 15 de octubre de 2015. Expediente No. 25000-23-26-000-2002-02475-01 (34093): “Como se expuso, los actos administrativos que no son ejercidos con ocasión a poderes exorbitantes de la Administración, y no se traten de asuntos reservados de la jurisdicción contencioso administrativa, como es el caso de la función de intervención, regulación y control propia del Estado sobre el espectro electromagnético, serán por consiguiente, del resorte de la Jurisdicción Arbitral, dese luego, siempre que exista cláusula compromisoria.”

“Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, **se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993**, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, **los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros**, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto”. (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Entonces, lo cierto es que **los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas en el artículo 14 de la misma ley**, “de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral”³⁵.

1.1.4. El control judicial de los actos administrativos contractuales por parte de los árbitros. Diferencias con el control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La administración pública consigue la realización de los fines del Estado a través de diversas expresiones de su voluntad. Por excelencia, la voluntad de la administración se manifiesta mediante contratos y actos administrativos. Sin embargo, también lo hace por medio de acciones, omisiones y operaciones administrativas. Todas, objeto de posterior control judicial mediante las diferentes acciones judiciales y medios de control instituidos en el marco de la función pública de administrar justicia (Art. 228 de la CP).

Al tenor de lo señalado en el artículo 236 de la CP y los artículos 82 y 83 del CCA [hoy Arts. 103-104 CPACA], la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Luego, es esta jurisdicción la que, en principio, tiene competencia exclusiva para pronunciarse sobre la legalidad de los contratos, actos administrativos y demás expresiones de la voluntad de la administración³⁶.

Cuando se trata de actos administrativos, el juicio de legalidad que imparte el Juez de lo contencioso administrativo se encuentra encaminado al control de la función administrativa, entendida ésta como la actividad estatal realizada por órganos o autoridades públicas con

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Providencia del 23 de septiembre de 2013. Rad. No. 25000-23-26-000-2002-01727-01(29215). Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 31 de octubre de 2016. Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422).

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Olga Mérida Valle de la Hoz. Providencia del 29 de abril de 2015. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-00624-02(30316).

la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la Constitución³⁷. Luego, el punto de partida del funcionario judicial será la constatación de los principios de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y control de la actividad pública³⁸ que surge del poder dominante y de instrucción propio de la administración.

Este examen de legalidad supone entonces la confrontación del acto administrativo con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales. Es el juez de lo contencioso administrativo quien "posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma"³⁹ con fundamento en los diferentes cargos de nulidad previstos en el artículo 84 del CCA [ART. 137 CPACA], los cuales pueden conllevar a un análisis de los elementos que conllevaron a la formación del acto, la motivación del mismo y la causa que lo motivó, hasta su eficacia y oponibilidad.

No obstante, la jurisdicción contencioso administrativa no es la única que dirime controversias jurídicas que se derivan de la expedición de actos administrativos y, por ende, no es la única autoridad judicial que se pronuncia sobre el contenido material de dichos actos jurídicos.

El legislador prevé que en algunos escenarios, y por razones de la materia que se esté decidiendo, los Jueces ordinarios (laborales y civiles) puedan resolver controversias que tengan lugar por la expedición de actos administrativos. Tal es el caso de los asuntos pensionales donde Fondos Públicos de Pensión como Colpensiones emiten actos administrativos que son susceptibles de ser controlados por Jueces ordinarios laborales, así como de las controversias contractuales exceptuadas del conocimiento de esta jurisdicción, en las que – de todas formas - intervienen autoridades públicas que manifiestan su voluntad a través de actos administrativos contractuales, los cuales son examinados por los Jueces ordinarios civiles. La particularidad de estos eventos es que dentro las relaciones jurídicas que se crean, modifican o extinguen a través de dichos actos administrativos, la administración hace las veces de un particular y no ejerce poderes exorbitantes o excepcionales propios de la posición dominante que se predica del Estado respecto de los ciudadanos o particulares.

Sin embargo, en estos eventos, el juicio de legalidad que realiza el funcionario judicial es distinto al atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa, pues no se realiza un examen de la función administrativa, ni de los elementos de la conformación del acto, de cara al ordenamiento jurídico y constitucional y con fundamento en los cargos de nulidad previstos en el artículo 84 del CCA, sino que se circunscribe a examinar los fundamentos de hecho y de derecho que soportan la decisión de la administración y a decidir sobre los efectos económicos, pensionales, contractuales y demás adoptados en cada caso en concreto. Aquí no hay una confrontación entre el acto administrativo como expresión de la voluntad reglada o legal de la administración, sino la decisión que se adoptó con base en el derecho objeto de la litis.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. CP: Germán Alberto Bula Escobar. Providencia del 30 de julio de 2019. Rad. No. 11001-03-06-000-2019-00051-00(2416).

³⁸ Santofimio, J. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1460 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

Entonces, aunque sean juicios diferentes con consecuencias jurídicas particulares, ambos tienen como objeto de la litis el control de una decisión adoptada mediante acto administrativo. Sin embargo, mientras que el ámbito contencioso administrativo el control de la legalidad se enfoca en garantizar que la voluntad de la administración y la decisión haya sido adoptada cumpliendo con los requisitos reglados o legales de orden internos, externos, formales, materiales, finalísticos y procedimentales; en los otros ámbitos no se ocupan de esas propiedades de la voluntad ni de la decisión legal y reglada contenida en el acto administrativo, sino únicamente de lo decidido y su justificación con el derecho reclamado. Por ello es que son varias las autoridades judiciales que puedan pronunciarse sobre las manifestaciones unilaterales de la administración y sus efectos, cada una en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales. Asimismo, son distintas las consecuencias adoptadas por los jueces que asumen el conocimiento de dichas controversias; en el ámbito contencioso administrativo se ataca el acto administrativo en cualquiera de sus propiedades y se afecta directamente a través de su nulidad; y en los otros ámbitos se acata la decisión pero no el acto administrativo en su formación y requisitos de legalidad, ordenando adoptar una nueva decisión sin afectar por nulidad el acto administrativo.

Ahora bien, los árbitros, como particulares investidos con facultades jurisdiccionales para dirimir ciertos conflictos jurídicos, se encuentran en la misma situación. Esta vez, no por causa de una disposición legal que atribuyó competencias en razón de la materia (como sucede en los asuntos laborales o civiles), sino por la voluntad de las partes. Es a través de la cláusula compromisoria o del compromiso que las partes de un contrato estatal pueden, de forma voluntaria y expresa, sustraerse del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y someterse a la competencia de la justicia arbitral, incluso cuando el conflicto provenga de la expedición de actos administrativos contractuales y siempre que mediante los mismos no se ejerzan poderes exorbitantes o excepcionales propios de la posición dominante de la administración.

De igual forma, el control que realizan los árbitros respecto de dichos actos administrativos no será el mismo atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se centrará en la decisión adoptada por la administración y en sus efectos económicos, al tenor de lo reiterado en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁰.

Así entonces, aunque la justicia arbitral no podrá declarar la ilegalidad de los actos administrativos, ni pronunciarse sobre los cargos de nulidad previstos en el artículo 84 del CCA, lo cierto es que sí tiene competencia para controlar la decisión de la administración y modificar o confirmar los efectos económicos de dichos actos, cuando por voluntad de las partes así se haya pactado.

1.1.5. Prerrogativas y potestades de la administración para asegurar el cumplimiento contractual.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 31 de octubre de 2016. Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422): "Lo dispuesto en las normas referidas ya había sido desarrollado a nivel jurisprudencial, señalándose que si bien los árbitros sí tenían la facultad de pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, no podían hacerlo respecto de la legalidad de los actos administrativos (...)"

En aras de lograr la ejecución de los contratos estatales y la realización u obtención de los fines de la contratación, las entidades públicas tienen el deber de exigir al contratista "la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" (Art. 4 Ley 80 de 1993), esto es, de conformidad con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas pactadas. Por su parte, los contratistas deben colaborar con "las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad" (Art. 5, Numeral 2, Ley 80 de 1993).

Para asegurar el cumplimiento de los contratos, las entidades públicas cuentan con varias herramientas y potestades dentro de las que se encuentran: i) las **cláusulas excepcionales o exorbitantes** que se estipulan en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; ii) las llamadas **cláusulas de privilegio** contenidas en las cláusulas de reversión y en la efectividad de las garantías previstas para ciertos tipos contractuales, las cuales pueden ser exigidas declarados los siniestros correspondientes y iii) las **cláusulas especiales surgidas de la voluntad de las partes**, como es el caso de las multas y cláusulas penales pecuniarias. Ello, además de los poderes de dirección, control y vigilancia que se encuentran en cabeza las entidades públicas.

Luego, deberá diferenciarse entre cada una de las cláusulas señaladas debido a que, aunque todas suponen el ejercicio de facultades sancionatorias de la administración, cada una de ellas tiene particularidades específicas y sólo proceden en determinadas tipologías contractuales.

VI. CASO CONCRETO

1. Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver el problema jurídico planteado en esta instancia:

- 1.1. Convenio interadministrativo No. 20 del 2011 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y Transmilenio S.A. para definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema Transmilenio (fls. 60-69, c. 6).
- 1.2. Documento privado a través del cual se constituyó la Unión Temporal Transvial por las siguientes sociedades i) Condux S.A. de C.V.; ii) Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. de C.V.; iii) Megaproyectos S.A.; iv) Mainco S.A.; v) Bitácora Soluciones Compañía LTDA; vi) Translogistic S.A. (fl. 215-221, c. 7):

"(...) **QUINTO.** - Participación y responsabilidad: La participación de las partes en el presente acuerdo de unión temporal será la siguiente:

5.1. Participación:

Partes	Participación (%)
Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. de C.V.	19%

Condux S.A. de C.V.	1%
Megaproyectos S.A.	10%
Mainco S.A.	1%
Bitácora Soluciones Compañía Limitada	35%
Translogistic S.A.	34%
Total:	100%

5.2. Responsabilidad:

De conformidad con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la totalidad de los miembros de la UT responderán solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto del contrato, pero las sanciones que se llegaren a imponer por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la UT. (...)

- 1.3.** Contrato de obra No. IDU-137 del 28 de diciembre de 2007 celebrado entre el IDU, Transmilenio S.A. y la Unión Temporal Transvial (fls. 125-840, c. 7 y fls. 108-112, c. 12):

“CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO:

El objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 al Sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento, en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42B y en el tramo 4 comprendido entre la carrera 42B y la carrera 19, grupo 4 de la licitación público número IDU-LP-DG-022-2007, en Bogotá D.C. (...)

CLÁUSULA 3. PLAZO DEL CONTRATO:

El plazo total estimado del contrato es de 86 meses contados a partir de la firma del acta de inicio del contrato por parte del IDU, el interventor y el contratista. (...)

CLÁUSULA 7. GARANTÍAS:

El contratista se compromete a constituir las siguientes garantías por los montos y durante los plazos previstos en esta cláusula.

(...)

7.1.1. Amparo de buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo.

Este amparo debe constituirse a favor del IDU y de TRANSMILENIO S.A. para garantizar el buen manejo, correcta inversión del anticipo señalado en el capítulo 10 numeral 10.1, y la devolución de la parte no amortizada. El valor asegurado

será del cien por ciento (100%) del valor del anticipo.

(...)

CLÁUSULA 10. FORMA DE PAGO.

Los pagos a que se obliga Transmilenio S.A. se harán de la siguiente manera, siempre que medie solicitud escrita previa y expresa del IDU.

Transmilenio S.A. pagará de acuerdo con el flujo de fondos establecido para el proyecto, de manera que se dispondrá de sumas fijas mensuales para cancelar las obligaciones provenientes de la celebración del presente contrato.

Transmilenio S.A. pagará al contratista una suma mensual, que incluye los costos de obras de construcción, labores ambientales y de gestión social, labores de manejo de tránsito y señalización en la etapa de construcción y las obras que se ejecuten a precios unitarios, de acuerdo con lo descrito en el numeral anterior. La interventoría establecerá mensualmente un balance de ejecución del cronograma de metas físicas con el fin de cotejar que los valores facturados correspondan al porcentaje de avance de obra verificado y recibido a satisfacción por la misma.

(...)

De cada acta de obra ejecutada, se amortizará el porcentaje de anticipo hasta su cancelación. En todo caso, el anticipo deberá estar amortizado en su totalidad al finalizar la etapa de construcción.

(...)

10.1. Anticipo del contrato.

El pago del anticipo se desembolsará a la cuenta conjunta del proyecto que se constituirá y manejará de acuerdo con lo reglamentado en el decreto 2170 de 2002. (...).

CLÁUSULA 15. MULTAS.

Si durante la ejecución del contrato se generaran incumplimientos por parte del contratista, el IDU podrá imponer multas conminatorias que se listan a continuación, por las causales expresamente señaladas en esta cláusula y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto. El pago o la deducción de dichas multas no exonerarán al contratista de su obligación de terminar las obras de construcción, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato.

15.1. Multas por incumplimiento en la entrega de las garantías.

Por no suministrar las garantías exigidas y/o las modificaciones dentro de los tiempos establecidos en este contrato, el contratista se hará acreedor a una multa correspondiente a 0.5 por mil del valor del contrato (sin incluir ajustes).

15.2. Multas por incumplimiento de las obligaciones ambientales, gestión social y plan de manejo de tránsito.

Por no obtener la calificación mínima mensual establecida en las listas de chequeo de cumplimiento de los componentes ambientales, de gestión social y de Plan de Manejo de Tránsito en cada corte mensual de obra, señalados en los apéndices del presente contrato, el contratista se hará acreedor a una multa correspondiente a 0.5 por mil del valor del contrato (sin incluir ajustes).

15.3. Multas por incumplimiento del cronograma.

Por incumplimiento en alguna de las fechas de entrega de cualquiera de las metas programadas en el cronograma de metas físicas con sus respectivas holguras, en caso de tenerlas, o por incumplimiento de los plazos establecidos para las diferentes etapas del contrato, el contratista se hará acreedor a una multa correspondiente al 1 por mil del valor total del contrato (sin incluir ajustes).

15.4. Procedimiento para la imposición de Multas.

El IDU de oficio o previo aviso del interventor, una vez se observe que hay lugar a una multa de conformidad con los numerales anteriores informará al CONTRATISTA por escrito sobre la procedencia de la misma, su valor y las razones que la acarrearán según lo previsto en este contrato, conminándolo a cumplir la respectiva obligación contractual objeto de la misma. (...)

En ningún caso las controversias sobre multas serán sometidas a Tribunal de Arbitramento, ni a la amigable composición, ni a ningún tipo de peritazgo.

(...)

En ningún caso el valor total de las multas aplicadas superará el cinco por ciento (5%) del valor total del contrato (sin incluir ajustes). En caso de que las multas llegaren a los topes establecidos, el IDU podrá declarar la caducidad del contrato.

CLÁUSULA 16. CADUCIDAD.

Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista establecidas en este contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo, de tal manera que evidencie que pueda conducir a su paralización, o se presenten las causales previstas en las Leyes 40/1993, 80/1993, 418/1997, 610/2000 y demás normas aplicables, el IDU, por medio de acto administrativo debidamente motivado, podrá decretar la caducidad del contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

(...)

CLÁUSULA 17. TERMINACIÓN UNILATERAL.

El IDU podrá decretar la terminación anticipada y unilateral del contrato, por las causales y en las condiciones previstas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, o en las normas que lo adicione, modifiquen o sustituyan.

CLÁUSULA 18. MODIFICACIÓN UNILATERAL.

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio, fuere necesario introducir variaciones en el contrato, y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, el IDU, mediante acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. (...).

CLÁUSULA 19. INTERPRETACIÓN UNILATERAL.

Si durante la ejecución del contrato surgieran discrepancias entre las partes sobre la interpretación de alguna de las estipulaciones del mismo, que puedan conducir a la paralización o a la afectación del servicio, el IDU, si no se lograra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

(...).

CLÁUSULA 21. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

(...)

21.3. Arbitramento.

Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.

En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá.

El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes. (...)

CLÁUSULA 26. PENAL PECUNIARIA.

Si se declara la caducidad del contrato o si se incumplen las obligaciones previstas en este contrato, el contratista pagará a título de cláusula penal pecuniaria los siguientes valores: (...).”

- 1.4.** Otrosí No. 2 al contrato de obra No. IDU-137 de 2007 suscrito entre las partes (fls. 133-146, c. 7):

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: Modificar el numeral 15.4 de la cláusula 15. Multas, el cual quedará así:

Cláusula 15. Multas: 15.4 Procedimiento para la imposición de multas. El interventor del contrato, una vez verifique y cuente con los documentos soporte del posible incumplimiento, requerirá por escrito al contratista para el cumplimiento de la misma, indicándole un término perentorio, de acuerdo con la naturaleza de la obligación que se incumple (...).

El contratista dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de ésta última comunicación del interventor, deberá presentar por escrito dirigido a éste sus descargos (...)

En ningún caso las controversias sobre multas serán sometidas a Tribunal de Arbitramento, ni a la amigable composición, ni a ningún tipo de peritaje.

En ningún caso el valor de total de las multas aplicadas superará el cinco (5) % del valor total del contrato, sin incluir ajustes. (...).”

- 1.5.** Póliza de garantía única de cumplimiento No. 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. donde obra como tomadora la UT Transvial y como asegurado el IDU y se aseguran los riesgos de cumplimiento, anticipo y prestaciones sociales correspondientes al contrato de obra No. IDU-137 de 2007 (fls. 235 y 590-592, c. 7).
- 1.6.** Acta de inicio del contrato de obra de fecha 17 de junio de 2008 (fls. 230 y 231, c. 7).
- 1.7.** Oficio No. 003812 del 20 de enero de 2010 mediante el cual el Consorcio Intercol, en calidad de Interventor del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, informa Instituto de Desarrollo Urbano – IDU que “no debe perderse de vista en el análisis de la situación que en desarrollo del principio de colaboración imperante en las relaciones contractuales, el Instituto por medio de la interventoría, ha desembolsado la suma de \$80.526.906.711 a título de anticipo, suma que adicionada a la capacidad financiera ofrecida por el contratista dentro del proceso licitatorio (aún no demostrada), debería haber permitido que a la fecha la obra presentara un avance cercano al 34%”.

Por ello, comunica que “de estas situaciones, y del eventual siniestro, hemos puesto en conocimiento a la aseguradora mediante cartas IDU-174-1298, 1522,

1540, 1564, 1626, 1668, 1670, 1680, 1694, 1697, 1762, 1766, 1783 y 1823, y mediante recorrido conjunto al proyecto realizado el 2 de diciembre de 2009." (fls. 755 y 756, c. 3).

- 1.8.** Memorando del 13 de enero de 2010 donde la Directora Técnica de Gestión Contractual del IDU solicita a la Dirección Técnica de Construcciones emitir el respectivo concepto referente al procedimiento tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 (fl. 260, c. 7).
- 1.9. Resolución No. 889 del 26 de marzo de 2010 "Por la cual se declara el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato 137 de 2007 cubierto con la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por la Compañía de Seguros SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A." en los siguientes términos (fls. 972-983, c. 3):**

"(...) Que en relación al buen manejo y correcta inversión del anticipo, mediante oficio No. IDU-174-2007 radicado IDU-10775 del 4 de diciembre de 2009, la interventoría Consorcio Intercol, atendiendo a lo establecido en la cláusula 7.7.1 del contrato IDU 137 de 2007, informa que el contratista Unión Temporal Transvial, continúa sin atender lo requisito en oficios IDU-1741363/1369/1650 de 2009 por medio de los cuales se requirió presentar los inventarios y la ubicación de la maquinaria, los equipos y materiales aportados en el proyecto con los recursos del anticipo con la finalidad de verificar la debida inversión del mismo.

Que de igual forma, en los oficios enviados al IDU: IDU 174-665/1872/1873 de 2009, la interventoría informa de los indicios de una indebida inversión del anticipo.

Que lo anterior dio lugar a que el IDU mediante comunicación IDU No. 87589 del 21 de diciembre de 2009 citara al contratista a audiencia de descargos que se cumplió el 30 de diciembre de 2009 con participación de Segurexpo S.A.

Que en esta audiencia el contratista presentó sus descargos y radicó por escrito los mismos solicitando formalmente al IDU se abstuviera realizar la declaratoria de siniestro por el presunto irregular manejo e inversión del anticipo, en tanto la Unión Temporal Transvial ha dado pleno cumplimiento a los requisitos contractuales previstos en este sentido señalando que no existía a la fecha riesgo sobre la devolución de dichos dineros los cuales irán siendo amortizados una vez se vayan presentado las actas de obra y ésta vaya avanzando.

(...)

Que de conformidad con el contrato de cesión del contrato de obra IDU-137 de 2007 de fecha febrero 17 de 2010 y el Otrosí No. 6 suscrito el 4 de marzo de 2010 con el cedente, se retoma el análisis de la inversión y manejo del anticipo, sometiendo el diagnóstico final al resultado de la revisión integral y revisión

financiera y contable de la cuenta del mismo en los términos establecidos en el Manual de Interventoría del IDU y las cláusulas del contrato.

(...)

Que las mesas de trabajo se adelantaron entre el 8 y el 19 de marzo de 2010, levantando las correspondientes actas suscritas por los designados para el efecto por el IDU, Segurexpo de Colombia S.A., la interventoría Consorcio Intercol y la Unión Temporal Transvial, cuyo resultado se consigna en el informe de legalización del anticipo radicado IDU No. 022472 del 19 de marzo de 2010, el cual forma parte integral de la presente resolución y del que se concluye lo siguiente:

(...)

Del anticipo girado, el contratista amortizó la suma de \$12.955.762.078, quedando pendiente por amortizar una suma de \$28.081.044.349, suma que deberá ser reembolsada por cuanto la obra ejecutada con estos recursos fue reconocida a través de actas de obra y no es posible su amortización por parte de la Unión Temporal Transvial.

Así mismo, será objeto de devolución la suma correspondiente al valor no legalizado de anticipo y que asciende, tal como se expuso anteriormente a un monto de \$44.715.120.967.

Se configura el mal manejo de los recursos girados del anticipo por cuanto la Unión Temporal Transvial destinó solo \$12.955.762.078 a la ejecución de la obra debiendo haber invertido la totalidad de los mismos para que la obra hubiese sido ejecutada en los plazos establecidos contractualmente y de esta manera evitar los atrasos que paulatinamente se fueron presentando en el desarrollo de la misma.

Es evidente con este manejo, que los recursos se encuentran en manos de terceros que no ejecutaron la obra, configurándose esto como una apropiación indebida de los recursos.

El contratista para el giro de los recursos del anticipo presentó los respectivos soportes, pero nunca presentó los documentos requeridos para su legalización, tales como facturas o documentos que acreditaran la inversión de estos recursos en la obra y que nunca hubiere podido entregar en los informes mensuales siguientes a los giros realizados (...).

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la ocurrencia del siniestro del contrato IDU-137 de 2007 celebrado con la **UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL** por el buen

manejo y correcta inversión del anticipo de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar el pago del siniestro en cuantía de **SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIEZ Y SEIS (Sic) PESOS (\$72.796.165.316 m/cte.)** a favor del IDU.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que la ocurrencia del siniestro será cubierta por la Garantía Única de Cumplimiento No. 00008696 expedida por **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**, en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por un monto igual a **SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIEZ Y SEIS (Sic) PESOS (\$72.796.165.316 m/cte.)**

ARTÍCULO CUARTO: Requerir al representante legal de **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** para que cumpla con el pago de la Garantía Única de Cumplimiento en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de conformidad con el artículo 1080 del código de comercio. (...)"

1.10. Resolución No. 2337 del 28 de julio de 2010 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición" en la que se decidió (fls. 984-1037, c. 3):

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confírmese la Resolución 889 proferida por el IDU el 26 de marzo de 2010, en el sentido de declarar la ocurrencia del siniestro dentro del contrato IDU-137 de 2007 celebrado con la **UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL**, y hacer efectiva la garantía única contenida en la póliza No. 00008696, expedida por **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modifíquense los artículos segundo y tercero de la Resolución 889 del 26 de marzo de 2010, en el sentido de determinar que el valor del siniestro hecho efectivo mediante el acto recurrido equivale a la suma de **SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$69.245.234.154)**, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo. (...)"

1.11. Laudo arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013 dentro del proceso adelantado por el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. contra el IDU y Transmilenio S.A., **en el que se declaró la nulidad absoluta del contrato No. IDU-137 de 2007** (cs. 10 y 11):

III. DECISIÓN.

En mérito de las consideraciones y conclusiones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la sociedad GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S. A. S., por una parte, y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S. A., de la otra, derivadas del Contrato de obra pública No. IDU 137 de 2007, celebrado el 28 de diciembre de 2007 entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la Unión Temporal Transvial y cedido por esta último al GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S. A. S. el 17 de febrero de 2010, de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar probada la tacha del testimonio de la abogada Jhuliana Andrea Sarmiento García, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEGUNDO. Declarar, de oficio, la nulidad absoluta del Contrato No. IDU 137 de 2007 suscrito el 28 de diciembre de 2007 y, consecuencialmente de los siguientes documentos: Otrosí N° 1 de 16 de septiembre de 2008; Otrosí N° 2 de 16 de octubre de 2008; Otrosí N° 3 de 29 de diciembre de 2008; Otrosí N° 4 de 7 de julio de 2009; Otrosí N° 5 de 3 de marzo de 2010; Otrosí N° 6 de 4 de marzo de 2010; Otrosí N° 7 de 9 de abril de 2010; Otrosí N° 8 de 19 de mayo de 2010; Otrosí N° 9 de 25 de agosto de 2010; Otrosí N° 10 de 14 de octubre de 2010; Contrato Adicional N° 1 de 18 de noviembre de 2009; Adición N° 2 de 13 de agosto de 2010; Adición N° 3 de 15 de octubre de 2010; Adición N° 4 de 21 de febrero de 2011, Adición N° 4 de 18 de julio de 2011, que se aclara que corresponde a la Adición N° 5, y Adición N° 6 de 11 de noviembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO. Negar las pretensiones declarativas de la demanda de la Primera a la Vigésima y las pretensiones Primera y Segunda de Condena, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato IDU 137 de 2007, sus Otrosíes y Adiciones, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

CUARTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU pagar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S. A. S., como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato No. IDU 137 de 2007, sus Otrosíes y adiciones, y por concepto de restitución de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha del presente Laudo en beneficio del IDU, dentro de los 3 días siguientes a su ejecutoria, las siguientes sumas de dinero:

4.1. Por Factores de Contingencia F1 y F2 la suma de TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.337.857.328).

(...)

QUINTO. Negar la declaración solicitada en la pretensión Tercera de condena relacionada con gastos, agencias en derecho y costas, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEXTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU reembolsar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S. A. S., los valores que esta última parte consignó por cuenta de la primera por expensas y honorarios del Tribunal pendientes de reembolsar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

SÉPTIMO. Denegar cualquier otra pretensión de la demanda, distinta a las anteriormente resueltas. (...)"

2. Análisis probatorio.

En el contrato de obra 137 de 2007 las partes pactaron **cláusula compromisoria** del siguiente tenor (1.2):

"CLÁUSULA 21. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

(...)

21.3. Arbitramento.

Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo. En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Directos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes. (...)"

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 15.4 (1.2), modificada por el Otrosí No. 2 (1.3) del mismo contrato de obra, donde las partes convinieron que "En ningún caso las controversias sobre multas serán sometidas a Tribunal de Arbitramento".

Dicho lo anterior, procede esta Sala de decisión a determinar si es competente para emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto o si es la justicia arbitral la llamada a dirimir la controversia.

Primero. A pesar de que mediante laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró la nulidad absoluta del contrato No. IDU-137 de 2007, así como de sus adiciones y otrosíes (1.11), la cláusula compromisoria pactada en dicho contrato estatal tiene plena validez y aplicación pues la misma es autónoma respecto de la existencia y legalidad del contrato del que hiciera parte (Art. 118 del Decreto 1919 de 1998)⁴¹.

Segundo. Dicha estipulación contractual no es otra cosa que un pacto arbitral, el cual consiste en un acuerdo de voluntades donde las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de árbitros, quienes se encuentran transitoriamente investidos de la función de administrar justicia (artículo 116 de la C.P.), para proferir una decisión que se denomina laudo arbitral y que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial (artículo 111 de la Ley 446 de 1998).

Tercero. Es claro que la voluntad expresada por los contratantes estuvo encaminada a que fuera un tribunal de arbitramento el que decidiera las diferencias suscitadas en relación con dicho contrato (cláusula 21), con excepción de las controversias relativas a la imposición de multas al contratista (cláusula 15.4 y otrosí No. 2).

Cuarto. En el sub-lite la controversia que se suscita tiene origen en la expedición de las Resoluciones Nos. 889 del 26 de marzo y 2337 del 28 de julio de 2010 mediante las cuales se declaró el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 y se hizo efectiva la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. (1.9 y 1.10). También en el presunto incumplimiento contractual del IDU respecto de las obligaciones contraídas en el señalado acuerdo de voluntades.

En relación con los actos administrativos atacados, destaca la Sala que no se trata de manifestaciones unilaterales de la administración donde se imponga multa al contratista (excepción a la aplicación de la cláusula compromisoria pactada por las partes), así como tampoco se trata de actos jurídicos donde se ejerzan potestades exorbitantes (excepción a la competencia de la justicia arbitral establecida por la Corte Constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa).

Recuerda la Sala que las prerrogativas y potestades de la administración para asegurar el cumplimiento contractual e impedir la paralización del servicio (Arts. 4 y 5 de la Ley 80 de 1993) pueden provenir de tres tipos de cláusulas distintas: i) las cláusulas excepcionales o exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; ii) las llamadas cláusulas de privilegio contenidas en las cláusulas de reversión y en la efectividad de las garantías previstas para ciertos tipos contractuales, las cuales pueden ser exigidas declarados los siniestros correspondientes y iii) las cláusulas especiales surgidas de la voluntad de las partes, como es el caso de las multas y cláusulas penales pecuniarias. Si bien es cierto que dichas cláusulas otorgan facultades de dirección y control al Estado, no necesariamente implican el ejercicio de una potestad sancionatoria⁴².

⁴¹ Norma vigente para el momento en que se pactó la cláusula compromisoria.

⁴² Respecto a la declaratoria del siniestro por mal manejo e incorrecta inversión del anticipo señaló el Consejo de Estado que no se trata de una decisión sancionatoria, sino del ejercicio de una potestad legal de la administración ante la ocurrencia de un riesgo amparado en un contrato

Revisado el contrato de obra No. IDU-137 de 2007 advierte la Sala que las partes pactaron potestades en cabeza del IDU de las tres clases:

- a. Cláusulas exorbitantes de caducidad (cláusula 16), terminación unilateral (cláusula 17), modificación unilateral (cláusula 18) e interpretación unilateral (cláusula 19).
- b. Cláusulas de privilegio por la constitución de garantías de cumplimiento donde se incluyó el "Amparo del buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo" (cláusula 7.1.1.) y,
- c. Cláusulas surgidas por voluntad de las partes consistentes en multas (cláusula 15) y cláusula penal pecuniaria (cláusula 26). Las primeras, cuando se esté ante tres causales: i) el incumplimiento en la entrega de garantías (15.1), ii) el incumplimiento de obligaciones ambientales, gestión social y plan de manejo de tránsito (15.2) y iii) el incumplimiento del cronograma (15.3).

Luego, no cabe duda de que los actos administrativos objeto del litigio se ubican en el segundo tipo y, por ende, no están exentos de la voluntad inequívoca y expresa de las partes de someter el conocimiento de las controversias que surgieran por su expedición, a la justicia arbitral.

La declaratoria del siniestro por indebido manejo e incorrecta inversión del anticipo es una "facultad especial consagrada en la Ley que no es más que un privilegio del que goza la administración"⁴³, por lo que no puede confundirse con el ejercicio de los poderes exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ni mucho menos con la imposición de multas acordadas en el contrato estatal, las cuales procedían por las causales específicas establecidas en la cláusula 15 del acuerdo de voluntades.

Además, como se reitera, aunque la justicia arbitral no puede emitir pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, así como tampoco realizar el examen de los mismos bajo los cargos de nulidad previstos en el artículo 84 del CCA, lo cierto es que sí tiene competencia para controlar la decisión de la administración y modificar o confirmar los efectos económicos de dichos actos, cuando por voluntad de las partes se hayan sometido dichas controversias a su jurisdicción.

Tampoco advierte esta Corporación algún tipo de limitación legal o contractual al conocimiento de la justicia arbitral respecto del presunto incumplimiento contractual del IDU, con lo cual se concluye que se trata de un asunto que puede ser resuelto por árbitros.

Quinto. Que se trata de un proceso judicial presentado antes de la entrada en vigor de la Ley 1563 de 2012, con lo cual es improcedente otorgar validez a la renuncia tácita a la

de seguro. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Marta Nubia Velásquez Rico. Providencia del 5 de julio de 2018. Rad. No. 52001-23-31-000-2021-00389-01(52495).

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Providencia del 23 de junio de 2010. Rad. No. 25000-23-26-000-1995-00864-01(16494): "Así, puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración. Se aclara, entonces, que no es cierto lo expresado por el apelante, en el sentido de que el Tribunal consideró que las facultades exorbitantes de la Administración no son taxativas. Es evidente que las mismas no son facultades exorbitantes, sino prerrogativas de poder público (...)".

cláusula compromisoria pactada por las partes en el contrato estatal, de conformidad con la sentencia de unificación del pasado 18 de abril de 2013.

Además, la referida sentencia de unificación se profirió antes de que las partes contestaran la demanda, esto es, antes de que se trabara el litigio y, por supuesto, antes de que se reformara la demanda.

Así entonces, advierte esta Subsección que esta jurisdicción no puede conocer del presente asunto, pues la competencia está reservada al Tribunal de Arbitramento.

Sobre el particular la Sala resalta dos aspectos relevantes. En primer lugar, se destaca que respecto al contrato objeto de litigio ya se han conformado varios Tribunales de Arbitramento que han ratificado su competencia para conocer del asunto y han resuelto de fondo sobre las pretensiones correspondientes. Y, en segundo lugar, que esta misma Corporación ya estableció su falta de jurisdicción y competencia para conocer de las controversias contractuales que surgieran en virtud de la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007⁴⁴, por lo que debe darse aplicación al precedente horizontal que resulta vinculante.

Ahora, careciendo de jurisdicción para conocer del asunto lo procedente es declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenar remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el objeto de que la parte interesada presente la respectiva solicitud y se disponga, por lo tanto, la conformación del mencionado Tribunal Arbitral, para lo cual debe observarse lo dispuesto en la cláusula compromisoria y en los artículos 118 y 119 de la Ley 446 de 1998, de modo que, para todos los efectos legales, se tenga en cuenta la presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 25 de mayo de 2011, tal como lo dispone el cuarto inciso del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia, por falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre las partes, con ocasión del contrato de obra No. IDU-137 de 2007.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **REMITIR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, 25 de mayo de 2011.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

⁴⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C. MP: José Éver Muñoz Barrera. Sentencia del 4 de noviembre de 2021. Rad. No. 25000-23-26-000-2012-00580-00(21112532).

