



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	25000-23-26-000-2012-00580-00
Sentencia	SC3-21112532 Aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 129
Acción	Controversias Contractuales
Demandante	Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera del fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial, Inversuma Inc. Y Credifactor S.A. en liquidación
Demandado	IDU, Transmilenio S.A. y otros
Tema	Falta de jurisdicción por cláusula compromisoria pactada en contrato celebrado en 2007 y proceso adelantado en el 2012. // Improcedencia de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en los procesos iniciados con anterioridad a la Ley 1563 de 2012, conforme a sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 18 de abril de 2013. // Sentencia de unificación proferida antes de que las partes contestaran la demanda inicial, esto es, antes de que se trabara el litigio y antes de que se reformara la demanda. // No hay postura unificada en el Consejo de Estado acerca de la aplicación de la referida sentencia de unificación. El único precedente vinculante es la sentencia de unificación. // Precedente horizontal.

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

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 25 de enero de 2012 se presentó solicitud de conciliación prejudicial. El 6 de marzo de 2012 se adelantó la audiencia de conciliación que se declaró fallida, por lo que el mismo día se emitió la constancia correspondiente.

El 27 de marzo de 2012, la Fiduciaria de Occidente S.A., como 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., Grupo empresarial Vías de Bogotá S.A.S., Unión Temporal Transvial (i. Megaproyectos S.A.; ii. Maquinaria, Ingeniería y Construcción S.A.S. – Mainco, iii. Bitácora Soluciones Compañía Limitada en liquidación judicial y iv. Translogistic S.A. en liquidación judicial). La parte actora solicitó en la demanda inicial y en la reforma a la misma, lo siguiente:

1. Pretensiones declarativas:

- 1.1. Que se declare que el IDU y/o Transmilenio y/o Grupo Empresarial Vías de Bogotá y/o UT Transvial y/o Megaproyectos y/o Mainco y/o Bitácora y/o Translogistic, causaron un daño antijurídico a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, y que se encuentran obligados a indemnizarlo.

1.2. Pretensiones subsidiarias a la 1.1:

- 1.2.1.** Que se declare que los derechos económicos derivados del contrato de obra No. IDU-137 de 2007, cedidos por la UT Transvial a favor de la Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial, son todos aquellos provenientes de la ejecución del contrato de obra.
- 1.2.2.** Que se declare que la cesión del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 por parte de la UT Transvial a favor del Grupo Empresarial Vías de Bogotá, no incluyó los derechos económicos del mismo, por cuanto había sido cedidos con anterioridad a la Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial.
- 1.2.3.** Que se declare que el IDU y/o Transmilenio y/o Grupo Empresarial Vías de Bogotá y/o UT Transvial y/o Megaproyectos y/o Mainco y/o Bitácora y/o Translogistic causaron un perjuicio patrimonial a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversima en una suma equivalente a todos los pagos realizados por el IDU y/o Transmilenio a favor del Grupo Empresarial Vías de Bogotá, con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 o que de cualquier manera se deriven de la ejecución de la obra, hasta concurrencia del saldo insoluto de las unas de dinero de las que Inversuma y Credifactor son beneficiarios del patrimonio autónomo No. 3-4-2012 UT Transvial, según como resulte probado en este proceso.
- 1.2.4.** Que como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que el IDU y/o Transmilenio y/o Grupo Empresarial Vías de Bogotá y/o UT Transvial y/o Megaproyectos y/o Mainco y/o Bitácora y/o Translogistic deben indemnizar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o Credifactor y/o a Inversuma, en una suma equivalente a todos los pagos realizados por el IDU y/o Transmilenio a favor del Grupo Empresarial Vías de Bogotá, con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 o que de cualquier manera se deriven de la ejecución de la obra, hasta concurrencia del saldo insoluto de las sumas de dinero de las que Inversuma y Credifactor son beneficiarios del patrimonio autónomo No. 3-4-2012 UT Transvial, según como resulta probado en este proceso.

2. Pretensiones de condena:

- 2.1.** Que se condene al IDU y/o Transmilenio y/o Grupo Empresarial Vías de Bogotá y/o UT Transvial y/o Megaproyectos y/o Mainco y/o Bitácora y/o Translogistic a indemnizar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, según como se pruebe en el proceso.
- 2.2.** Que en el evento de accederse a la pretensión 1.2.4, se condene al IDU y/o Transmilenio y/o Grupo Empresarial Vías de Bogotá y/o UT Transvial y/o Megaproyectos y/o Mainco y/o Bitácora y/o Translogistic a pagar a favor de la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o Credifactor y/o Inversuma, una suma equivalente a todos los pagos realizados por el IDU y/o Transmilenio a favor del Grupo Empresarial Vías de Bogotá, con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. IDU-137 de 2007 o que de cualquier manera se

deriven de la ejecución e la obra, hasta concurrencia del saldo insoluto de las sumas de dinero de las que Inversuma y Credifactor son beneficiarios del patrimonio autónomo No. 3-4-2012 UT Transvial, según como resulte probado en este proceso.

- 2.3.** Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o Credifactor y/o a Inversuma, todas las sumas de dinero a las que haya lugar, debidamente actualizadas.
- 2.4.** Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, intereses moratorios a la tasa más alta aplicable legalmente, sobre todas las sumas líquidas actualizadas objeto de condena, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la misma y hasta la fecha de la sentencia.
 - 2.4.1.** Pretensión subsidiaria a la 2.4: Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, intereses moratorios sobre todas las sumas líquidas actualizadas objeto de condena, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la misma y hasta la fecha de presentación de la demanda.
 - 2.4.1.1.** Pretensión subsidiaria a la 2.4.1: Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993 sobre todas las sumas líquidas actualizadas objeto de condena, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la misma y hasta la fecha de la sentencia.
 - 2.4.1.2.** Pretensión subsidiaria a la 2.4.1.1: Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o Credifactor y/o a Inversuma, intereses moratorios o remuneratorios según sea el caso a la tasa que su señoría establezca sobre todas las sumas objeto de condena, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la misma y hasta la fecha de la sentencia, o desde cuando su señoría considere que éstos se deben causar conforme a lo que se pruebe en este proceso.
- 2.5.** Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o a Credifactor y/o a Inversuma, intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha de la sentencia y hasta su pago efectivo.
- 2.6.** Que en caso de ser condenado el IDU y/o Transmilenio S.A. se les condene a dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del CCA.

- 2.7.** Que se condene a los demandados que resulten vencidos en este proceso, a pagar a la Fiduciaria de Occidente como vocera del Fideicomiso 3-4-2012 UT Transvial y/o Credifactor y/o a Inversuma las costas del presente proceso, así como las agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que 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.

Posteriormente, la Unión Temporal Transvial¹ celebró con el IDU el contrato de obra No. 137 de 2007. Este contrato también lo suscribió Transmilenio, en calidad de pagador de las obligaciones dinerarias. El objeto de tal contrato era ejecutar la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán) 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.

En las cláusulas novena y décima del contrato de obra, Transmilenio se obligó siempre que mediara solicitud escrita, previa y expresa del IDU, a pagar al contratista el valor del contrato así: un anticipo del 30% del valor del contrato de obra descontando el valor global del mantenimiento y el monto de ajustes establecidos en el numeral 10.1 del contrato y el 70% restante mediante a) actas mensuales de pago de obra bajo la modalidad de pago por precios unitarios y b) actas semestrales de mantenimiento.

En el contrato de obra se estableció en la cláusula 29.2:

Cesión por parte del contratista. El contratista sólo podrá ceder el presente contrato con la previa, expresa y escrita autorización del IDU. En el caso de que esta autorización se obtenga, el cedente en todo caso, seguirá respondiendo solidariamente, conjuntamente con el cesionario, por las obligaciones emanadas del contrato.

Por su parte, el 14 de abril de 2008 los integrantes de la Unión Temporal Transvial, en calidad de fideicomitentes, celebraron el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pago y pagos No. 3-4-2012 con la Fiduciaria de Occidente S.A.

Este contrato de fiducia mercantil se celebró como mecanismo para financiar la ejecución del contrato de obra. Tal mecanismo consistía en constituir un patrimonio autónomo al que se transferían los recursos de los pagos a los que tenía derecho la unión temporal como contraprestación de sus servicios, y con ellos se garantizaba el pago de los créditos que los integrantes de la unión temporal adquirieron para la ejecución del proyecto. Para ello, los integrantes de la unión temporal cedieron al fideicomiso los derechos económicos que tenían en el contrato de obra celebrado con el IDU.

¹ 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.

La cesión y transferencia de los derechos económicos del contrato de obra al patrimonio autónomo fue comunicado al IDU, entidad que lo aceptó expresamente mediante comunicación del 19 de julio de 2008.

Así las cosas, EFG Bank prestó dinero a favor del patrimonio autónomo antes mencionado. En su momento, Inversuma se subrogó en los derechos del EFG Bank, adquiriendo la calidad de acreedor del patrimonio autónomo.

También, Credifactor prestó dinero a favor del patrimonio autónomo, los cuales fueron amparados con certificados fuente de pago expedidos por el Fideicomiso, adquiriendo la calidad de acreedor del patrimonio autónomo.

No obstante lo anterior, el 16 de febrero de 2010 el IDU aceptó la cesión del contrato de obra que la Unión Temporal Transvial hizo al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

En criterio de la parte actora, el IDU no debió aceptar esta segunda cesión de derechos fiduciarios porque ello hizo que se desconociera la primera cesión en la que se habían entregado los derechos económicos al fideicomiso y porque tal situación hizo que los acreedores de los miembros de la UT se quedaran sin garantía dentro del fideicomiso.

A partir de la aceptación de la cesión del contrato al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S., el IDU y Transmilenio dejaron de realizar pagos al Fideicomiso y empezaron a realizarlos al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

Como consecuencia de lo anterior, con corte a 30 de junio de 2011, el patrimonio autónomo y sus fideicomitentes en forma directa, debían las siguientes sumas de dinero:

- A Credifactor S.A. la suma de \$35.981'390.958, más los intereses correspondientes.
- A Inversuma Inc la suma de \$33.755'015.117,99 más los intereses correspondientes.

Con ocasión de las deudas impagadas por parte de los miembros de la Unión Temporal Transvial y deudores solidarios, Credifactor S.A. e Inversuma Inc presentaron sus créditos dentro de los procesos de liquidación de las siguientes sociedades:

- Translogistic S.A. en liquidación. NIT 830110839. Expediente: 62631.
- Bitacora Soluciones Compañía LTDA. NIT 830059379. Expediente: 62630.
- Ponce de Leon & Asociados S.A. Ingenieros Consultores. NIT 800202371. Expediente: 32113.
- Aguas Kpital S.A. E.S.P. NIT 830112456. Expediente: 67738.

Por su parte, la Fiduciaria, como vocera del fideicomiso 3.4.2012 UT Transvial, presentó solicitudes de reconocimiento del crédito en los siguientes procesos concursales:

- Translogistic S.A. en liquidación. NIT 830110839. Expediente: 62631.
- Bitacora Soluciones Compañía LTDA. NIT 830059379. Expediente: 62630.

El 11 de marzo de 2013, Megaproyectos S.A. en proceso de reorganización e Inversiones Borealis S.A.S., por una parte y, por otra parte, Credifactor S.A. en liquidación e Inversuma Inc por otra parte, suscribieron un contrato de transacción, mediante el cual Inversiones Borealis S.A.S. se comprometió a pagar a Credifactor S.A. en liquidación y a Inversuma Inc, \$25.000'000.000. En el mismo contrato de transacción se aclaró que se trataba de un pago parcial del crédito y que las acreedoras se reservaban el derecho de perseguir el pago total

de la deuda por los demás deudores solidarios diferentes a Megaproyectos, en acciones y procesos diferentes al de reorganización en el que estaba incurso dicha sociedad.

Por último, la parte actora puso de presente que mediante laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013 se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato de obra 137 de 2007 por objeto ilícito por haberse celebrado contra expresa prohibición legal, con fundamento en la condena impuesta a Inocencio Meléndez Julio dentro de proceso penal, por el delito de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

3. Actuación procesal.

El 27 de marzo se presentó la demanda. El 28 de marzo de 2012 se repartió el proceso al Despacho del Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, Subsección A, Sección Tercera de esta Corporación. El 13 de julio de 2012 se remitió el proceso al Despacho del Magistrado Ponente, que en su momento era de descongestión.

El 11 de diciembre de 2012 se admitió la demanda.

El 6 de septiembre de 2013 la ex liquidadora y representante legal de Translogistic S.A. informó que dicha sociedad había sido disuelta y liquidada desde el 21 de febrero de 2013.

El 9 de diciembre de 2013 se profirió laudo arbitral 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 137 de 2007.

Transmilenio S.A. contestó la demanda el 27 de febrero de 2014. El 28 de febrero de 2014 Megaproyectos S.A. en reorganización contestó la demanda.

El 28 de febrero de 2014 la parte actora reformó su demanda. El 1 de julio de 2014 se admitió la reforma a la demanda.

El 28 de abril de 2017 se profirió laudo arbitral dentro de un nuevo proceso adelantado por el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. contra el IDU y Transmilenio S.A., en el que se negaron todas las pretensiones.

El 18 de noviembre de 2019 la sociedad Maquinaria, Ingeniería y Construcción S.A.S. – Mainco S.A.S. contestó la demanda. El 26 de noviembre de 2019 Transmilenio S.A., el Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. y la sociedad Megaproyectos S.A. en reorganización contestaron la demanda. El 29 de noviembre de 2019 el IDU contestó la demanda.

El 29 de mayo de 2020 se decretaron las pruebas en este proceso. El 2 de agosto de 2021 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador para emitir concepto. El 12 de agosto de 2021 Transmilenio S.A. presentó alegatos. El 18 de agosto de 2021 la parte actora y el IDU alegaron de conclusión. El Procurador no emitió concepto.

3.- Contestación de la demanda.

3.1. La sociedad Maquinaria, Ingeniería y Construcción S.A.S. – Mainco S.A.S. contestó la demanda.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Señaló que el IDU era el encargado de realizar los correspondientes pagos y fue el IDU el que dejó de realizarlos al fideicomiso constituido por los contratistas, para empezar a realizarlos a la sociedad Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

3.2. Transmilenio S.A. contestó la demanda.

Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda.

En primer lugar alegó **falta de legitimación en la causa por pasiva de Transmilenio S.A.** pues no era parte contractual del contrato cuyo incumplimiento pretende que se declare e indemnice. El contrato de obra No. 137 de 2007 fue suscrito por el IDU con la unión temporal Transvial. Transmilenio S.A. sólo concurrió como pagador en sede administrativa. Insistió en que cada pago se hacía "siempre y cuando mediara solicitud escrita, previa y expresa del IDU".

Explicó que Transmilenio no participó en la constitución del patrimonio autónomo ni en la cesión de derechos económicos que los integrantes de la unión temporal hicieran a dicho patrimonio autónomo. Y que nunca se le notificó de tal cesión de derechos. A la única entidad a la que se le notificó fue al IDU.

En segundo lugar señaló que **no era procedente ninguna acción contractual** en relación con el contrato No. 137 de 2007 y la cesión del mismo pues ambos eran inexistentes, en tanto habían desaparecido del ámbito jurídico cuando el Tribunal de Arbitramento declaró su nulidad, mediante laudo del 9 de diciembre de 2013.

Finalmente, propuso la excepción genérica solicitando al Tribunal declarar cualquier otra excepción que apareciera probada en el proceso.

3.3. Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. contestó la demanda.

Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda. Señaló que la cesión de derechos económicos a la que se refiere el demandante era sobre los derechos económicos activos o de cobro derivados de la ejecución del contrato y no respecto de derechos económicos futuros e inexistentes. Por lo que la obligación del IDU de pago era con quien iba a ejecutar las obras y quien por su ejecución tiene el derecho al cobro.

Señaló que el Tribunal debía inhibirse para conocer de fondo el asunto pues las pretensiones incoadas por el demandante no son las de una acción de controversia contractual, que fue la acción que se adelantó sino las de una reparación directa.

Finalmente, alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva pues no hizo parte del negocio fiduciario en el que participaron los integrantes de la unión temporal y no fue quien autorizó la cesión de derechos económicos de cobro de la UT.

3.4. Megaproyectos S.A. en reorganización contestó la demanda.

Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda por considerar que la demanda carecía de fundamento jurídico alguno.

3.5. El IDU contestó la demanda.

Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda. Indicó que la Unión Temporal con la que inicialmente se había contratado empezó a incurrir en diferentes incumplimientos, por lo que, para evitar la paralización de la obra o la declaratoria de caducidad del contrato, se autorizó la cesión del mismo al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. para que éste pudiera continuar ejecutando el contrato.

Resaltó que lo que cedió la unión temporal al Fideicomiso fueron los derechos económicos activos o de cobro, que se traducen en la remuneración a la que la unión temporal tenía derecho por los servicios efectivamente prestados. Luego, en el momento en que la unión temporal cede el contrato y es otra sociedad la que empieza a ejecutar el contrato, es a ésta a la que se le paga por los servicios prestados.

Propuso como excepción la inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues aunque lo que se había adelantado era una acción de controversias contractuales, las pretensiones obedecen a una reparación directa.

Y propuso la excepción genérica, solicitándole al Tribunal declarar cualquier otra excepción que estuviere probada en el proceso.

4.- Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

4.1. Parte actora alegó de conclusión.

Reiteró los antecedentes fácticos expuestos en la demanda y la reforma de la demanda. Consideró que debía accederse a las pretensiones impetradas dentro de la acción de controversias contractuales por estar acreditado el daño antijurídico, la imputación y el nexo de causalidad entre uno y otro.

Así, refirió que "el hecho generador del daño consiste en primer término en la aprobación de la cesión por parte del IDU como un acto al menos negligente, por tener pleno conocimiento de la imposibilidad de UT TRANSVIAL de disponer libremente del contrato de obra y de los derechos económicos emanados de él. En segundo lugar, el hecho generador del daño se concreta en la ejecución del contrato (una vez cedido y con posterioridad a que se cumpliera el término para "liberar los derechos económicos" sin que se cumpliera con ello) y en la realización de los pagos por el IDU a favor del GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S."

En cuanto a la imputación indicó lo siguiente:

En consecuencia, bajo este criterio se atribuye responsabilidad al IDU, desde cualquiera de las siguientes dos perspectivas:

1. En atención a la nulidad absoluta del contrato de obra que se produjo por un actuar antijurídico de la administración pública mediante un agente estatal, defraudando de esta manera la legítima confianza en que el desembolso de recursos por los prestamistas para financiar su obra pública estaría respaldado por dicho contrato.
2. En su rol como contratante y por ende conocedor de quien ostentaba la titularidad de los derechos económicos del contrato de obra, y a pesar de ello no advertir al GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTA ni a la UT TRANSVIAL sobre el cumplimiento de la cláusula quinta del contrato de cesión so pena de resolución del contrato, desviando así dineros que debía recibir la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., otorgándolos a GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTA S.A.S.

4.2. Transmilenio S.A. alegó de conclusión.

Insistió en que Transmilenio S.A. no había sido parte contractual y que únicamente actuó como pagador en los términos del Convenio interadministrativo 020 de 2001, a través del cual, se definió un esquema de cooperación interinstitucional para la contratación y pago de las inversiones requeridas para la ejecución de las obras de infraestructura física del Sistema Transmilenio, estableciendo la división de responsabilidades acorde con los roles de cada una de las entidades en las diferentes etapas de los procesos contractuales que se adelantarían para dicho efecto, correspondiéndole a Transmilenio la obligación de asumir "directa y únicamente la obligación de hacerlos pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley."

4.3. IDU alegó de conclusión.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

4.4. El Procurador 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 el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Precisiones 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 para el Sistema de Transmilenio.

Posteriormente, la Unión Temporal Transvial² celebró con el IDU el contrato de obra No. 137 de 2007. Este contrato también lo suscribió Transmilenio, en calidad de pagador de las obligaciones dinerarias.

El 14 de abril de 2008 los integrantes de la unión temporal Transvial, en calidad de fideicomitentes, celebraron el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pago y pagos No. 3-4-2012 con la Fiduciaria de Occidente S.A. Este contrato de fiducia mercantil se celebró como mecanismo para financiar la ejecución del contrato de obra. Tal mecanismo consistía en constituir un patrimonio autónomo al que se transferían los recursos de los pagos a los que tenía derecho la unión temporal como contraprestación de sus servicios, y con ellos se garantizaba el pago de los créditos que los integrantes de la unión temporal adquirieron para la ejecución del proyecto. Para ello, los integrantes de la unión temporal cedieron al fideicomiso que constituyeron los derechos económicos que tenían en el contrato de obra celebrado con el IDU.

La cesión y transferencia de los derechos económicos del contrato de obra al patrimonio autónomo fue comunicado al IDU, entidad que lo aceptó expresamente mediante comunicación del 19 de julio de 2008.

Así las cosas, varias entidades financieras le prestaron recursos a la unión temporal porque contaban con la garantía otorgada por el fideicomiso al que debían ingresar los recursos provenientes de los pagos realizados como contraprestación de los servicios prestados por la UT.

No obstante lo anterior, el 16 de febrero de 2010 el IDU aceptó la cesión del contrato de obra que la unión temporal Transvial hizo al Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S.

En criterio de la parte actora, el IDU no debió aceptar esta segunda cesión de derechos fiduciarios porque ello hizo que se desconociera la primera cesión en la que se habían entregado los derechos económicos al fideicomiso y porque tal situación hizo que los acreedores de los miembros de la UT se quedaran sin garantía dentro del fideicomiso.

Sin embargo, lo que consideran las entidades demandadas es que la cesión que se había hecho al fideicomiso era sobre los derechos económicos efectivos que tuviera la UT que no podía traducirse en otra cosa distinta a los recursos provenientes de los pagos a los que efectivamente tenía derecho la UT por la contraprestación de sus servicios. Pero, cuando la UT empezó a incurrir en incumplimientos graves del contrato y para evitar la paralización del mismo o la declaratoria de caducidad del contrato, debió cederlo a una persona jurídica para que esta continuara con la ejecución del contrato, es claro que la UT no tenía más derecho a contraprestación alguna pues no sería la que continuaba prestando los servicios.

Adicional a lo anterior, se pone de presente que en el contrato objeto de litigio, que fue cedido, se pactó la cláusula compromisoria y que respecto a tal negocio jurídico se han adelantado dos procesos de arbitramento. En el primero se declaró la nulidad del contrato objeto de litigio y en el segundo se negaron las pretensiones de la demanda.

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.

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, que fue objeto de cesión, 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. (...)

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 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. No habiendo acuerdo al respecto, no se constituye como 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.

Finalmente, la Sala aclara que ha seguido y 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.

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.

En segundo lugar, el artículo 2A del Decreto 2270 de 1989³, "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".

³ Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

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 arbitral⁴.

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 manifestó⁵:

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 2006⁶, 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 2008⁷, la Sección Tercera puntualizó:

(...) 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 implícitas⁸.

Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁹ 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

⁴ 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).

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 32.398.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 33.670.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P. Jorge Arango Mejía.

⁹ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

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-administrativa¹⁰, 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 escrito¹¹, 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"¹².

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.¹³

¹⁰ 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).

¹¹ 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).

¹² 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).

¹³ 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.

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.

14/15

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.

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"¹⁴.

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,

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral¹⁷ 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".

1.1.1.3. Postura unificada del Consejo de Estado acerca de la improcedencia de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria¹⁸.

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

¹⁷ En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, ver numeral 2.2 de esta providencia.

¹⁸ 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).

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 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 voluntad¹⁹, 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 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.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, 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

¹⁹ 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).

igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

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.

1.1.1.4.1. Pronunciamiento hecho en la misma sentencia de unificación²⁰.

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 (2012) 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 *súb judice* 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,

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).

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, ibídem), 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 aplicaba 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 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.

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	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO

GOMEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 41001-23-31-000- 1991 -05990-01(22508).	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)
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)	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)
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)	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)
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)	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)
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)	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)
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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).	
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).	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE 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)	
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación: 27001-23-31-000- 2007 -00084-01(39065)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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).	
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)	
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)	
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE 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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	
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)	

1.1.1.4.3. Precedente horizontal.

Finalmente, 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 2021.²¹
- Radicado 25000-23-26-000-2002-01794-01. Magistrado ponente: Dr. José Élvor Muñoz Barrera. Providencia del 21 de octubre de 2020.²²

²¹ 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 cláusula 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 cláusula compromisoria y, en consecuencia, se declaró la falta de jurisdicción para asumir el conocimiento del asunto.

²² 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

- Radicado 11001-33-31-031-2010-00259-01. Magistrado ponente: Dr. Fernando Iregui Camelo. Providencia del 25 de octubre de 2017.²³

1.1.2. Efectos de la declaratoria de nulidad del contrato.

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.

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 fallará 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.

²³ 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 2015²³, 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.

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. Contrato principal y accesorio.

Ahora, dado que el debate propuesto en este proceso surge a partir de la cesión de derechos económicos de un contrato estatal, es importante aclarar que la cesión de derechos es accesoria al contrato principal No. 137 de 2007 celebrado entre el IDU, Transmilenio y la unión temporal Transvial.

Así lo dispone el artículo 1499 del Código Civil:

ARTICULO 1499. <CONTRATO PRINCIPAL Y ACCESORIO>. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

Luego, hay lugar a la aplicación del principio general del derecho *accessorium sequitur principale*. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Que, para el caso que nos ocupa implica que la cláusula compromisoria pactada en el contrato estatal No. 137 de 2007 también abarca la cesión de derechos económicos que se hubiere hecho de tal negocio jurídico. Pues la cesión de manera alguna altera las condiciones del contrato principal.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

Habiendo hecho las anteriores precisiones, a continuación se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en el proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

1.1. Convenio interadministrativo No. 020 de 20 de septiembre de 2011 celebrado entre el IDU y Transmilenio S.A. (fl. 74 – 79, c. 3):

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: El objeto del presente convenio es definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema Transmilenio.

(...) CLÁUSULA SEGUNDA.- (...) 4. Transmilenio asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los

registros presupuestales que ordena la Ley. Únicamente para esos efectos, Transmilenio concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso se entiende y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer Transmilenio a los contratistas sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU.

(...) **CLÁUSULA SEXTA.- DURACIÓN:** El presente convenio tendrá una duración inicial de 6 años contados a partir de su suscripción. Vencido este primer término, se entenderá prorrogado de manera automática por periodos sucesivos de un (1) año, a menos que alguna de las partes manifieste a la otra su intención de no prorrogarlo, con una antelación no inferior a 30 días calendario a la fecha del vencimiento de cada plazo sucesivo.

1.2. Documento privado a través del cual se constituyó la unión temporal Transvial por 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. 13 – 20, c. 2):

(...) **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 LTDA	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. 137 celebrado entre el IDU, Transmilenio S.A. y la Unión Temporal Transvial, el 28 de diciembre de 2007 (fl. 23 – 48, c. 2):

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. (...)

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 9. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO.

9.1. Valor estimado del contrato. El valor estimado del contrato será hasta la suma de \$315.580'224.330 de diciembre de 2007, de acuerdo con la sumatoria de los subnumerales siguientes: (...)

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. (...)

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. (...)

CLÁUSULA 29. CESIÓN Y SUBCONTRATOS.

(...) 29.2. Cesión por parte del contratista.

El contratista sólo podrá ceder el presente contrato con la previa, expresa y escrita autorización del IDU. En el caso de que esta autorización se obtenga, el cedente en todo

caso, seguirá respondiendo solidariamente, conjuntamente con el cesionario, por las obligaciones emanadas del contrato.

1.4. Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pago y pagos No. 3-4-2012 celebrado entre los integrantes de la Unión Temporal Transvial como fideicomitentes y la Fiduciaria de Occidente S.A., el 14 de abril de 2008 (fl. 99 – 111, c. 2):

(...) 4.1. OBJETO Y FINALIDAD DEL CONTRATO: El presente contrato tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes que transfiera los fideicomitentes descritos en el numeral 5.1 del capítulo V del presente contrato para que la Fiduciaria, como vocera y administradora del mismo, los maneje, custodie y administre, invirtiendo los recursos dinerarios en la forma que se señala más adelante quedando facultada la fiduciaria para: (i) constituir un fondo fuente de pago en los términos y condiciones que se estipulan más adelante en el presente contrato para atender prioritariamente las obligaciones financieras a favor de los acreedores y a cargo del fideicomiso y/o los fideicomitentes y/o la UT Transvial, conjunta, individual o separadamente; (ii) efectuar los pagos que instruyan los fideicomitentes, con los excedentes de los recursos del fideicomiso, una vez realizadas las reservas necesarias para atender el pago del servicio de la deuda de las obligaciones financieras a favor de los acreedores; y (iii) restituir a título de devolución de aportes a los fideicomitentes los recursos remanentes, una vez realizados los pagos anteriormente mencionados.

(...) 5.1. BIENES DEL FIDEICOMISO: LOS FIDEICOMITENTES para el cumplimiento del objeto de este contrato, se obligan a transferir a la fiduciaria los siguientes bienes:

1. La suma de \$1.000.000 al momento de la suscripción del presente fideicomiso.
2. Los derechos económicos activos o de cobro derivados del contrato de obra exceptuándose los correspondientes al pago del anticipo.
3. Los demás bienes que aporten los fideicomitentes para el desarrollo del presente contrato. En caso de tratarse de recursos en efectivo los mismos serán consignados en las cuentas abiertas a nombre del fideicomiso.

PARAGRAFO PRIMERO.- Para la transferencia de los bienes descritos en el numeral 2 de que trata esta cláusula, los fideicomitentes se obligan a notificar al IDU y a Transmilenio S.A. con quien suscribieron el contrato de obra, la cesión de los citados derechos económicos derivados del contrato de obra, debiéndose obtener la aceptación del IDU y de Transmilenio S.A. sobre la misma, para que los recursos provenientes de tales derechos sean girados y/o consignados directamente en las cuentas del fideicomiso.

En el evento de presentarse incumplimiento derivado de los pagos del contrato de obra, los fideicomitentes deberán adicionar y sustituir a favor del fideicomiso, nuevos contratos que hayan suscrito los fideicomitentes y/o la UT Transvial con otras personas.

En consecuencia, la transferencia de los derechos económicos mencionada se perfecciona mediante la cesión en los términos del artículo 1959 y siguientes del Código Civil, la que se entiende realizada por la suscripción de este contrato y la notificación de la cesión que deberán efectuar los fideicomitentes, debiéndose obtener además la aceptación del contratante cedido y de Transmilenio S.A.

(...) 11.1. DURACIÓN: El presente contrato tendrá una duración igual a siete (7) años

contados a partir de la suscripción del mismo. No obstante, estará vigente siempre que existan obligaciones pendientes de pago contraídas por el fideicomiso, los fideicomitentes y/o la UT Transvial a favor de los acreedores, registrados como beneficiarios de la fuente de pago y siempre que existan bienes en el fideicomiso (...)

1.5. Oficio del 28 de abril de 2008 mediante el cual los integrantes de la Unión Temporal Transvial notifican al IDU de la cesión de derechos económicos realizada al fideicomiso constituido por ellos en la Fiduciaria de Occidente S.A. (fl. 117 – 119, c. 2).

1.6. Memorando del 4 de junio de 2008 en el que el IDU se pronuncia respecto a la cesión de derechos económicos hecha por los integrantes de la UT Transvial (fl. 121 – 124, c. 2):

(...) Así las cosas, en relación con la autorización establecida en el artículo 1960 del Código Civil, se considera al IDU como el deudor y por tanto es jurídicamente viable que la Dirección Técnica Financiera autorice la cesión de derechos económicos del contrato de obra No. IDU 137 de 2007 y ordene a Transmilenio S.A. el pago de las sumas correspondientes al cesionario, Fiduciaria de Occidente S.A., previa verificación en Tesorería de las medidas cautelares y/o otras cesiones de derechos que puedan recaer sobre las mismas sumas.

1.7. Aceptación del contrato de cesión de derechos económicos por parte del IDU, realizada el 19 de junio de 2008 (fl. 126, c. 2).

1.8. 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 137 de 2007 (CD, fl. 286A, c. 1):

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 VÍASBOGOTÁ 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, consecuentemente 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).
- 4.2. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$654'141.651,52).
- 4.3. Por actualización sobre la suma de \$31.337'857.328, a partir del 1° de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 17 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.
- 4.4. Por SISOMA y Tránsito la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.664'353.686).
- 4.5. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma DOSCIENTOS TRECE MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$213'129.132,92).
- 4.6. Por actualización sobre la suma de \$1.664'353.686, a partir del 1° de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 24 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.

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.

OCTAVO. Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

NOVENO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DÉCIMO. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente; a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado. Como consecuencia de la anterior decisión, se ordena a la parte convocante efectuar la contabilización del pago del saldo de los honorarios por el 50%, con fecha del día siguiente a la expedición del Laudo y, en consecuencia, expedir los respectivos certificados por las retenciones que se practicaron a los honorarios de los Árbitros y la Secretaria.

UNDÉCIMO. Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y una vez efectuada ésta devolver las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, si las hubiere, deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, el valor faltante deberá ser sufragado en un 50% por cada una de las partes.

DUODÉCIMO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, e informarle sobre la terminación del proceso y la escritura de protocolización del expediente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. La anterior de decisión se notificó en audiencia.

1.9. Laudo arbitral proferido el 28 de abril de 2017, 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 negaron todas las pretensiones (CD, fl. 685, c. 1):

2.1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su libelo demandatorio, en su versión reformada, en los siguientes términos:

A. DECLARATIVAS

PRIMERO: Que se **DECLARE** que el **IDU** y **TRANSMILENIO** realizaron un descuento de lo no debido sobre el pago parcial del Laudo Arbitral, realizado por el **IDU** y/o **TRANSMILENIO** por concepto del impuesto de guerra (regulado por el art. 6 de la ley 1106 de 2006 prorrogado mediante la ley 1430 de 2010) por un valor de MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA PESOS M/L (\$ 1.709.447.160) o la cifra mayor que se pruebe, con sus correspondientes actualizaciones e intereses que se causen y/oprueben.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se **DECLARE** que el **IDU** y **TRANSMILENIO** deben devolver al **GEV** las sumas anteriores, debidamente actualizadas y con sus correspondientes intereses de mora.

TERCERA: Que se **DECLARE** que el **IDU** y **TRANSMILENIO** realizaron un indebido descuento sobre los pagos realizados a **GEVB** durante la ejecución del **CONTRATO**, por concepto del impuesto de guerra (regulado por el art. 6 de la ley 1106 de 2006 prorrogado mediante la ley 1430 de 2010) por un valor de DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS M/L (18.855.653.605) o la cifra mayor que se pruebe, con sus correspondientes actualizaciones e intereses que se causen y/o aprueben, como quiera que el hecho generador no existe.

CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración se **DECLARE** que el **IDU** y **TRANSMILENIO** deben devolver al **GEVB** las sumas anteriores, debidamente actualizadas y con sus correspondientes intereses de mora.

QUINTA: Que se **DECLARE** respecto de las obras y actividades que a continuación se discriminan: (...)

(...)

3.2.2.3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL POR INEXISTENCIA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA DEBIDO A LA NULIDAD DEL CONTRATO No. 137 DE 2007.

Para resolver la excepción en cita, el Tribunal estima que resultan suficientemente claras y pertinentes las precisiones que al respecto consignó la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado en su sentencia de noviembre 29 de 2012²⁴ mediante la cual, con apoyo tanto en destacados pronunciamientos jurisprudenciales de esa misma Corporación y de la Corte

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en enero 28 de 2009. Radicación No. 11001-03-26-000-2007-00046-01; expediente No. 34239. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO–. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. –COVIANDES–.

Constitucional, como en autorizados desarrollos doctrinales, dejó sentado que la autonomía que caracteriza al pacto arbitral –del cual la cláusula compromisoria es una especie–, determina que ese acuerdo considerado accesorio no deba seguir, ni esté sometido a seguir, la suerte del Contrato principal del cual forma parte o en relación con el cual se ha perfeccionado, ello de conformidad con los siguientes términos:

“Asimismo, en el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 se consagró que la cláusula compromisoria es autónoma en relación con la existencia y la validez del contrato del cual forma parte²⁵. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(…). Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía –ciertamente, en forma válida– el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

“3. La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas. Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación,

²⁵ Sobre el tema de la autonomía de la cláusula arbitral ver: Soto Coaguila Carlos Alberto “La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la Experiencia Colombiana” en “Tratado de Derecho Arbitral – El Convenio Arbitral”, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Pontificia Universidad Javeriana- Ibáñez - Colección de Estudios, abril 25 de 2011, págs. 402 y ss.:

“La autonomía de la cláusula arbitral ha sido reconocida por las regulaciones jurídicas arbitrales internacionales desde su origen, pues esta independencia garantiza la viabilidad del procedimiento arbitral frente a los vicios contenidos en el contrato principal. Así esta posición ha sido asumida por los más conocidos reglamentos de los centros arbitrales, reconociendo ampliamente la validez y existencia del pacto arbitral con independencia del contrato principal. Dentro de dichas regulaciones resalto las siguientes: El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la establece en su artículo 6º(4); por su parte, el reglamento de la London of Arbitration (en adelante, ‘LCIA’), dispone la autonomía de la cláusula arbitral en su artículo 23.1º; otro ejemplo puede ser encontrado en Suiza, donde con el fin de promover el arbitraje institucional y de armonizar los reglamentos de arbitraje existentes, las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud y Zurich adoptaron un cuerpo único y uniforme de reglas, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

Por su parte, el artículo 6º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional contempla el principio de la cláusula arbitral.

La autonomía de la cláusula arbitral ha sido adoptada también por diversas legislaciones locales a nivel mundial. Así, lo podemos observar, entre otros, en los siguientes casos: Ley de Arbitraje de Perú, la cual a través del D. Leg. No 1071 de dicho país estableció en su artículo 41º la independencia de la cláusula arbitral; Holanda por su parte reguló este importante concepto en el Arbitration Act No. 1 de 1986 en su artículo 1053º contenido en el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil. De igual forma, la jurisprudencia francesa consagró dicho principio en sentencia del 7 de mayo de 1963; España, a través de la Ley 60 de 2003 acerca del arbitraje, lo contempló en su artículo 22º; en Inglaterra, el English Arbitration Act de 1996 estableció este principio en su artículo 7º; por último tenemos el caso colombiano cuya normatividad arbitral también ha reconocido el principio de la independencia de la cláusula arbitral en el artículo 116º de la Ley 446 de 1998, el cual fue después incorporado al Decreto 1818 en su artículo 118º.

“(…)”

En primer lugar, el artículo 118º del Decreto 1818 de 1998, que compila las normas aplicables al arbitramento en Colombia, contempla explícitamente la autonomía de la cláusula arbitral [párrafo del artículo].

De igual forma, la Ley 315 de 1996, que contiene las normas que regulan el arbitraje comercial internacional, en su artículo 2º otorga libertad a las partes para elegir la ley aplicable al arbitraje internacional.”

formulada por José Chillón Medinay José Merino Merchán, en su obra "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: "Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato."

"La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos.

"4. Importa resaltar que, tal como lo señalan los intervinientes, la posición asumida por el legislador en el párrafo acusado coincide con la regulación del tema en distintos documentos internacionales. Así, por ejemplo, el numeral 4 del artículo 8 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional –en vigor desde 1975 y modificado en 1988– precisa:

"Artículo 8. Efectos del convenio de arbitraje

"(...) 4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones."

Igualmente, los numerales 1 y 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en su versión de 1988, expresan:

"Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

"Artículo 21.

"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

"2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración de un contrato de arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria ..."

Asimismo, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, propuesta por el grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en inglés UNCITRAL -, y aprobada en 1985 por la misma CNUDMI, consagra en el numeral 1 del artículo 16:

"Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia.

"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria...".²⁶

"Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado respecto de la autonomía del pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria:

"Por lo demás, según los dictados del párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, tal como ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁷, como por la jurisprudencia de la Sección Tercera²⁸ del Consejo de Estado, se tiene que a partir de la referida autonomía que caracteriza a la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato del cual hace parte, los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el caso en que el contrato, sobre el cual deben fallar, sea nulo o inexistente, es decir que la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes.

"Lo anterior sirve para significar que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente"²⁹/³⁰.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-248 de abril 21 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 20 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reitera el criterio jurisprudencial contenido en el Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Entre otras, el auto de 14 de agosto de 2003, Exp. 24344, M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

²⁹ Cita del texto original transcrito "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez".

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en noviembre 29 de 2012. Radicación No. 11001-03-26-000-2010-00051-00; expediente No. 39332. Magistrado Ponente, doctor Hernán Andrade Rincón.

Al respecto cabe agregar que si bien el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 dejó de regir, lo cierto es que en la actualidad la aplicable en esa materia es la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley 1563, la cual en esencia mantiene el mismo alcance de la norma positiva que le sirvió al Consejo de Estado para efectuar los desarrollos jurisprudenciales que se dejan anotados e incluso resulta más clara al respecto.

Así reza el texto del referido artículo 5 de la Ley 1563 "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones":

ARTÍCULO 5o. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido. La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

A partir de la norma legal aludida y de los desarrollos jurisprudenciales que se dejan plasmados acerca de la autonomía que caracteriza al pacto arbitral, fuerza concluir que la declaratoria de nulidad del Contrato de Obra IDU No. 137 de 2007 mediante el Laudo arbitral de diciembre 9 de 2013, no significó la nulidad de la cláusula compromisoria incorporada en dicho negocio jurídico.

Así pues, no encuentra ahora el Tribunal que el pacto arbitral que sirvió de fundamento tanto para promover el proceso arbitral anterior, como para convocar e integrar el Tribunal de Arbitramento que ahora se pronuncia, haya desaparecido del mundo jurídico por razón de la aludida declaración de nulidad del mencionado Contrato de Obra No. 137 de 2007.

Se añade a lo anterior que por virtud de la cláusula compromisoria cuyo texto se dejó transcrito, los sujetos que concurren a la celebración y suscripción del citado Contrato de Obra IDU No. 137 de 2007 decidieron, de manera expresa, voluntaria e inequívoca, deferir a la justicia arbitral el conocimiento y la solución de las controversias que pudieren surgir entre ellas con ocasión, entre otras, de la **LIQUIDACIÓN** de ese Contrato, liquidación que pretendieron adoptar bilateralmente las Partes en enero 14 de 2015 –con posterioridad a la expedición del Laudo fechado en diciembre 9 de 2013– y en la cual se ubica el origen de las controversias que fueron sometidas a conocimiento del presente Tribunal de Arbitramento mediante la demanda arbitral que ahora se decide.

Las razones y los fundamentos que se dejan expuestos determinan que la excepción en estudio deba desestimarse y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del presente Laudo.

3.2.2.4.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

A pesar de las claras diferencias que el ordenamiento atribuye a las figuras de la Jurisdicción (*iuris dictio*, potestad para 'decir el Derecho' y/o para administrar justicia) y de la Competencia (entendida como la medida de la jurisdicción), las cuales han sido materia de

múltiples e importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, el Tribunal entiende que en esta oportunidad la excepción de "FALTA DE JURISDICCIÓN" tiene incidencia directa e inescindible sobre su COMPETENCIA, razón por la cual sin necesidad de realizar disquisiciones extensas o complejas acerca de los elementos y las características que permiten separarlas, procede a realizar el examen de la mencionada excepción, en los términos en que fue propuesta, dentro del capítulo encaminado a determinar si le asiste COMPETENCIA para conocer y resolver de fondo sobre el litigio que en esta ocasión se ha trabado.

Pues bien, dado que, como ya se ha indicado, las controversias que se han sometido a conocimiento del Tribunal encuentran su fuente en la que las Partes pretendieron tener como liquidación bilateral del Contrato de Obra IDU No. 137 de 2007, debe señalarse que carece de sustento la afirmación encaminada a sostener que tales controversias tendrían carácter extra-contractual por cuanto resultarían extrañas o ajenas a la relación negocial concluida entre dichas Partes y que, por tanto, estarían excluidas del pacto arbitral que fue convenido entre ellas.

La consecuencia obligada que se desprende de la circunstancia expuesta no puede ser otra que la de concluir acerca de la necesidad de desestimar la excepción en estudio, cuestión que así se declarará en la parte resolutive del presente Laudo. (...)

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias surgidas entre **GRUPO EMPRESARIAL VIAS BOGOTÁ S.A.S.**, en condición de Parte Convocante y como integrantes de la Parte Convocada el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y de la Ley, de manera unánime y acogiendo parcialmente en esta oportunidad el concepto de fondo rendido por el Ministerio Público,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, de conformidad con las razones y los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo, no le asiste competencia al Tribunal de Arbitramento para conocer de las PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA y CUARTA de la demanda arbitral, relacionadas con los descuentos aplicados en virtud del denominado "impuesto de guerra" a los pagos realizados por las Entidades Estatales Convocadas **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–** y/o **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

De la misma manera se declara que el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para conocer parcialmente de la PRETENSIÓN NOVENA en cuanto la misma se refiere de manera directa y expresa a las mencionadas PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA y CUARTA de la demanda arbitral.

SEGUNDO.- Declarar que, de conformidad con las razones y los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo, no le asiste competencia al Tribunal de

Arbitramento para conocer de la PRETENSIÓN OCTAVA relacionada con la existencia o inexistencia de las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual que ampararon el Contrato de ObraIDU – 137 de 2007.

TERCERO.- Declarar que no prosperan, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las excepciones formuladas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–**, de: “**1.- EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA**”; “**3.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL POR INEXISTENCIA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA DEBIDO A LA NULIDAD DEL CONTRATO No. 137 DE 2007**”; “**4.- FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**”, y “**5.- EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE**”.

CUARTO.- Declarar que no prosperan, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, las excepciones propuestas por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.**, bajo la denominación de: “**COSA JUZGADA**”; “**FALTA DE COMPETENCIA**” e “**INAPLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**”.

QUINTO.- Declarar impróspera la objeción que formuló la Entidad Estatal Convocada **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–** en relación con el dictamen pericial técnico rendido por el experto **JORGE TORRES LOZANO**.

SEXTO.- Denegar, por las razones y con apoyo en los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo, las PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA y DÉCIMA de la demanda arbitral.

Así mismo se deniega parcialmente la PRETENSIÓN NOVENA en cuanto se refiere, de manera expresa y directa, a la PRETENSIÓN QUINTA de la demanda arbitral.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de la declaración que antecede, el Tribunal se abstiene de resolver, por las razones y con apoyo en los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente Laudo, la “**EXCEPCIÓN DE PAGO**” propuesta por la Entidad Estatal Convocada **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–**.

OCTAVO.- Como consecuencia de la declaración consagrada en el numeral SEXTO de la Parte Resolutiva del presente Laudo, el Tribunal se abstiene de resolver, por las razones y con apoyo en los fundamentos expuestos en la parte motiva, la excepción denominada “**FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA EN LA DEMANDADA TRANSPORTES TRANSMILENIO S.A.**”, propuesta por la Entidad Estatal Convocada **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.**

NOVENO.- Condenar en costas a la Convocante **GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S.**, a favor de la Entidad Estatal Convocada **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–** por la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$368'000.000,00)**.

DÉCIMO.- Condenar en costas a la Convocante **GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S.**, a favor de la Entidad Estatal Convocada **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**, por la suma de **MIL SETECIENTOS**

**VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL PESOS
(\$1.725'408.000,oo).**

2. Análisis probatorio.

En el contrato de obra 137 de 2007, cuyos derechos económicos fueron cedidos al fideicomiso por el que ahora se demanda, las partes pactaron una cláusula del siguiente tenor (1.3):

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. (...)

Respecto a lo anterior, lo primero que aclara la Sala es que la cesión de los derechos económicos activos o de cobro derivados del contrato de obra es un contrato accesorio al contrato principal No. 137 de 2007, por lo que la cesión corre la misma suerte del contrato de obra principal.

Lo anterior quiere decir que la cláusula compromisoria pactada en el contrato de obra No. 137 de 2007 tiene plena aplicación y vinculación a la cesión de los derechos económicos que de dicho negocio jurídico se hiciera.

Así, dicha estipulación contractual no es otra cosa que un pacto arbitral, el cual consiste en un acuerdo de voluntades por el cual 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).

Así las cosas, 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, por lo que es evidente 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 resalta que respecto al contrato objeto de litigio ya se han conformado dos 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 aunque en el primer laudo arbitral se declaró la nulidad del contrato estatal en el que se había pactado la cláusula compromisoria, en el segundo laudo arbitral se aclaró que la nulidad del contrato no sacaba

del ámbito jurídico el pacto arbitral, por lo que el Tribunal de Arbitramento tenía competencia para conocer del asunto, como en efecto lo hizo.

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 27 de marzo de 2012, 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 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, 27 de marzo de 2012.

TERCERO: Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las partes **DEBERÁN** realizar las gestiones necesarias para integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y su posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.