

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Naturaleza – Objeto – Nulidad

De acuerdo con el artículo 14139 del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Obligaciones – Decisión amigable

Por su parte, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, vigente a la fecha en la que tuvo inicio el mecanismo de solución de controversias que aquí concierne y al momento en que se emitió la decisión del amigable componedor, esta última produce los efectos legales propios de un contrato de transacción, el cual, a su vez, es un modo de extinción de las obligaciones y tiene efecto de cosa juzgada en última instancia, al tenor de los artículos 1625 y 2483 del Código Civil. De igual modo, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, el artículo 224 del Decreto 1818 de 1998, que regía para la época en que se celebró el contrato de concesión, disponía en idéntico sentido, que “La decisión del amigable componedor producir[ía] los efectos legales relativos a la transacción”.

Siendo así, esto es, dado que no es un mecanismo de solución de controversias de carácter jurisdiccional, pues a su naturaleza es eminentemente contractual, la decisión adoptada por el amigable componedor, que se equipara a un contrato de transacción, no puede ser controvertida mediante los recursos ordinarios o extraordinarios que proceden contra las providencias judiciales, pero desde luego, como negocio jurídico que es, su validez puede ser cuestionada ante la jurisdicción a través de la acción, hoy medio de control, de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA.

ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES – Nulidad

ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

DECISIÓN AMIGABLE – Naturaleza – Modos – Obligaciones

[...]aspecto a sus efectos, la jurisprudencia de esta corporación⁷⁸ ha establecido que la decisión del amigable componedor es plenamente vinculante para las partes, de acuerdo con las siguientes consideraciones: i) el artículo 60 de la ley 1563 de 2012 prevé que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción; ii) la transacción, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1625 y 2483 del Código Civil, es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada, aun cuando la decisión no haya sido proferida por autoridad judicial; iii) el artículo 297.2 del CPACA, enlista, como título ejecutivo, las decisiones en firme proferidas en uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas se obligan, de manera clara, expresa y exigible, al pago de sumas de dinero; iv) en atención a la naturaleza del mecanismo, puesto que los compromisos son asumidos de forma voluntaria por las partes, quienes son los que facultan a un tercero para que decida el conflicto suscitado entre ellas. Esto, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, consignado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993; v) la decisión del amigable componedor no necesita de ratificación alguna por las partes contractuales para que resulte obligatoria para ellos, salvo que estos consideren que aquella se encuentra viciada de nulidad por el incumplimiento de los requisitos de existencia o validez de los actos”.

CONTRATO DE CONSECIÓN – Cláusula – Liquidación

La cláusula 36.5 del contrato de concesión previó expresamente la posibilidad de someter al amigable componedor la decisión sobre los montos de la liquidación del contrato en el evento en que las partes no se pusieran de acuerdo, por lo que no es cierto que la cláusula 37 haya limitado dicho mecanismo a controversias relativas a su ejecución.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–
Demandado: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA Y OTRO
Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: AMIGABLE COMPOSICIÓN – Naturaleza jurídica y concepto – tiene carácter contractual - no constituye una instancia jurisdiccional de solución de conflictos, ni un procedimiento judicial. MANDATO - Es un contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, por cuenta y riesgo de la primera - el amigable componedor es un mandatario con representación. FACULTADES DEL AMIGABLE COMPONEDOR — se desprenden de lo dispuesto por los mandantes - DECISIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR – produce los efectos de una transacción - tiene fuerza de cosa juzgada – la decisión del amigable componedor no es susceptible de ningún recurso procesal – puede cuestionarse su eficacia como acto jurídico - inoponibilidad del convenio de composición. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Se circunscribe a los aspectos o temas apelados.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de diciembre de 2003 el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO y la sociedad TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S. celebraron el contrato de concesión No. 242 de 2003, negocio jurídico en el que estipularon que cualquier conflicto derivado de aspectos financieros, técnicos y legales, o discrepancias que surgieran con ocasión de su ejecución, interpretación y/o liquidación serían dirimidas por un amigable componedor. El 18 de junio de 2013 las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato de concesión, mediante acta en la que Transmilenio consignó una salvedad respecto a su reclamación por sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra, entre otras.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

Como consecuencia de la salvedad mencionada, el concesionario convocó el mecanismo de la amigable composición, como resultado del cual el amigable componedor dirimió la controversia, reconociendo a favor de Transmilenio la suma de \$35.299.208.336.69, por concepto de mayor permanencia en obra durante la ejecución del contrato de concesión. El IDU demanda, de manera principal, la nulidad absoluta de la cláusula de amigable composición y, en forma subsidiaria, la nulidad absoluta del convenio de composición, así como también la devolución de lo que pagó en virtud de este último.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 16 de marzo de 2015¹, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, en adelante "IDU", mediante apoderado judicial y actuando en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda contra la sociedad TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S., en adelante "TRANSMILENIO", y la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, en lo sucesivo "LA UNIVERSIDAD".

1.2. En la demanda –subsanada²– la parte actora formuló las siguientes pretensiones, transcritas literalmente, incluso con eventuales errores:

"PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula 37 Contrato de Concesión No. 242 de 2003, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano, por violación del inciso primero del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL: Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos el convenio de composición suscrito por la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA el 17 de marzo de 2014.

PRETENSIONES DE CONDENA:

PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA: Que se condene a la SOCIEDAD TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S. y a LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, solidariamente, a devolver al Instituto de Desarrollo Urbano la suma de \$35.299.208.336.69 debidamente indexada, junto con pago de los intereses de Ley ordenados en los artículos 194 y subsiguientes del C.P.A.C.A.

PRETENSIÓN SEGUNDA DE CONDENA: Que se condene en costas y gastos procesales a los demandados.

En caso de que no prosperen las pretensiones declarativas principales, solicito amablemente, se declaren las siguientes...

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

¹ Samai, índice 17 (expediente digital).

² Folios 33 a 67, cuaderno 4 y 76 a 109, cuaderno 3



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

PRETENSIÓN PRIMERA DECLARATIVA SUBSIDIARIA: Que se declare la nulidad del convenio de composición suscrito por LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA el 17 de marzo de 2014, por falta de competencia temporal, material y por violación al derecho al debido proceso.

PRETENSIÓN SEGUNDA DECLARATIVA SUBSIDIARIA: Que como consecuencia de lo anterior se declare responsable a la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA de pagar la suma de \$35.299.208.336.69, debidamente indexada y con los intereses moratorios pactados en el contrato”.

1.3. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró hechos que se sintetizan a continuación:

1.3.1. Afirmó que el 19 de diciembre de 2003 el IDU y TRANSMILENIO suscribieron el contrato de concesión No. 242, cuyo objeto es el otorgamiento al concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo las obras necesarias, por una parte, para la adecuación de la Troncal NQS sector sur, en el tramo comprendido entre la Av. Ciudad de Villavicencio y el límite con el municipio de Soacha, incluyendo 4 ítems de obras de construcción identificados en el contrato; y, por otra parte, para la construcción y adecuación de la Estación de Cabecera y del Patio, incluyendo 3 ítems de obras de construcción identificados en el contrato.

1.3.2. Manifestó que durante la ejecución del contrato TRANSMILENIO solicitó el restablecimiento del equilibrio económico en varias oportunidades, solicitudes que el IDU negó.

1.3.3. Señaló que el 18 de junio de 2013 el IDU y TRANSMILENIO liquidaron de común acuerdo el contrato, consignándose por parte de este último algunas salvedades.

1.3.4. Expuso que, con posterioridad a la liquidación del contrato, TRANSMILENIO convocó el procedimiento de solución de controversias contractuales de la amigable composición, para que LA UNIVERSIDAD, en su calidad de amigable componedor, definiera la controversia contractual entre las partes del contrato de concesión relacionada con los mayores costos generados por la ampliación del plazo de ejecución de la etapa de construcción. Al respecto, agregó que en el escrito de convocatoria TRANSMILENIO incorporó pretensiones económicas en cuantía superior a \$57.000.000.000.

1.3.5. Indicó que el 3 de diciembre de 2013 se adelantó la audiencia de instalación de la amigable composición, oportunidad en la que, además de que el IDU dejó constancia de la improcedencia de dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos, con fundamento en la falta de competencia temporal de LA



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

UNIVERSIDAD y la ausencia de vinculación de Transmilenio S.A., se reconoció personería a los apoderados de las partes y se otorgaron 10 días hábiles al convocante para presentar sus alegatos.

1.3.6. Puso de presente que el 17 de diciembre de 2013, el convocante radicó sus alegatos, a propósito de lo cual adujo que del escrito de alegatos *“a juicio del amigable componedor se dio traslado al IDU el día 30 de diciembre de 2013, hecho que incumple, per se, los términos del contrato”*.

1.3.7. Anotó que el 17 de enero de 2014 el IDU respondió los alegatos del convocante, insistiendo en la falta de competencia de LA UNIVERSIDAD. Además, en la misma oportunidad se corrió traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, concediéndoles 10 días hábiles para que presentaran sus alegaciones, todo lo cual implicó que LA UNIVERSIDAD ampliara *motu proprio* el término para decidir.

1.3.8. Sostuvo que el amigable componedor solicitó documentos adicionales al convocante que fueron allegados por este el 18 de febrero de 2014 y que el IDU no tuvo la oportunidad de conocer.

1.3.9. Adujo que el amigable componedor manifestó que, en los términos de la cláusula 37 del contrato de concesión, era a partir del 19 de febrero de 2014 que se computaba el término para resolver la controversia.

1.3.10. Refirió que el 18 de marzo de 2014 fue decidida la controversia, lo que implicó que el amigable componedor incurriera *“en una extralimitación de sus funciones de carácter objetiva (falta de competencia por la asunción de funciones jurisdiccionales) y de carácter procesal (expiración del término para decidir)”*. De igual modo, sobre el particular refirió que la decisión del amigable componedor, además de ordenar el gasto de la entidad frente a un contrato ya terminado, reconoció a favor de la convocante la suma de 35.299.208.336,69.

1.3.11. Por último, precisó que el 3 de abril de 2014 TRANSMILENIO radicó ante el IDU una cuenta de cobro por la suma reconocida a favor de la convocante.

1.4. Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora planteó los siguientes argumentos:

1.4.1. Anotó que, con la liquidación del contrato de concesión de común acuerdo, las obligaciones emanadas del contrato y de sus acuerdos modificatorios *“cesaron*



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

su fuerza vinculante”, pues la liquidación “pone fin a toda obligación contractual nacida del contrato”, incluida, dentro de ellas, la de acudir a la amigable composición para dar solución a las controversias contractuales que surgieran durante la ejecución de aquel, situación que configura la falta de competencia del amigable componedor en este caso.

1.4.2. Igualmente, señaló que la materia objeto del asunto que TRANSMILENIO puso en conocimiento del amigable componedor extralimitaba las funciones de este, puesto que involucró peticiones declarativas, de condena, indemnizatorias y de responsabilidad que escapan de la órbita de dicho mecanismo de solución de conflictos, al ser del resorte exclusivo del juez.

En ese sentido, resaltó que las decisiones adoptadas por el amigable componedor no tienen carácter judicial y sólo obligan contractualmente, en el entendido de que equivalen a un negocio jurídico mediante el cual las partes del contrato asumen compromisos voluntarios, que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas. Además, añadió que, de acuerdo con la cláusula 37 del contrato de concesión, en la que las partes estipularon la amigable composición, aquellas acordaron que someterían “a la **precisión** del Amigable Composición diferencias relacionadas con la ejecución de este Contrato, salvo aquellas que surjan con ocasión de la expedición de actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa (...) Adicionalmente, definieron que el Amigable Componedor no tendrá competencia para **modificar** las cláusulas del Contrato, aunque sí para interpretarlas de ser necesario, caso en el cual **debe aplicar las reglas de interpretación de los contratos**, previstas en las normas vigentes. Como colorario de este punto -límites y competencia del Amigable Componedor- es claro que dentro del mandato otorgado (...) **no le es competente** lo siguiente:

1. Modificar o considerar inaplicables las cláusulas del Contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias.
2. Decidir sobre la pertinencia y la ilegalidad de las cláusulas del contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias.
3. Considerar como modificaciones del contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias, puntos de vista emitidos por funcionario alguno del IDU en relación con mejoramientos a futuro de la estructuración técnica del contrato y,
4. En general, pronunciarse sobre todo aquello distinto a precisar la forma en que deben cumplir las partes las obligaciones contraídas en el contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias”. (resaltado dentro del texto)

1.4.3. Adujo que la referida cláusula 37 del contrato de concesión está viciada de objeto ilícito al contrariar la norma vigente para el momento de celebración de dicho negocio, puesto que la amigable composición no procede frente a entidades públicas, conclusión que fundamentó, por una parte, en el contenido del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, que, en su criterio, derogó tácitamente lo dispuesto en el



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

artículo 68 de la Ley 80 de 1993, restringiendo el uso de dicho mecanismo únicamente a los particulares y, por otro lado, en el hecho de que la decisión adoptada por el amigable componedor no puede implicar una delegación a este que comprometa el manejo de los recursos públicos del IDU.

1.4.4. A su vez, manifestó que la decisión que adoptó el amigable componedor transgrede el debido proceso de la parte actora, puesto que en aquella se reconoce que el 18 de febrero de 2014 fueron recibidos documentos adicionales por parte de TRANSMILENIO, empresa que había convocado ese mecanismo de solución de conflictos, los cuales no fueron puestos en conocimiento del IDU y que influyeron en el sentido de la decisión, vulnerando así su derecho de defensa y contradicción.

1.4.5. Por último, resaltó que la decisión del amigable componedor transgrede el debido proceso y viola la cláusula del contrato de concesión en la que se estipuló la amigable composición, puesto que fue proferida cuando ya había vencido el término convenido para decidir. En efecto, en virtud del contenido de la cláusula del contrato, entre el 17 y el 31 de enero de 2014, TRANSMILENIO debió contestar la amigable composición y entre el 3 y el 28 de febrero de 2014 LA UNIVERSIDAD debió tomar una decisión. Asimismo, ninguna de las partes aceptó la ampliación del plazo que tenía el amigable componedor para solucionar el conflicto, por lo que no podía LA UNIVERSIDAD abrogarse la facultad de prorrogar el término para decidir.

2. Contestación de la demanda

2.1. Mediante auto de 1 de junio de 2015³ el Tribunal admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

2.2. El 31 de agosto de 2015 LA UNIVERSIDAD contestó⁴ la demanda, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones formuladas por la actora, alegando la falta de jurisdicción para conocer de pretensiones en contra de aquella, por ser una persona jurídica de carácter privado cuyas controversias son del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y no la contencioso administrativa; la caducidad de la acción contractual, dado que la demanda no se interpuso mientras estuvo vigente la concesión, en los términos del CPACA, sino cuando el contrato ya había sido liquidado de común acuerdo por las partes; y la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa institución educativa, puesto que no fue parte en el contrato de concesión del que surgieron las controversias que dieron lugar a la convocatoria de ese mecanismo de solución de conflictos.

³ Folios 116 a 118, cuaderno 3.

⁴ Folios 153 a 185, cuaderno 3.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

Además, esgrimió excepciones de fondo cuyo contenido se sintetiza a continuación:

(i) Con la demanda el IDU contraviene sus propios actos, por una parte, cuando luego de 12 años de perfeccionado el contrato persigue la nulidad absoluta de la cláusula 37, y, por otro lado, puesto que, no obstante que realizó de forma voluntaria el pago establecido en el convenio de composición suscrito por LA UNIVERSIDAD, en las pretensiones subsidiarias de la demanda persigue la nulidad del mismo.

(ii) Aun en el supuesto de que la decisión proferida por el panel de amigables componedores fuera extemporánea, ello no generaría su nulidad absoluta, sino su inoponibilidad a las partes, la cual no fue alegada por la actora y no puede ser decretada de oficio por el juez de conocimiento.

(iii) Teniendo en cuenta que las partes no pueden delegar en un tercero una atribución de la cual carecen, es claro que en el presente caso no existe prueba que desestime la capacidad de las partes al momento en que delegaron en LA UNIVERSIDAD la facultad para transigir y, por el contrario, dicha capacidad se ve reflejada en la validez del contrato de concesión en el que se incorporó la cláusula 37.

(iv) Existe consenso en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en cuanto a la viabilidad legal de pactar la amigable composición cuando una de las partes del contrato es una entidad estatal, lo que desvirtúa que esa circunstancia vicie el acuerdo de nulidad absoluta por objeto ilícito.

(v) La cláusula 36.5 del contrato de concesión previó expresamente la posibilidad de someter al amigable componedor la decisión sobre los montos de la liquidación del contrato en el evento en que las partes no se pusieran de acuerdo, por lo que no es cierto que la cláusula 37 haya limitado dicho mecanismo a controversias relativas a su ejecución.

(vi) La parte actora no se refiere a hechos ni soporta en argumentos jurídicos o pruebas la causa ilícita que alega en el presente caso, más allá de mencionarla conjuntamente con el objeto ilícito.

2.3. El 2 de septiembre de 2015 TRANSMILENIO contestó⁵ la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas en esta, alegando, inicialmente, la excepción

⁵ Folios. 210 a 237, cuaderno 3.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

previa de la caducidad del medio de control respecto de la pretensión de nulidad absoluta de la cláusula 37 del contrato. Sobre el particular, afirmó que, como el contrato de concesión se celebró el 19 de diciembre de 2003, la caducidad de la acción se rige por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, estatuto que previó un término máximo de 5 años siguientes al perfeccionamiento del contrato para demandar su nulidad absoluta, es decir que, en este caso, dicho término corrió en su integridad hasta diciembre de 2008 y la demanda se presentó 7 años más tarde.

En su escrito formuló excepciones de fondo, cuyo contenido se sintetiza a continuación:

(i) La amigable composición procede en los contratos estatales y no fue derogada por la Ley 446 de 1998, según lo reconoció el Consejo de Estado en sentencia de 15 de abril de 2015⁶, que prevalece, por tener los efectos de la cosa juzgada, sobre el concepto de la misma corporación del 13 de agosto de 2009⁷.

(ii) LA UNIVERSIDAD actuó dentro de los límites del mandato conferido por las partes en la cláusula 37 del contrato, circunscribiéndose al “*Reclamo 1*” de las salvedades del acta de liquidación bilateral, concerniente a la mayor permanencia en obra del contratista, lo cual tenía relación con hechos ocurridos durante la ejecución de la concesión, sin que se hubiera dispuesto que el conflicto debía ser resuelto durante esa misma etapa. Además, la decisión del amigable componedor se produjo dentro del plazo de 20 días hábiles previsto para el efecto, el cual corría desde el momento en que aquel tuvo en su poder la totalidad de los documentos necesarios para la resolución de la controversia sometida a su consideración. Finalmente, el amigable componedor no asumió funciones jurisdiccionales, sino que cumplió con el mandato que le habían otorgado las partes.

(iii) Aún en el hipotético caso de que el amigable componedor hubiera incurrido en una extralimitación de sus funciones, la misma quedó saneada con el cumplimiento y ratificación que hizo el IDU de la decisión de aquel, de manera libre, voluntaria, espontánea y sin salvedades, a través del pago que realizó el 7 de octubre de 2014.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 15 de abril de 2015 [Exp. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053)].

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de agosto de 2009 [Exp. 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952)].



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

(iv) El hecho de que el IDU cuestione el mecanismo de la amigable composición que incorporó en la minuta del contrato contraría el principio de la confianza legítima, puesto que incurre así en una conducta contraria a sus propios actos, máxime porque las partes ya habían acudido anteriormente a un procedimiento de amigable composición, el cual estuvo a cargo de la Universidad Santo Tomás de Aquino y frente al que el IDU no realizó ningún cuestionamiento.

3. Audiencia inicial y audiencia de pruebas

3.1. El 14 de enero de 2016⁸, 12 de septiembre de 2017⁹ y 13 de marzo de 2018¹⁰ se llevó a cabo la audiencia inicial, en el curso de la cual el Tribunal adelantó las etapas de saneamiento del proceso, excepciones previas¹¹, fijación del litigio¹², conciliación¹³, medidas cautelares¹⁴ y decreto de pruebas¹⁵.

⁸ Folios 270 a 277, cuaderno 2 principal.

⁹ Folios. 330 a 333, cuaderno 1 principal.

¹⁰ Folios 352 a 358, cuaderno 1 principal.

¹¹ En cuanto a las excepciones propuestas por las demandadas, se tiene lo siguiente: (i) la de falta de jurisdicción se declaró no probada y no fue recurrida; (ii) la de caducidad se declaró no probada respecto a las pretensiones de nulidad del convenio de composición y parcialmente probada en cuanto a la nulidad absoluta del contrato de concesión, decisión esta última que fue recurrida en apelación y que fue confirmada por el Consejo de Estado, mediante auto de 28 de noviembre de 2016 (Folios 281 a 290, cuaderno 1 principal); y (iii) la de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Universidad se declaró no probada solo en su dimensión de hecho, puesto que en su dimensión material el Tribunal manifestó que sería dilucidada en la sentencia, decisión que fue recurrida en apelación y que fue confirmada por el Consejo de Estado, mediante auto de 20 de noviembre de 2017 (Folios 337 a 342, cuaderno 1 principal).

¹² El Tribunal fijó el litigio en los siguientes términos: “1. Si las partes se encontraban o no facultadas por mandato legal para someter la solución de los conflictos derivados del contrato de concesión No. 242 de 2003 al trámite de amigable composición, precisando que se declaró la caducidad de la pretensión que pretendía obtener la nulidad de la cláusula del contrato que estableció la amigable composición // 2. Si el amigable componedor actuó sin competencia y con extralimitación de las funciones emanadas del contrato de mandato que se le otorgó al pactarse la cláusula de amigable composición, y si la decisión fue extemporánea o hubo violación del debido proceso”.

¹³ Durante la audiencia se dio la palabra a las partes con el fin de que manifestaran la posibilidad de conciliar el presente litigio y se dio por concluida la etapa por no existir ánimo conciliatorio.

¹⁴ Cabe indicar que el Tribunal, con anterioridad a la admisión de la demanda, mediante auto de 27 de abril de 2015, había decretado, a título de medida cautelar de urgencia, la suspensión de la cláusula 27 del contrato de concesión y de los efectos de la decisión proferida por la Universidad el 17 de marzo de 2014, decisión que fue recurrida en apelación por Transmilenio y que revocó el Consejo de Estado mediante auto de 28 de noviembre de 2016 (Folios 126 a 134, cuaderno 4).

¹⁵ El Tribunal decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda y en las contestaciones de esta. Asimismo, siendo que únicamente solicitó pruebas la Universidad, se decretaron: 1) Los testimonios de Hernando Gutiérrez Prieto, Luis Alberto Jaramillo Gómez, David Andrés Londoño Bedoya, María Inés Rodríguez Prado, Jaime Alberto Cataño Cataño y Adriana Gallego Oke; y 2) Oficio al IDU para que certifique el número total de procedimientos de amigable composición que dentro de contratos estatales suscritos por esa entidad se han adelantado en universidades públicas o privadas y en institucionales que agremian a profesionales (como la SCI) y cuáles de ellos se encuentran en firme, así como también el número total de demandas judiciales presentadas por esa entidad a través de las cuales se pretenda la nulidad de las cláusulas contractuales en las que se pactó la amigable composición como mecanismo de solución de conflictos (Folios 373-374, cuaderno 1 principal).



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

3.2. El 20¹⁶ y 28¹⁷ de junio de 2018 tuvo lugar la audiencia de pruebas, en la que fueron practicados tres de los testimonios que habían sido decretados, mientras que los restantes fueron desistidos.

4. Alegatos en primera instancia

4.1. Surtido el debate probatorio, en el término para alegar de conclusión, la parte actora y las demandadas insistieron en los razonamientos que esgrimieron, respectivamente, en la demanda y en las contestaciones, contrastándolos con las pruebas que obran en el expediente. El Ministerio Público no se pronunció.

5. La sentencia de primera instancia

5.1. El tribunal de primera instancia, en sentencia de 15 de mayo de 2018¹⁸, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la circunstancia de que el amigable componedor hubiera emitido su decisión con posterioridad a la liquidación que ambas partes realizaron de común acuerdo el 18 de junio de 2013, no implicaba que dicha decisión estuviera viciada de causa u objeto ilícito, puesto que tuvo como fundamento hechos presentados durante la ejecución del negocio jurídico y las partes, de conformidad con la cláusula 37 contractual, en ejercicio de su libre autonomía, le atribuyeron competencia a LA UNIVERSIDAD para dirimir el conflicto sobre la mayor permanencia en obra, asunto que, precisamente, correspondía a una de las salvedades que TRANSMILENIO consignó en el acta de liquidación.

5.2. Precisó que los efectos jurídicos del contrato no cesan a su terminación, puesto que el estudio de las diferencias suscitadas entre las partes se extiende hasta el vencimiento del término de caducidad para presentar la demanda, en este caso, después de la liquidación bilateral del contrato y frente a las salvedades consignadas en el acta respectiva.

5.3. Agregó que el procedimiento convenido, la designación de los amigables componedores y la oportunidad de las partes para presentar sus “alegatos” se enmarcaron bajo el principio del debido proceso y el contenido de la cláusula 37 del contrato de concesión, sin que se hubiera presentado ninguna irregularidad.

5.4. Con fundamento en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, desestimó el argumento sobre la improcedencia de la amigable composición en los contratos estatales, a propósito de lo cual indicó que esa norma autorizó a las entidades

¹⁶ Folios 381 a 383, cuaderno 1 principal.

¹⁷ Folios 440 a 441, cuaderno 1 principal.

¹⁸ Folios 490 a 506, cuaderno segunda instancia.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

públicas a acudir a dicho mecanismo de solución de conflictos, lo que se evidenció en este caso, en el que los representantes legales de ambas partes confirieron mandato a LA UNIVERSIDAD, representada en el panel de amigables componedores designados por aquellas.

5.5. De igual modo, señaló que la parte actora no acreditó cuáles fueron las supuestas pruebas que durante el trámite de amigable composición no le fueron puestas en conocimiento y que no pudo controvertir y, contrario a ello, pudo evidenciarse en el proceso que se dieron los traslados de las pruebas a ambas partes, quienes conocieron en todo momento las actuaciones adelantadas por el panel de amigables componedores. Además, se observaron los 20 días hábiles que se previeron en la cláusula 37 contractual para que se dirimiera el conflicto, toda vez que la decisión fue emitida el 17 de marzo de 2014 y el término mencionado transcurrió a partir del 19 de febrero de 2014, día siguiente a la fecha en que se allegó la totalidad de las pruebas, y hasta el 18 de marzo de 2014.

5.6. Finalmente, condenó a la parte actora en costas de primera instancia, fijándole como agencias en derecho la suma equivalente a 10 SMLMV, en favor de ambas demandadas, por mitades.

6. Recurso de apelación

6.1. La parte actora interpuso recurso de apelación¹⁹, el cual fue concedido por auto del 12 de junio de 2019²⁰ y admitido mediante proveído del 5 de agosto de la misma anualidad²¹.

6.2. En su recurso, el IDU solicitó revocar la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, a propósito de lo cual indicó que la sentencia no abordó el estudio del segundo problema jurídico planteado en la fijación del litigio, es decir la incompetencia del amigable componedor, derivada del hecho de que sustituyó al juez natural cuando consideró que resultaba inaplicable un aparte del pliego de condiciones, por lo que el asunto puesto en conocimiento del amigable componedor excedía sus competencias e implicaba una extralimitación en sus funciones.

6.3. Al respecto, resaltó que *“la materia misma de la solicitud”* excedió las competencias del amigable componedor, toda vez que las pretensiones planteadas

¹⁹ Folios 517 a 518, cuaderno segunda instancia.

²⁰ Folio 520, cuaderno segunda instancia.

²¹ Folio 531, cuaderno segunda instancia.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

por TRANSMILENIO consistieron en reconocimientos económicos basados en pretensiones de índole declarativa, de condena, indemnizatorias y de responsabilidad, las cuales, en su criterio, escapan de la órbita del amigable componedor, pues este actúa por mandato de las partes y sus decisiones no tienen carácter judicial, sino que solo obligan contractualmente a las partes del negocio jurídico, pero no con la fuerza procesal de la sentencia.

Añadió que las pretensiones declarativas y de condena, como son las previstas en el artículo 141 del CPACA, son *“pedimentos que se le hacen al Juez, con el fin que se le aplique el derecho declarándolo, expresando que existe y las consecuencias de su existencia”*, lo cual excede las competencias de los amigables componedores, quienes *“no están investidos de jurisdicción y sería contrario a derecho que llegasen a condenar”*.

6.4. Remarcó que, al tenor del artículo 116 constitucional, la función jurisdiccional del Estado se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados de conciencia, en las que resultan exigibles todas las garantías del debido proceso, mientras que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual, cuyo origen deviene del derecho de los contratos.

6.5. En virtud de lo anterior, manifestó que la decisión del amigable componedor, como acuerdo transaccional que es, puede únicamente ser impugnada atendiendo a los supuestos de la nulidad y rescisión, en los términos del Código Civil, es decir, por falta de capacidad de las partes al momento de realizar la transacción o contrato, por ausencia de consentimiento o porque este se encuentre viciado y por objeto y causa ilícita.

6.6. Con apoyo en lo anterior, concluyó que los amigables componedores no solo interpretaron el contrato, sino que se extralimitaron en *“el ejercicio de la función delegada y, por lo tanto actuaron sin competencia”*, punto que no fue abordado por el *a-quo* y que debe ser analizado en segunda instancia.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante providencia del 23 de septiembre de 2019²², se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

²² Fl. 535, cuaderno segunda instancia.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

7.2. Dentro del término del traslado TRANSMILENIO alegó de conclusión²³, mediante escrito en el que resaltó que la competencia del juez de la apelación se contrae exclusivamente a los cargos de la alzada y señaló, en síntesis, que el Tribunal se pronunció sobre todos los puntos objeto de la controversia y, en particular, respecto de los argumentos en los que la actora fundamentó la incompetencia del amigable componedor que adujo en el libelo introductorio. Finalmente, insistió en que LA UNIVERSIDAD adoptó su decisión dentro del marco de su competencia y no asumió funciones jurisdiccionales, de modo que *“no hizo ni más ni menos que cumplir con el mandato que le otorgaron las partes en el marco del contrato de concesión”*.

7.3. LA UNIVERSIDAD presentó escrito de alegatos²⁴ reiterando lo expuesto en instancias anteriores.

7.4. El IDU y el Ministerio Público guardaron silencio.²⁵

7.5. El 28 de febrero de 2024 el magistrado William Barrera Muñoz presentó escrito²⁶ en el que manifestó encontrarse impedido para conocer del asunto, con fundamento en lo dispuesto en los numerales 2, 9 y 12 del artículo 141 del Código General del Proceso. Al efecto, expuso que el 24 de julio de 2015 la UNIVERSIDAD suscribió el contrato DJS-144-15 con BARRERA & PATIÑO ASOCIADOS LIMITADA, sociedad de la cual fue socio y representante legal desde el 19 de septiembre de 2000 hasta el 18 de septiembre de 2023 *-cuando se retiró para posesionarse en el cargo actual al servicio del Consejo de Estado-*, negocio jurídico que tuvo por objeto la defensa y representación judicial de la UNIVERSIDAD en el presente proceso. Asimismo, señaló que se desempeñó como director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma institución hasta el día anterior a su posesión en esta Corporación.

Los magistrados Jaime Enrique Rodríguez Navas y Nicolás Yepes Corrales -sin la intervención del magistrado William Barrera Muñoz, quien se apartó de la Sala mientras este punto fue debatido- resuelven declarar fundado el impedimento manifestado por el Magistrado William Barrera Muñoz.

III. CONSIDERACIONES

²³ Fls. 537 a 549, cuaderno segunda instancia.

²⁴ Fls. 550 a 561, cuaderno segunda instancia.

²⁵ Fl. 562, cuaderno segunda instancia.

²⁶ Samai, índice 00024



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) caducidad; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problemas jurídicos; (6) Análisis de la Sala; (6.1) objeto de la apelación; (6.2) cuestionamiento del IDU frente a la decisión del amigable componedor; (6.3) hechos probados; (6.4) solución al caso concreto; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

De acuerdo con el artículo 104 del CPACA²⁷, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce en general de las controversias y litigios originados, entre otros, en contratos en los que estén involucradas las “*entidades públicas*”²⁸, además de que la misma disposición prevé, entre sus reglas especiales, que dicho conocimiento cubija los procesos relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública.

Por su parte, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, al cumplirse los presupuestos de los artículos 150 y 152.5 del CPACA, antes de que fueran modificados por la Ley 2080 de 2021. En efecto, se trata de una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, que versa sobre un contrato suscrito por el IDU, en su calidad de Establecimiento Público del orden Distrital²⁹, y cuya cuantía excede los quinientos (500) SMLMV para el 2015, año en el que se presentó la demanda³⁰.

2. Caducidad

2.1. En cuanto a la primera pretensión declarativa principal, concerniente a la nulidad de la cláusula No. 37 del Contrato de Concesión No. 242 de 2003, y sus

²⁷ “Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”

²⁸ De conformidad con el parágrafo del artículo 104 del CPACA “Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

²⁹ El Instituto de Desarrollo Urbano – IDU es un establecimiento público del orden Distrital, creado mediante el Acuerdo No. 19 de 1972 del Consejo de Bogotá, reestructurado internamente mediante los Acuerdos del Consejo Directivo Nos. 001 y 002 de 2009. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se denominan entidades públicas, entre otras, los establecimientos públicos (IDU).

³⁰ La demanda se presentó el 16 de marzo de 2015, año en el que SMLM era de 644.350. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/salarios>. <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

consecuenciales, se tiene en cuenta lo ya indicado por esta Corporación en el auto del 28 de noviembre de 2016³¹, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la decisión del Tribunal de declarar la caducidad de la acción, proveído que confirmó la decisión apelada³², al amparo de lo dispuesto en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente a la fecha del perfeccionamiento del contrato de concesión y, por lo mismo, aplicable por encontrarse en vigor al momento en que comenzó a correr el término de caducidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887³³.

2.2. Por su parte, en punto a la pretensión primera declarativa subsidiaria - nulidad del acuerdo compositivo de 17 de marzo de 2014 -, la Sala reitera lo decidido por esta Corporación³⁴ en este mismo proceso, en relación con la no configuración de

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto de 28 de noviembre de 2016 Exp. 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331), Fls. 281 a 290, cuaderno segunda instancia.

³²Al respecto, en el auto citado, textualmente se lee: “9.9.- *Resulta claro que el contrato de concesión No. 242 fue perfeccionado el 19 de diciembre de 2003; fecha en la cual la normatividad vigente era el Código Contencioso Administrativo y por ende la aplicable para el caso en cuestión, toda vez que como se indicó anteriormente el término de caducidad inició en vigor de esta normatividad. Así, de acuerdo al literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo se tiene que el término de caducidad de la pretensión de la nulidad absoluta de un contrato es de (2) dos años contados a partir de su perfeccionamiento o, en caso de que su vigencia exceda dos años, el término será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso sea superior a cinco (5) años.*

9.10.- *Teniendo en cuenta que la vigencia del contrato fue pactada por un plazo mayor a dos años, consistiendo este en setenta y ocho (78) meses, por ende el término de caducidad debe ser contado a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato, es decir, desde 19 de diciembre de 2003 hasta el 19 de diciembre de 2008, de ahí que este Despacho corrobora que esta pretensión ha sido formulada de manera extemporánea pues la demanda fue presentada el 16 de marzo de 2015, esto es a más de once (11) años de haberse perfeccionado el contrato, razón por la cual se confirmara lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

9.11.- *Por manera que, conforme a las normas antes transcritas, la oportunidad del medio de control dirigido a declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal se cuenta desde el perfeccionamiento, aunque, sin perjuicio de los dos (2) dos años, es dable demandarlo durante la vigencia de la relación jurídica. Además, conforme a lo establecido con el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, es claro que la caducidad se completó antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, de donde lo dispuesto por esta última al respecto, no resulta aplicable como bien quedo expuesto”.*

³³ Para efectos del cómputo de la caducidad es menester acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del C.G.P., toda vez que, tratándose de normas procesales, las mismas son de aplicación inmediata. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, “[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 *ibídem* se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.[...]”.

³⁴ Sobre el particular, en la providencia mencionada se señala: “9.12.- *De otra parte, en cuanto hace a la pretensión sobre la decisión adoptada por el amigable conponentor - la Pontificia Universidad Javeriana -, que data del 17 de marzo de 2014, se encuentra que de acuerdo a lo arriba expuesto la norma procesal vigente en materia de caducidad para el momento en que se perfeccionó ese negocio*



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

la caducidad frente a la citada pretensión, respecto de la que procede la aplicación del literal j) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, vigente para esa fecha y que prevé que la oportunidad para demandar la nulidad absoluta o relativa de un contrato, es de dos (2) años a partir de su perfeccionamiento o, en todo caso, cuando se trate de la nulidad absoluta, mientras dicho contrato se encuentre vigente. En ese sentido, si el término de caducidad para demandar la nulidad absoluta de la decisión emitida por el amigable componedor corría hasta el 17 de marzo de 2016, la interposición de la demanda fue oportuna puesto que el libelo introductorio se presentó el 16 de marzo de 2015.

3. Legitimación en la causa

3.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 141³⁵ de la Ley 1437 de 2011, la Sala estima que el IDU y TRANSMILENIO están legitimados en la causa, por activa y por pasiva, respectivamente, puesto que, vistas las cláusulas 1.6³⁶,

jurídico es la dispuesta en el literal j) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que la oportunidad para demandar la nulidad absoluta o relativa de un contrato, será de dos años contados a partir del perfeccionamiento del contrato o, en todo caso, cuando se trate de nulidad absoluta mientras este se encuentre vigente.

9.13.- *En este orden de ideas, aplicando esas prescripciones al sub lite y considerando que la decisión del amigable componedor - Pontificia Universidad Javeriana donde se resolvieron las diferencias entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y Transmilenio del Sur S.A se suscribió el 17 de marzo de 2014, el termino de caducidad corrió, en principio, hasta el 17 de marzo de 2016 y como la demanda se entablo el 16 de marzo de 2015, se sigue que esta pretensión de controversias contractuales fue intentada oportunamente. Así, como se trata de un negocio jurídico diferente al contrato de concesión suscrito por las partes se impone, en sana lógica, computarle una caducidad autónoma de este, razón por la cual el termino perentorio surgió solo con la decisión del centro universitario y no en época anterior". Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto de 28 de noviembre de 2016, Exp, 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331), fls. 281 a 290, cuaderno segunda instancia.*

³⁵ **ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."

³⁶ **CLÁUSULA 1. DEFINICIONES:** (...) 1.6 "Amigable Componedor // Se entenderá como la persona jurídica encargada de dirimir cualquier conflicto derivado de aspectos financieros, técnicos y legales, o discrepancias que surjan con ocasión de la ejecución, interpretación y/o liquidación de este Contrato. El Amigable Componedor será designado por la contraparte de quien inicie la controversia de un listado de tres (3) universidades del país, listado que será determinado de común acuerdo por las partes en los términos de la CLÁUSULA 37 de este Contrato".



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

36.5³⁷ y 37³⁸ del contrato de concesión que aquellos suscribieron, sus diferencias en relación con la ejecución y liquidación de dicho negocio jurídico debían ser resueltas a través del amigable componedor, por lo que su interés directo en el proceso deviene del hecho de que, en principio, la validez de lo decidido en el acuerdo compositivo aquí cuestionado perjudica a uno y beneficia al otro.

3.2. Asimismo, LA UNIVERSIDAD se encuentra legitimada en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto que no hizo parte del contrato de concesión del 19 de diciembre de 2003, suscrito entre el IDU y TRANSMILENIO, su legitimación no tiene origen en ese negocio jurídico, sino que se sustenta en el hecho de que la pretensión subsidiaria de la demanda objeto de análisis en esta instancia está dirigida a que se anule el acuerdo compositivo que aquella profirió, motivo por el cual lo que se decida frente a su validez entraña un interés sustancial directo de quien fue designado por dichas partes para emitir tal acuerdo, es decir, del amigable componedor.

4. Medio de control precedente

4.1. De acuerdo con el artículo 141³⁹ del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos

³⁷ **“CLÁUSULA 36. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:** (...) 36.5. PAGOS EN CASO DE CONFLICTO SOMETIDO AL AMIGABLE COMPONEDOR // En el evento en que no haya acuerdo entre el IDU y el Concesionario en relación con los montos de la liquidación del Contrato y dicho conflicto se someta a decisión del Amigable Componedor, el IDU reconocerá y pagará, en los términos de la presente cláusula, los montos que no se encuentren en disputa. Una vez emanada la decisión del Amigable componedor, los pagos y/o descuentos productos (sic) de dicha decisión serán cancelados y/o descontados por el IDU en los mismos plazos y condiciones establecidos en esta cláusula”.

³⁸ **“CLÁUSULA 37. AMIGABLE COMPOSICIÓN** // Sin perjuicio de lo previsto en la CLÁUSULA 29; CLÁUSULA 30; CLÁUSULA 32; CLÁUSULA 33; CLÁUSULA 34 y CLÁUSULA 36 de este Contrato, cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, salvo aquellas que surjan con ocasión de la expedición de actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, será resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por el Amigable Componedor”.

³⁹ **“ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

4.2. Por su parte, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012⁴⁰, vigente a la fecha en la que tuvo inicio el mecanismo de solución de controversias que aquí concierne y al momento en que se emitió la decisión del amigable componedor, esta última produce los efectos legales propios de un contrato de transacción, el cual, a su vez, es un modo de extinción de las obligaciones y tiene efecto de cosa juzgada en última instancia, al tenor de los artículos 1625 y 2483 del Código Civil. De igual modo, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, el artículo 224 del Decreto 1818 de 1998, que regía para la época en que se celebró el contrato de concesión, disponía en idéntico sentido, que *“La decisión del amigable componedor producir[ía] los efectos legales relativos a la transacción”*.

Siendo así, esto es, dado que no es un mecanismo de solución de controversias de carácter jurisdiccional, pues a su naturaleza es eminentemente contractual, la decisión adoptada por el amigable componedor, que se equipara a un contrato de transacción, no puede ser controvertida mediante los recursos ordinarios o extraordinarios que proceden contra las providencias judiciales, pero desde luego, como negocio jurídico que es, su validez puede ser cuestionada ante la jurisdicción a través de la acción, hoy medio de control, de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA.

4.3. En virtud de lo anterior, y según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación⁴¹, en el caso de la decisión objeto de la pretensión declarativa primera subsidiaria, al ser la amigable composición una actividad que no trasciende del contexto meramente contractual, su discusión debe realizarse a través de los

⁴⁰ *“ARTÍCULO 60. EFECTOS. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. // La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción. // Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente”*.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias de 15 de abril de 2015 [Exp. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053)] y 23 de septiembre de 2022 [Exp. 25000-23-26-000-2008-00141-03 (56.940)]; y Subsección B. Sentencia de 11 de octubre de 2021 [Exp. 05001-23-31-000-2006-03454-01 (55104)].



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

medios establecidos para controvertir los negocios jurídicos, los cuales pueden, entre otros, ser acusados de nulidad absoluta o relativa o ser rescindidos por las causas establecidas en la ley⁴².

Como conclusión, la Sala encuentra que el medio de control de controversias contractuales ejercido por la actora es adecuado, toda vez que el artículo 141 del CPACA prevé, sin agotarlas todas, distintas declaraciones y condenas que resulta admisible plantear bajo el amparo de aquel, entre las que expresamente se incluye la declaración de nulidad de los contratos del Estado, fórmula procesal que resulta extensiva frente a la decisión emanada en el marco de la amigable composición convenida en un negocio jurídico del Estado, por tratarse de una actuación de orden contractual y con efectos de la misma índole.

5. Problemas jurídicos

La Sala debe establecer **(i)** si las razones en que se fundamenta la parte actora para señalar que el amigable componedor se extralimitó en sus funciones y que sustituyó al juez del contrato, vician o no de nulidad absoluta la decisión emitida por LA UNIVERSIDAD el 17 de marzo de 2014; y, en caso de una respuesta afirmativa, **(ii)** si LA UNIVERSIDAD es responsable de pagarle a la parte actora la suma de \$35.299.208.336.69, debidamente indexada, que corresponde al valor que le fue pagado a TRANSMILENIO en cumplimiento de la decisión emitida por LA UNIVERSIDAD.

6. Análisis de la Sala

6.1. El objeto de la apelación

Corresponde a la Sala establecer, en primer lugar, si el asunto que es objeto de impugnación fue o no analizado en por el *a quo* en la sentencia impugnada y, solo si la respuesta es negativa, abordar su respectivo estudio, sin perder de vista que en esta segunda instancia no es posible hacer ningún pronunciamiento en relación con lo decidido por el *a quo* que no haya sido cuestionado en el recurso de

⁴² En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-17 de 2005, reiterada por la Sentencia C-330 de 2012, explicó: “Como consecuencia obvia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor, no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita”.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

apelación⁴³ de la parte actora, el cual, no sobra recordar, fue el único⁴⁴ que se interpuso.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del C.G.P., se resolverá el asunto *sub-lite* en relación con los reparos expuestos por el recurrente⁴⁵. En ese contexto, se observa que le asiste razón a la parte apelante cuando afirma que la sentencia de primera instancia no se refirió a todos los argumentos de la demanda que fueron sintetizados en la fijación del litigio, en particular, tratándose de la pretensión declarativa subsidiaria primera de la demanda subsanada, el argumento relativo a que la decisión de 17 de marzo de 2014, emitida por LA UNIVERSIDAD, desbordó los límites que ambas partes de la concesión habían pactado, llevando al amigable componedor a excederse en sus funciones y a sustituir al juez del contrato.

En efecto, en la sentencia del *a quo* se observa que, tratándose del convenio de composición de 17 de marzo de 2014, el análisis de la “*competencia*” del amigable componedor giró exclusivamente en torno a los siguientes aspectos: **(i)** la suscripción del convenio compositivo con posterioridad a la liquidación de común acuerdo; **(ii)** los hechos que se presentaron durante la ejecución de la concesión como objeto de la decisión del amigable componedor; y **(iii)** algunos aspectos del trámite previo a la emisión de dicha decisión. Por consiguiente, no hubo en la sentencia de primera instancia ningún análisis del argumento sobre el desbordamiento del amigable componedor de los límites convenidos en la

⁴³ C.G.P.: “Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión

(...)”

Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

(...)”

⁴⁴ C.G.P.: “Artículo 328. Competencia del superior. (...) Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”

⁴⁵ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012, unificó su jurisprudencia, manifestado lo siguiente: ““(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: ‘*tantum devolutum quantum appellatum*’”.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

concesión y que, en palabras de la parte actora, lo llevaron a extralimitarse en sus funciones y a sustituir al juez del contrato.

Aunque en la fijación del litigio el problema jurídico no abordado por el *a quo* giró en torno a *“Si el amigable componedor actuó sin competencia y con extralimitación de las funciones emanadas del contrato de mandato que se le otorgó al pactarse la cláusula de amigable composición”*, en esta instancia el estudio de dicho problema requiere evaluar, en concordancia con la posición de esta Corporación⁴⁶, los aspectos relevantes relacionados con aquél, que hayan sido formulados en las pretensiones o se deriven del texto de la demanda, específicamente, en este caso, el argumento expuesto en el punto 1.4.2. del acápite de los antecedentes de la presente providencia.

Por lo demás, la Sala recuerda que, tratándose de la pretensión declarativa primera principal –*de la que dependen las pretensiones declarativa segunda principal y las condenatorias principales*–, además de que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no hizo ninguna referencia a la misma, esta misma Sala⁴⁷, mediante auto de 28 de noviembre de 2016, confirmó la providencia de 14 de enero de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en aplicación del literal e) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, declaró próspera la excepción previa de caducidad frente a la referida pretensión que perseguía que se declarara la nulidad absoluta de la cláusula 37 del contrato de concesión, motivo por el cual no se volverá a abordar en esta sentencia dicho asunto.

En consecuencia, en relación con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala realizará únicamente el estudio del argumento que el *a quo* no analizó en la sentencia impugnada.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencias de 12 de marzo de 2015 [Exp. 68001-23-31-000-2010-00441-02(19115)] y 24 de octubre de 2018 [Exp. 18001-23-33-000-2015-00014-01(22648)]. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En estas providencias, reiteradas con posterioridad por la misma Sección, se indicó que *“... ‘la concreción de los puntos litigiosos que se hace en la audiencia inicial, no impide que el juez, en cumplimiento de sus deberes como director del proceso, **al proferir la sentencia, se pronuncie sobre todos aquellos aspectos que resulten relevantes, siempre que se hayan formulado en las pretensiones’ o se deriven del texto de la demanda, conforme con la interpretación que de esta, debe hacer el juez de conocimiento**”*.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 28 de junio de 2023 [Exp. 25000-23-36-000-2012-00740-03 (58022)]. MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas. En esta sentencia se indicó que: *“la fijación del litigio, en los términos del artículo 180 del CPACA y, del alcance que le ha dado la jurisprudencia de esta Corporación, tiene por objeto identificar los hechos en que se funda el disenso de las partes, porque sobre estos gravitará el debate probatorio y la resolución de la controversia; es decir, que su función no se agota en un cometido meramente metodológico, ni fáctico, sino que se ocupa de la determinación provisoria de lo que es objeto de debate. Con todo, **el marco de juzgamiento, en sentido amplio, se define por los hechos y pretensiones de la demanda y, en segunda instancia, además, por el núcleo de la apelación**”*.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto de 28 de noviembre de 2016 [Exp. 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

6.2. El cuestionamiento del IDU frente a la decisión del amigable componedor

El argumento de la demanda y en el que se insiste en el recurso de apelación, encuentra justificación en el contenido de la cláusula 37.1.1. del contrato de concesión, de acuerdo con la cual, el amigable componedor no tenía competencia para modificar las cláusulas de ese contrato, aunque sí para interpretarlas de ser necesario, con base en las reglas establecidas para el efecto en la normativa vigente⁴⁸.

Con base en esa premisa, el cargo de la demanda expresó que el mandato conferido al amigable componedor no lo hacía “competente” para:

- “1. Modificar o considerar inaplicables las cláusulas del Contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias.
2. Decidir sobre la pertinencia y la ilegalidad de las cláusulas del contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias.
3. Considerar como modificaciones del contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias, puntos de vista emitidos por funcionario alguno del IDU en relación con mejoramientos a futuro de la estructuración técnica del contrato.
4. En general, pronunciarse sobre todo aquello distinto a precisar la forma en que deben cumplir las partes las obligaciones contraídas en el contrato, sus Apéndices, Otrosí y actas modificatorias”.

Asimismo, en su recurso la parte actora reiteró que el “asunto puesto en conocimiento del amigable componedor, el cual excede sus competencias y, obviamente, se extralimitaría en sus funciones, en cuanto corresponde la materia misma de la solicitud”, resaltando en similar sentido que “las pretensiones de la amigable composición, reconocimientos económicos basados en pretensiones de

⁴⁸ “CLÁUSULA 37. AMIGABLE COMPOSICIÓN

Sin perjuicio de lo previsto en la CLÁUSULA 29; CLÁUSULA 30; CLÁUSULA 32; CLÁUSULA 33; CLÁUSULA 34 y CLÁUSULA 36 de este Contrato, cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, salvo aquellas que surjan con ocasión de la expedición de actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, será resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por el Amigable Componedor.

37.1.1. Elección y Facultades del Amigable Componedor y (sic)

(...)

El Amigable Componedor no tendrá competencia para modificar las cláusulas del Contrato, aunque sí para interpretarlas de ser necesario, caso en el cual se aplicarán las reglas de interpretación de los contratos vigentes.

(...)

37.1.2.4. Fuerza vinculante

Cada parte deberá cooperar en la realización de cualquier investigación que el Amigable Componedor efectúe relacionada con la disputa en cuestión. Las decisiones adoptadas por el Amigable Componedor, como resultado del procedimiento de la amigable composición, tendrán fuerza vinculante para las partes y tendrán efectos de cosa juzgada, de acuerdo con la ley, salvo en la imposición de multas, caso en el cual el I D se reserva el derecho a imponer las multas cualquiera que sea la decisión que adopte el Amigable Componedor.

(...)”



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

índole *DECLARATIVA* y *CONDENATORIA*, (...) *escapan de la órbita del amigable componedor*".

6.3. Hechos probados

En el marco de lo expuesto, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246⁴⁹ del C.G.P.

6.3.1 Se probó que el 19 de diciembre de 2003 la parte actora, como contratante, y la sociedad Transmilenio del Sur S.A., como contratista, suscribieron el Contrato de Concesión No. 242⁵⁰, el cual tuvo por objeto *"el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 79 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para (a) la adecuación de la Troncal NQS sector Sur, en el Tramo comprendido entre la Avenida Ciudad de Villavicencio y el límite con el Municipio de Soacha (Cundinamarca) al Sistema Transmilenio (...), y (b) construcción y adecuación de la Estación Cabecera y del Patio al Sistema Transmilenio (...)"*.

En la cláusula 37 del contrato, las partes pactaron como mecanismo de solución de conflictos la figura de la amigable composición, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA 37. AMIGABLE COMPOSICIÓN

Sin perjuicio de lo previsto en la CLÁUSULA 29; CLÁUSULA 30; CLÁUSULA 32; CLÁUSULA 33; CLÁUSULA 34 y CLÁUSULA 36 de este Contrato, cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, salvo aquellas que surjan con ocasión de la expedición de actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, será resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por el Amigable Componedor.

37.1.1. Elección y Facultades del Amigable Componedor y (sic)

El Amigable Componedor será designado de un listado que deberá contener un orden de prelación de tres (3) universidades del país (...)

El Amigable Componedor no tendrá competencia para modificar las cláusulas del Contrato, aunque sí para interpretarlas de ser necesario, caso en el cual se aplicarán las reglas de interpretación de los contratos vigentes.

El listado de universidades será acordado por las partes dentro de los veinte (20) Días siguientes a la Fecha de Inicio de Ejecución. (...)

⁴⁹ "Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".

⁵⁰ Fls. 1 a 96, cuaderno 6.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

37.1.2. Procedimiento para la Amigable Composición

La Amigable Composición tendrá lugar en las oficinas del Amigable Componedor, en Bogotá, si la tuviere o en la ciudad de su domicilio principal si no tuviere oficinas en Bogotá. Cada parte podrá acudir a este mecanismo, mediante aviso previo a la otra parte y, notificación a la Universidad que se encuentre en primer orden de prelación, señalándole un término de cinco (5) Días Hábiles para la aceptación de la designación.

El procedimiento de la amigable composición se regirá por las siguientes reglas:

37.1.2.1. Presentación de Alegatos

La parte que suscite la controversia deberá presentar sus alegatos y los documentos que los sustenten en el término de diez (10) Días Hábiles, contados desde la fecha en que el Amigable Componedor acepte su designación y se haya llegado a un acuerdo sobre sus honorarios y este hecho sea notificado a su contraparte. Presentados los alegatos, la contraparte tendrá el mismo término de (10) Días Hábiles, contados desde la fecha en que le sean notificados, para contestarlos.

37.1.2.2. Estudio de los Alegatos

El Amigable Componedor, a su vez, tendrá un plazo máximo de veinte (20) Días Hábiles para resolver la disputa por escrito, los cuales se contarán a partir del Día siguiente a la presentación de los alegatos y documentos previstos en el numeral anterior. Este plazo podrá ampliarse a solicitud del Amigable Componedor, siempre que esa solicitud sea aceptada por las dos partes.

37.1.2.3. Contenido de los Alegatos

Los alegatos deberán contener como mínimo lo siguiente:

- a) Una explicación de los fundamentos financieros, técnicos de ingeniería y/o jurídicos, y contractuales que sustenten la posición de la respectiva parte.
- b) Las peticiones que haga la respectiva parte al Amigable Componedor para resolver sus diferencias.

37.1.2.4. Fuerza vinculante

Cada parte deberá cooperar en la realización de cualquier investigación que el Amigable Componedor efectúe relacionada con la disputa en cuestión. Las decisiones adoptadas por el Amigable Componedor, como resultado del procedimiento de la amigable composición, tendrán fuerza vinculante para las partes y tendrán efectos de cosa juzgada, de acuerdo con la ley, salvo en la imposición de multas, caso en el cual el IDU se reserva el derecho a imponer las multas cualquiera que sea la decisión que adopte el Amigable Componedor.
(...)"

De igual modo, en la cláusula 36 del contrato se acordó lo atinente a su liquidación, a propósito de lo cual se dispuso:

"CLÁUSULA 36. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:

El Contrato se liquidará en un término máximo de cuatro (4) Meses contados a partir de la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato, en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

(...)

36.5 PAGOS EN CASO DE CONFLICTO SOMETIDO AL AMIGABLE COMPONEDOR

En el evento en que no haya acuerdo entre el IDU y el Concesionario en relación con los montos de la liquidación del Contrato y dicho conflicto se someta a decisión del Amigable Componedor, el IDU reconocerá y pagará, en los términos de la presente cláusula, los montos que no se encuentren en disputa. Una vez emanada la decisión del Amigable Componedor, los pagos y/o descuentos producto de dicha decisión serán cancelados y/o descontados por el IDU en los mismos plazos y condiciones establecidos en esta cláusula."



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

6.3.2. Está acreditado que el IDU y TRANSMILENIO suscribieron adiciones al valor inicial y prorrogaron en 7 meses el plazo inicialmente convenido en 78 meses, para un total de 85 meses, contados a partir del acta de inicio, la cual fue suscrita el 14 de febrero de 2004, tal como consta en los otrosíes y acuerdos modificatorios firmados por las partes, cuya copia reposa en el plenario⁵¹.

6.3.3. Quedó demostrado que la ejecución del contrato finalizó el 15 de agosto de 2011, según da cuenta la información consignada en el acta de liquidación suscrita por las partes⁵².

6.3.4. Se estableció en el proceso que, en desarrollo de lo estipulado en la cláusula 37 del contrato de concesión, las partes designaron como amigable componedor, en primer orden de prelación, a la Pontificia Universidad Javeriana, como se desprende, entre otros, (i) de la comunicación IDU-047373 STEO-3300, del 9 de marzo de 2004, enviada por el IDU a TRANSMILENIO, en la que manifestó estar de acuerdo con las 2 primeras universidades incluidas en el listado de amigables componedores puesto a consideración por el concesionario -Pontificia Universidad Javeriana y Universidad Santo Tomás- y señaló, respecto de la tercera de la lista -Universidad de Antioquia- que *“no podría estar en dicha lista, por cuanto no cuenta con la facultad de Ingeniería Civil. Sobre este último particular, y de acuerdo a lo conversado con usted, sugerimos que se incluya en su reemplazo a la Universidad EAFIT”*; y (ii) del oficio CON3-GNC3-055-2013 del 9 de abril de 2013, dirigido por TRANSMILENIO a LA UNIVERSIDAD, mediante el cual le informó sobre su designación, en primer orden de elegibilidad, para actuar como amigable componedor en orden a *“definir las RECLAMACIONES relacionadas con los mayores costos incurridos por el Concesionario (...)”*, le solicitó intervenir en dicha calidad y le indicó que debía manifestar su aceptación dentro de los 5 días hábiles siguientes⁵³.

6.3.5. Se acreditó que, en el mes de abril de 2013, TRANSMILENIO convocó la amigable composición acordada en la cláusula No. 37 del contrato de concesión- De lo anterior dan cuenta, entre otros documentos: (i) copia de la comunicación CONC-GNC3-054-2013, de fecha 8 de abril de 2013, enviada por TRANSMILENIO al IDU, en la que manifestó su desacuerdo frente a la posición del IDU en el sentido de rechazar la reclamación elevada por el concesionario y su decisión de acudir al mecanismo de solución de conflictos estipulado en la cláusula 37 del contrato; (ii) copia del oficio CON3-GNC3-055-2013 del 9 de abril de 2013, dirigido por

⁵¹ Samai, índice 17 (expediente digital).

⁵² Samai, índice 17 (expediente digital).

⁵³ Samai, índice 17 (expediente digital).



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

TRANSMILENIO a LA UNIVERSIDAD, informando la designación, en primer orden de elegibilidad, para actuar como amigable componedor y solicitando su intervención en dicha calidad; y (iii) copia de la “*decisión sobre la disputa en relación a la mayor permanencia en obra*”, de fecha 17 de marzo de 2014⁵⁴.

6.3.6. Consta en el proceso que el IDU y TRANSMILENIO liquidaron bilateralmente el contrato de concesión, mediante acta suscrita el 18 de junio de 2013, cuya copia⁵⁵ reposa en el expediente, en la que TRANSMILENIO manifestó salvedades, indicando que la suscripción del acta no implicaba la renuncia a las reclamaciones realizadas por el concesionario respecto de cuatro asuntos, entre los que incluyó la reclamación atinente a la mayor permanencia en obra.

Es así como, en efecto, en el “*Acta No. 40 de liquidación del contrato*”⁵⁶, puntualmente en el acápite “*GLOSAS QUE SE INCLUYEN DENTRO DE LA PRESENTA (sic) ACTA DE LIQUIDACIÓN*”, se lee:

“CONCESIONARIO TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S.

Haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 que autoriza al contratista a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S. hace constar que la firma de la presente acta de liquidación bilateral se suscribe sin que ello implique una renuncia a las reclamaciones que en su calidad de CONCESIONARIO ha realizado al IDU en su calidad de CONCEDENTE con respecto a los temas que a continuación se detallan y que han quedado sustentados en sus comunicaciones: CON3-GNC3-0208-2009. CON3 GNC3-0069-2011 y CON3-GNC3-0021-2012. Los aspectos frente a los cuales se efectúa la presente salvedad son los siguientes:

RECLAMACION SOBRE LA VALORACIÓN ECONOMICA POR VALOR DE (\$57.133,581.252). A PRECIOS DE 31 DE DICIEMBRE DE 2011. Y COMO TAL SUCEPTIBLE DE ACTUALIZACIÓN DISCRIMINADOS ASÍ:

- *RECLAMO 1 Mayor permanencia en obra (\$53.218.623.292).*
- *RECLAMO 2: Obra ejecutada no pagada.*
- *RECLAMO 3: Cambio de condiciones de ejecución (\$2.083.428.662)*
- *RECLAMO 4: Costos financieros por demoras en el pago (\$609.308.342)*

CONSIDERACIONES DEL IDU. Frente a lo manifestado por el Concesionario, el IDU aclara que adelantó el análisis técnico y legal correspondiente a la reclamación económica presentada por el concesionario, teniendo en cuenta todos y cada uno de los aspectos presentados para las pretensiones 1, 2, 3 y 4. Una vez efectuado el análisis técnico se procedió con el análisis legal en cuyo caso la Dirección Técnica de Gestión Contractual se pronunció mediante Memorando DTGC-20124350025683 de abril 3 de 2012 y se procedió a enviar dicho concepto al concesionario mediante Oficio STES-20123460213281 de mayo 3 de 2012, donde se le informa al concesionario que su solicitud de reconocimiento no procede”.

6.3.7. Quedó establecido que el 3 de diciembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de instalación de la amigable composición, en la sede de la Pontificia Universidad Javeriana, tal como se desprende del acta de instalación que reposa en copia

⁵⁴ Samai, índice 17 (expediente digital).

⁵⁵ Samai, índice 17 (expediente digital).

⁵⁶ Folios 242 a 254, cuaderno 3



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

obrante en el plenario⁵⁷, en la que por parte del IDU se expresó su desacuerdo frente a la competencia del amigable componedor debido a la circunstancia de haber finalizado el contrato. En efecto, en el acta referida textualmente se lee:

“ En la ciudad de Bogotá a los tres (3) días del mes de diciembre del año dos mil trece (2013), se dio inicio a la Sesión de Instalación de la Amigable Composición sobre el asunto de la Referencia en la Sala del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, siendo las tres de la tarde.

Dio inicio a la sesión el Coordinador de la Amigable Composición (Hernando Gutiérrez Prieto) quien solicitó a los asistentes presentarse.

(...)

Acto seguido, el Coordinador se refirió a los alcances de esta sesión precisando que a partir de su celebración comienzan a contar los términos establecidos por las partes en la cláusula 37 del Contrato de referencia. Pone de presente a las partes la regulación legal de la Amigable Composición (en especial lo dispuesto por la Ley 1563 de 2012 en sus artículos 59, 60 y 61) (...)

(...)

Por su parte el Dr. Mendoza representante del IDU, pone de presente que para su entidad existen objeciones de fondo para que la amigable composición se lleve a cabo. Considera que al haber terminado el contrato y de acuerdo con la decisión previa tomada por el Comité de Conciliación de la entidad, al haber terminado el contrato no puede modificarse su contenido y cualquier diferencia que quiera suscitarse será competencia exclusiva del Juez Administrativo.

En ese momento de la sesión se da la palabra nuevamente al Dr. Blanco quien afirma no compartir la posición jurídica del IDU

De esta manera expresa el Coordinador que existe una clara diferencia de apreciación de las partes sobre la competencia que tendrían los Amigables Componedores para Pronunciarse de fondo sobre el asunto. Nuevamente se insiste en el carácter de la sesión de instalación que no incluye el realizar pronunciamiento alguno que vincule a las partes o a los Amigables Componedores y que en consecuencia no teniendo las partes adiciones que realizar se procede a redactar el acta de la sesión. De acuerdo con lo previsto en la cláusula 37 la entidad convocante tendrá diez días hábiles para presentar su alegato y pruebas. Este término vence el día diecisiete de diciembre de dos mil trece (2013) a las cinco de la tarde. Los alegatos deberán radicarse en la Oficina Jurídica de la Universidad (...)

6.3.8. Está probado que el 17 de diciembre de 2013 Transmilenio presentó los “alegatos” ante el amigable componedor⁵⁸, que de conformidad con la cláusula 37.1.2.3. debían contener “Las peticiones que haga la respectiva parte al Amigable Componedor para resolver las diferencias”, en cuyo efecto solicitó a LA UNIVERSIDAD lo siguiente (se transcribe de forma literal, con errores inclusive):

“1.1. Que se reconozca que son ineficaces de pleno derecho (ineficacia que no requiere decisión judicial) las estipulaciones contenidas en el contrato inicial, en el acta ‘Acta No. 1 de Acuerdo de Obra Proyecto NQS Sur Tramo 3’ y en general en cualquier otro documento contractual, incluyendo los pliegos de condiciones, tendientes a impedir que TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S. reclame en busca del reconocimiento económico derivado del incumplimiento de las obligaciones del IDU y/o derivado de razones ajenas al concesionario que le hubieren generado perjuicios económicos y mayores costos u ocasionado la ruptura del equilibrio económico del

⁵⁷ Samai, índice 17 (expediente digital).

⁵⁸ De conformidad con lo señalado en los acápites denominados “PRESENTACIÓN” y “HECHOS” de la decisión del amigable componedor fechada el 17 de marzo de 2014, visible en: Samai, índice 17 (expediente digital).



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

contrato. Nos referimos específicamente a las siguientes estipulaciones contractuales:

- 1.1.1. *El inciso primero de la cláusula 14 del contrato principal según el cual 'la aplicación del contenido de la presente cláusula, remunera enteramente las obligaciones prestadas por el Concesionario y por lo tanto, las partes aceptan que no harán reconocimientos ni reclamaciones de alguna naturaleza si, aún aplicando la fórmula de pago contenida en esta cláusula durante la ejecución del contrato, cualquier proyección de las partes, conocida o no por su contraparte, sobre las cantidades de obra necesarias para cumplir con los resultados previstos en el contrato en cuanto a las Obras de Construcción, Obras para Redes, las obras para Demoliciones y Obras y Labores de Mantenimiento, los precios del mercado para acometer las Obras de Construcción, las Obras para Demoliciones, las Obras para Redes y las Obras de Adecuación de Desvíos, el valor de las Labores Ambientales y de Gestión Social, de los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, la variación de precios, costos y gastos administrativos, los costos financieros, régimen tributario, regulatorio, el estado físico de las vías, las características de los vehículos, las condiciones del suelo, las condiciones pluviométricas, las utilidades a obtener, las proyecciones macroeconómicas, o cualquier otro aspecto que directa o indirectamente afecte los resultados económicos del IDU, de TRANSMILENIO o del concesionario, no se cumplen, total o parcialmente'.*
 - 1.1.2. *El inciso segundo de la cláusula 17 del contrato principal según el cual 'en ningún caso el aplazamiento de obras por esta causa dará lugar al pago de sumas adicionales a las contenidas en la cláusula 14 por parte de TRANSMILENIO al Concesionario'.*
 - 1.1.3. *Sobre la constancia dejada en el 'ACTA No. 1 DE ACUERDO DE OBRA PROYECTO NQS SUR TRAMO 3' del el 11 de enero de 2006, según la cual 'las partes dejan expresa constancia que los cambios aquí descritos no causan traumas al normal desarrollo de la obra ni pone en riesgo la ejecución del contrato, ni la obtención de sus resultados conforme a los términos del mismo. Igualmente se deja expresa constancia que no se afecta y se garantiza la entrada en operación del sistema Transmilenio al 15 de marzo de 2006 entre el K0+000 al K1+400 de acuerdo con el cronograma de operación del sistema Transmilenio. Se deja expresa constancia que la ejecución de las obras a que se refiere la presente acta no representan costos adicionales para la Entidad, ni reclamación de ningún tipo para la entidad por el desplazamiento de los plazos aquí establecidos'.*
- 1.2. *Que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) es responsable patrimonialmente (artículo 50 de la ley 80 de 1993) por haber incumplido las obligaciones surgidas como consecuencia de la celebración y ejecución del contrato 242 de 2003 celebrado con la sociedad TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S., por las siguientes razones:*
- 1.2.1. *Por las demoras en la entrega al concesionario de los predios necesarios para la construcción tanto de las obras principales como de las redes.*
 - 1.2.2. *Por la no remoción oportuna de las limitaciones de los predios entregados para ser intervenidas por el concesionario.*
 - 1.2.3. *Por las demoras en la obtención del permiso de intervención forestal expedido por el DAMA.*
 - 1.2.4. *Por no haber obtenido oportunamente las autorizaciones para disponer del corredor férreo.*
 - 1.2.5. *Por haber introducido modificaciones extemporáneas al contrato para realizar las siguientes actividades, con lo cual se violó el deber de planeación:*
 - 1.1.5.1. *La construcción de redes de alcantarillado en el costado sur de la Autopista Sur.*
 - 1.1.5.2. *La relocalización de redes de servicio por parte de Gas Natural S.A. ESP.*
 - 1.1.5.3. *Relocalización de redes de servicio por parte de Codensa S.A. ESP.*
 - 1.1.5.4. *La modificaciones en el plan de manejo de tráfico – Carrera 74.*



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

1.3. Que se declare que el incumplimiento del CONCEDENTE provocó que la duración de la ejecución de la etapa de construcción del contrato de concesión se prolongara por más tiempo del inicialmente previsto, dando lugar a una mayor permanencia que generó perjuicios al CONCESIONARIO reflejados en los mayores costos que no pudieron ser recuperados con la remuneración recibida por la ejecución de las obras a su cargo.

1.4. En caso de que el amigable componedor llegare a considerar que las circunstancias que dieron lugar a las ampliaciones de plazo, no son imputables al CONCEDENTE, le solicitamos que declare que durante la ejecución del contrato 242 de 2003 sobrevinieron circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles y no imputables a TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S., que generaron mayores costos durante la ejecución del contrato en su Etapa de Construcción como consecuencia de la mayor permanencia en que incurrió el concesionario, lo que da lugar a la aplicación de la cláusula 40 del contrato de concesión.

1.5. Que en cualquiera de los dos casos anteriores se declare que, como consecuencia de la negativa del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO a atender los reclamos del CONCESIONARIO, el CONCEDENTE incumplió las obligaciones legales de i) adoptar las medidas tendientes a mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación (numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993), ii) de actuar de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, iii) de corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieren presentarse y iv) pese a haberse acordado los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, el Idu no les dio aplicación. (numeral 9 del artículo 4 de la ley 80 de 1993).

1.6. Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, ya sea porque se declare el incumplimiento de las obligaciones del CONCEDENTE, ya sea porque se declare la ocurrencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles no imputables al CONCESIONARIO, se disponga lo siguiente:

1.6.1. Que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO tiene el deber jurídico de pagar a TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S. una compensación económica por la totalidad de los mayores costos en que incurrió como consecuencia de la prolongación del plazo de la etapa de construcción del contrato 242 de 2003.

1.6.2. Que para efectos de garantizar el derecho a la reparación integral, se reconozca que la renuncia contenida en el Acta No. 1 'de acuerdo de obra proyecto NQS SUR TRAMO 3' de acuerdo con la cual se dejó constancia de que 'la ejecución de las obras a que se refiere la presente acta no representan costos adicionales para la Entidad, ni reclamaciones de ningún tipo para la entidad por el desplazamiento de los plazos aquí establecidos', es ineficaz por las razones que se expondrán más adelante.

1.6.3. Que en consecuencia, solicitamos que el amigable componedor decida, con carácter vinculante para las partes, que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, en su calidad de CONCEDENTE, tiene la obligación de pagar a favor de TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S., en su calidad de CONCESIONARIO, las siguientes sumas de dinero, o las que se demuestren en el transcurso del presente trámite (ya sea por encima o por debajo de lo solicitado):

Mayores Costos Fijos de Administración \$ 9.931.603.134
Mayores Costos Fijos de Mano de Obra \$523'230.540
Mayores Costos Fijos de Equipo y Maquinaria \$4.267'483.488
Mayor Remuneración Ambiental \$753'206.167
Mayor Remuneración de Tráfico \$905'413.942

Valor Total \$16.380.937.271

Valor básico a diciembre de 2002. Se actualiza al mes de octubre de 2013 con el IPC del mes anterior, septiembre de 2013:



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

Valor básico \$16.380.937.271

IPC noviembre de 2002 71,20
IPC septiembre de 2013 114,23

Valor actualizado a octubre de 2013:

\$16.380'937.271 * 114,23 / 71,20 \$26.280.821.131

- 1.6.4. *En subsidio de la solicitud contenida en el numeral 3.2. y en caso de que el amigable componedor considere que la renuncia contenida en la mencionada Acta No.1 tiene validez y/o eficacia jurídica, le solicito declarar que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, en su calidad de CONCEDENTE, tiene la obligación de pagar a favor de TRANSMILENIO DEL SUR S.A.S., en su calidad de CONCESIONARIO, las siguientes sumas de dinero, o las que se demuestren en el transcurso del presente trámite, de las cuales se descontó el período amparado por la mencionada acta No. 1.*

Mayores Costos Fijos de Administración \$7.897.906.830
Mayores Costos Fijos de Mano de Obra \$549'392.076
Mayores Costos Fijos de Equipo y Maquinaria \$3.200'612.616
Mayor Remuneración Ambiental \$301'282.467
Mayor Remuneración de Tráfico \$362'167.577

Valor Total \$12.154.392.395

Valor básico a diciembre de 2002. Se actualiza al mes de octubre de 2013 con el IPC del mes anterior, septiembre de 2013:

Valor básico \$12.154.392.395

IPC noviembre de 2002 71,20
IPC septiembre de 2013 114,23

Valor actualizado a octubre de 2013: \$12.154.392.395 * 114,23 / 71,20

\$19.499.947.237

- 1.6.5. *En cualquier caso, como las anteriores sumas de dinero se encuentran calculadas a precios del mes de octubre de 2013, le solicitamos al AMIGABLE COMPONEDOR disponer la actualización a la fecha en que se profiera la decisión final”⁵⁹.*

6.3.9. Se probó que el 17 de marzo de 2014 LA UNIVERSIDAD, en su condición de amigable componedor, dirimió la controversia mediante decisión⁶⁰ en la que se indicó que “(...) el Amigable Componedor (...) es competente para entrar a analizar y decidir la controversia surgida entre TRANSMILENIO DEL SUR S A S y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en relación con los mayores costos alegados por el contratista por una mayor permanencia en obra derivada de la ejecución del Contrato 242 de 2003”.

A su turno, en el mismo acuerdo compositivo, se resolvió lo siguiente:

⁵⁹ Las peticiones que en su momento Transmilenio le solicitó resolver a la Universidad fueron transcritas en el hecho cuarto del texto de la demanda, frente a lo cual, Transmilenio en la contestación de la demanda señaló que “En cuanto al contenido de las peticiones formuladas, el contenido de la transcripción es cierto”.

⁶⁰ Samai, índice 17 (expediente digital).



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

“PRIMERO – Declárese la competencia del Amigable Componedor para dirimir la controversia sobre la mayor permanencia en obra del Contrato 242 de 2003 entre TRANSMILENIO DEL SUR S A S y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO.

SEGUNDO – Entiéndase ineficaz de pleno derecho y por lo tanto sin efectos jurídicos, el inciso primero de la cláusula 14 del contrato principal, y el segmento donde se establece que 'se deja expresa constancia que la ejecución de las obras a que se refiere la presente acta no representan costos adicionales para la Entidad, ni reclamación de ningún tipo para la entidad por el desplazamiento de los plazos aquí establecidos' del Acta No 1 de acuerdo de obra proyecto NQS sur tramo 3, del 13 de enero de 2006.

TERCERO - Reconózcase al concesionario Transmilenio del Sur, el plazo de 9 (nueve) meses comprendido entre el 16 de agosto de 2005 y el 15 de marzo de 2006 como tiempo de mayor permanencia de obra durante la ejecución del Contrato de Concesión No 242 de 2003 para la Construcción de la Troncal Transmilenio NQS Sector Sur.

CUARTO - Reconózcase la suma de COP \$35 299 208 336,69 (treinta y cinco mil doscientos noventa y nueve millones doscientos ocho mil trescientos treinta y seis pesos con sesenta y nueve centavos m/cte), 1º de marzo del 2014, al concesionario Transmilenio del Sur, por concepto de sobrecostos de mayor permanencia en obra durante la ejecución del Contrato de Concesión No 242 de 2003 para la Construcción de la Troncal Transmilenio NQS Sector Sur”⁶¹.

6.3.10. Consta que, con fecha 2 de septiembre de 2014, el IDU envió a TRANSMILENIO el oficio STTEST 201434610047801, indicando los documentos que debían radicarse en la entidad, previa revisión por parte de la oficina de tesorería y recaudo, a efectos de realizar el pago del monto reconocido a favor del concesionario en la decisión emitida por el amigable componedor. De lo anterior da cuenta copia de la comunicación mencionada⁶².

6.3.11. Quedó establecido que, con oficio CON3GNC3-0106-2014 del 9 de septiembre de 2014, TRANSMILENIO radicó en el IDU los documentos requeridos para el pago del reconocimiento económico dispuesto en la decisión del amigable componedor, según consta en copia de la comunicación⁶³ referida.

6.3.12. Se probó que el 7 de octubre de 2014 se efectuó a favor de TRANSMILENIO el pago de \$35.299.208.337, por concepto del valor reconocido en la decisión del amigable componedor, según da cuenta la orden de pago 201410 3643 suscrita por el ordenador del pago, con constancia de recibido por parte de TRANSMILENIO⁶⁴.

⁶¹ Folios 242 a 263, cuaderno 6.

⁶² Samai, índice 17 (expediente digital).

⁶³ Samai, índice 17 (expediente digital).

⁶⁴ Samai, índice 17 (expediente digital).



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

6.4. La solución al caso concreto

Lo expuesto anteriormente permite advertir que el fundamento de la pretensión primera declarativa subsidiaria de la demanda, que a su vez coincide con el reproche del recurso de apelación, se circunscribe al objeto o materia de la controversia que TRANSMILENIO puso en conocimiento de LA UNIVERSIDAD y que fue resuelta por esta en la decisión que adoptó, cuestionamiento que la parte actora explica, en concreto, en función de una extralimitación de las “competencias” de la cláusula del contrato de concesión que disciplinó la amigable composición, y del contenido declarativo y condenatorio de las peticiones que TRANSMILENIO formuló en el “alegato” que presentó y que, en opinión del IDU, le habría correspondido conocer y resolver únicamente al juez del contrato.

Desde una primera óptica, la Sala observa que el cuestionamiento que hizo la parte actora a la decisión emitida por LA UNIVERSIDAD no entraña un vicio propio de la nulidad absoluta, sino que corresponde a la caracterización de una figura distinta del ordenamiento jurídico, cual es la inoponibilidad del acto emitido por el amigable componedor frente a las partes del contrato de concesión.

En efecto, el presupuesto de dicho cuestionamiento lo fundamentó la parte actora en un exceso de “competencias” de parte de LA UNIVERSIDAD, asunto que, en estricto sentido y bajo esta primera óptica, plantea un problema en torno a la extralimitación de las facultades que las partes del contrato de concesión convinieron en el encargo que hicieron al amigable componedor.

En este punto, es preciso resaltar, tal como atrás se anotó, que la amigable composición es una figura de orden sustancial, con naturaleza eminentemente contractual, que se desarrolla o implementa a través de diferentes contratos, incluido dentro de estos un mandato⁶⁵ con representación entre las partes y el amigable componedor. En este sentido, el Consejo de Estado de vieja data ha señalado que se identificaron los siguientes tipos de contratos, inmersos en la amigable composición, a saber:

“(...) es una institución sustantiva o de carácter contractual” y, en tal virtud, se la trata como “un contrato complejo, mixto o unión de contratos”. Así, entonces, se afirma que la amigable composición constituye un complejo jurídico que contiene tres contratos diferentes, a saber:

a). El contrato de composición propiamente dicho, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión que adopten sus respectivos mandatarios, designados por ellas para tal efecto.

⁶⁵ El artículo 2142 y siguientes del Código Civil regulan el contrato de mandato como aquel en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

b). El contrato de mandato con representación, el cual es celebrado, ya no entre los contendores, sino entre cada uno de éstos y su amigable componedor o entre ellos y el componedor único; **se trata, como es lógico, de un mandato con representación, en virtud del cual el apoderado se obliga a celebrar, por cuenta y a nombre de su mandante, un acto jurídico que consistirá en el acuerdo que ponga fin a la controversia.**

c). El contrato de transacción o uno innominado, que es el acordado entre los componedores, en ejercicio del mandato con representación que han recibido, cuyo contenido consistirá en el conjunto de estipulaciones que ellos convengan para dar solución final a la controversia.”

(...)

En suma, la amigable composición constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos dispuesto para dirimir las controversias que se susciten en virtud de un negocio jurídico, en cuanto “al estado, las partes y el cumplimiento del mismo”, para lo cual las partes interesadas delegan en una o en varias personas la facultad de dirimir la controversia, de orden contractual, con los mismos efectos que se predicen de la transacción, en los términos del artículo 2483 del Código Civil.

Bajo este panorama, **la institución en comento, a juicio de la Sala, surte efectos únicamente entre las partes del conflicto, en los aspectos que hayan sido objeto del encargo; en este sentido, el encargo surge en virtud de un negocio jurídico de mandato, el cual conlleva representación, en la medida en que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los comitentes y la decisión sólo obliga a éstos, lo cual supone, desde luego, que los mandatarios o componedores deben actuar dentro del marco encomendado por los comitentes, so pena de las consecuencias jurídicas que se desprenden de actuar por fuera de los límites del mandato, como lo disponen los artículos 841 y 1266 del Código de Comercio.**⁶⁶ (negrilla fuera del texto original)

Posición reiterada en reciente sentencia del 23 de septiembre de 2022, a propósito de lo cual esta Corporación resaltó que la figura de la amigable composición “constituye: i) un mecanismo de autocomposición, convencional, principal y autónomo que surte efectos únicamente entre las partes en conflicto en los aspectos que hayan sido objeto del encargo; ii) el que el cometido o gestión de los componedores surge en virtud de un negocio jurídico de mandato que, a más de no revestir ninguna solemnidad y dada la naturaleza de la institución, conlleva representación, dado que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los comitentes, por lo que (iii) la decisión sólo obliga a éstos, lo cual supone, desde luego, que los componedores deben actuar dentro del marco encomendado por los comitentes.”⁶⁷ (subrayado fuera del texto)

Así las cosas, en virtud de la relación jurídica de mandato con representación que se predica entre componedor(es) y comitente(s), el primero está sometido a los límites establecidos por los segundos que lo encargan para que, en nombre y por cuenta de ellos, resuelva las controversias que surjan con ocasión del contrato suscrito entre dichos comitentes, motivo por el cual, tratándose del componedor, no es jurídicamente correcto plantear cuestionamientos frente a su decisión fundados

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2015, Rad.: 38053, que a su vez reiteró lo expuesto en auto de 4 de abril de 2013 emanado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 2022, Rad.56940.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

en el exceso de “*competencias*” –que son propias de las autoridades públicas y de particulares que cumplan funciones públicas– sino en la extralimitación de las facultades que tengan origen en esa relación jurídica de mandato con representación.

Precisamente, de acuerdo con las normas aplicables al contrato de mandato⁶⁸, por regla general, el mandatario no puede exceder los límites de su encargo y si lo hace, los actos que así se cumplan no obligan al mandante, salvo que este los ratifique. Asimismo, la representación⁶⁹ en el mandato implica que solo los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el mandatario en nombre del mandante, dentro del límite de sus poderes, producen directamente efectos en relación con éste.

En este orden de ideas, dado que en el presente caso la parte actora fundamenta su cuestionamiento en el hecho de que la decisión de LA UNIVERSIDAD desconoció la cláusula 37.1.1. del contrato de concesión que establecía que el amigable componedor no tenía “*competencia*” para modificar las cláusulas de ese negocio jurídico, esta problemática, vistas las consideraciones antecedentes, no era jurídicamente viable encauzarla a través de la pretensión de la declaración de nulidad absoluta sino de la declaración de inoponibilidad de la decisión emitida por el amigable componedor, figura esta última que, al igual que la nulidad, constituyen formas de atacar la eficacia del acto jurídico⁷⁰. Sin embargo, en el *petitum* de la demanda, la parte actora no atacó la decisión del amigable componedor a través de una pretensión que persiguiera la declaratoria de inoponibilidad, razón por la cual ese asunto escapa al análisis de la Sala.

Ahora bien, desde una segunda óptica, el contenido del cuestionamiento se dirige a atacar la decisión de LA UNIVERSIDAD con fundamento en que esta supuestamente sustituyó al juez del contrato, dado que, en el trámite convenido en

⁶⁸ “Código de Comercio. Artículo 1266. Límites del mandato y actuaciones. El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo.

Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.

El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación”.

“Código Civil. Artículo 2180. Responsabilidad por extralimitación del mandato. El mandatario que ha excedido los límites de su mandato es solo responsable al mandante, y no es responsable a terceros sino:

1. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes.

2. Cuando se ha obligado personalmente”.

⁶⁹ “Código de Comercio. Artículo 833. Efectos jurídicos de la representación. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.

La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar”.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-17 de 2005 [MP. Rodrigo Escobar Gil] y C-330 de 2012 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

el contrato de concesión para la resolución de la controversia a través de la amigable composición, TRANSMILENIO planteó peticiones frente a las que sólo podía pronunciarse dicho juez.

No pasa por alto la Sala el hecho de que, pese a que en la demanda la parte actora desarrolló su cuestionamiento en un acápite que denominó *“DE LA IMPROCEDENCIA DE CONTINUAR EL TRÁMITE DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN – OBJETO Y CAUSA ILÍCITA”*, en ningún apartado de dicho documento explicó cómo lo decidido por LA UNIVERSIDAD, sustituyendo al juez del contrato, configuró las causales de nulidad por objeto ilícito y causa ilícita. A lo sumo expresó que el contenido de las peticiones elevadas por TRANSMILENIO ante LA UNIVERSIDAD ponían a esta la posición del juez del contrato, autoridad que, a diferencia de aquella, conoce de pedimentos *“con el fin que se le aplique el derecho declarándolo, expresando que existe y las consecuencias de su existencia”*, mientras que los amigables componedores *“no están investidos de jurisdicción y sería contrario a derecho que llegasen a condenar, porque sus conclusiones estarían encaminadas a tal materia en el presente asunto”*.

Se evidencia cómo la parte actora no hizo en la demanda ningún esfuerzo por explicar cómo la resolución de controversias que tenga origen en peticiones de contenido declarativo y condenatorio vicia la decisión compositiva de objeto ilícito y causa ilícita, sencillamente le bastó con considerar que ese contenido es exclusivo de las controversias que resuelve el juez del contrato.

Para la Sala el hecho de que TRANSMILENIO haya incorporado en sus *“alegatos”* peticiones de contenido declarativo y condenatorio frente a la controversia que puso en conocimiento de LA UNIVERSIDAD y que esta resolvió a través de la decisión atacada, no configura *per se*, ningún supuesto que verifique la configuración de las causales de objeto ilícito⁷¹ y causa ilícita⁷².

⁷¹ De conformidad con los artículos 1519 y 1251 del Código Civil, hay objeto ilícito, respectivamente, *“en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”* y *“(…) en la enajenación: 1. de las cosas que no están en el comercio, 2. de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, 3. de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”*.

⁷² De conformidad con el artículo 1524 del Código Civil *“(…) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

En este punto, es importante tener presente que, de acuerdo con la Ley 80 de 1993⁷³, vigente para cuando fue suscrito el contrato de concesión⁷⁴, las entidades estatales estaban habilitadas para acudir a la amigable composición⁷⁵, mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que lo que interesa es que el amigable componedor resuelva la controversia que se le plantea precisando el estado de la relación entre las partes contractuales que lo delegaron para esos efectos.

Se advierte lo anterior porque, en este caso, precisamente se observa que en la parte resolutive de la decisión, LA UNIVERSIDAD finiquitó la controversia que le había sido planteada, la cual estaba directamente asociada a las diferencias legales y económicas que las partes habían consignado en la liquidación de común acuerdo que suscribieron, acotadas en los referidos “alegatos” a un específico reclamo: la mayor permanencia en obra, asunto cuya resolución no comprometía la observancia de ninguna norma jurídica de orden público, como lo hubiera podido

⁷³ La ley 80 de 1993, en sus artículos 68 y 69, habilitó expresamente a las entidades estatales para que resolvieran sus diferencias mediante la conciliación, la amigable composición y la transacción y proscribió la posibilidad de prohibir “la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales”.

⁷⁴ En el marco del contrato de concesión objeto de estudio, la habilitación legal del IDU y Transmilenio para acudir a la amigable composición debe estudiarse al momento de la suscripción de dicho contrato, puesto que, tratándose de una institución de derecho sustancial y no procesal, las normas relativas a dicho mecanismo de solución de conflictos se integraron al referido negocio jurídico, sin perjuicio de resaltar que, al momento de proferirse la decisión del amigable componedor, se encontraba en vigencia la Ley 1563 de 2012, en cuyo artículo 59 la amigable composición se definió como un “mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición”. En sentido similar se puede consultar la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de la Corporación, de 11 de octubre de 2021 [Exp. 05001-23-31-000-2006-03454-01 (55104)].

⁷⁵ En lo que respecta a la postura según la cual la Ley 446 de 1998 habría derogado el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que permitía a las entidades acudir a la amigable composición, esta Corporación se pronunció en la Sentencia de 15 de abril de 2015, Rad.: 38053, en la que se lee: “Por virtud del artículo 130 de la Ley 446 de 1998 no se derogó el inciso 2° del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, acerca de la competencia de las entidades estatales para celebrar el acuerdo de amigable composición. Para ello, se apoya en el siguiente razonamiento: i) la Ley 80 es una ley especial para la contratación estatal, ii) la Ley 80 de 1993 no es incompatible con las disposiciones acerca de los medios de solución de conflictos definidos en la Ley 446 de 1998 y iii) la Ley 446 de 1998 no reguló integralmente la misma materia del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que éste último artículo se refirió a la competencia de las entidades estatales dentro del contrato estatal, asunto diferente al que contempló la Ley 446. Todo ello da lugar a la pervivencia del artículo 68 de la Ley 80 por aplicación del artículo 3° de la Ley 153 de 1887; iv) se encuentra un razonamiento adicional para colegir que la Ley 446 de 1998 no derogó el artículo 68 la Ley 80 de 1993, en la medida en que su ámbito de aplicación se refirió a los medios para descongestionar la justicia, de manera que sus disposiciones no tenían por objeto determinar la competencia de las entidades estatales en la égida contractual. Desde esa perspectiva, la definición incorporada en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la amigable composición entre particulares, no puede entenderse como una norma que eliminó la viabilidad de la amigable composición permitida a las entidades estatales. Bien se advierte que este criterio se funda en la diferencia material del contenido de una ley frente a otra, no en la relación entre una disposición particular y otra general, ni en la condición de género a especie, entre las leyes citadas; v) se agrega que las normas mencionadas no eran opuestas a los efectos jurídicos citados en el artículo 131 de la Ley 446 de 1998, el cual tuvo aplicación para las entidades estatales en la medida en que la Ley 80 de 1993 no dispuso otra cosa, y por lo tanto, se predicó para la composición, el carácter de una transacción, la cual, por otra parte, se encontraba permitida para las entidades estatales por virtud del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, como una de las formas de terminar el proceso judicial”.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

ser, a mero título de ejemplo, el desconocimiento de actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales.

Bajo estas consideraciones, la decisión de LA UNIVERSIDAD no desconoció ninguna competencia judicial; es más, dado que el amigable componedor tiene únicamente los derechos que corresponden a los mandatarios, las propias partes del contrato de concesión habrían podido perfectamente adoptar, ellas mismas y de común acuerdo, las determinaciones a las que arribó LA UNIVERSIDAD frente a uno de los asuntos en los que no hubo acuerdo entre aquellas cuando liquidaron dicho contrato y que motivaron la salvedad correspondiente, sin que por ello hubieran sustituido al juez del contrato.

No se olvide que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, antes de las modificaciones de la Ley 1150 de 2007, establecía que en el acta de liquidación *“las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”*, de manera que en ésta *“constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo (...)”*, contexto en el que la decisión de LA UNIVERSIDAD, enmarcada en la facultad que las partes del contrato de concesión le confirieron al amigable componedor para *“dirimir cualquier conflicto derivado de aspectos financieros, técnicos y legales, o discrepancias que surjan con ocasión de la ejecución, interpretación y/o liquidación”*, vino precisamente a resolver las divergencias que aquellas habían expresado en el acta de liquidación bilateral en relación con la mayor permanencia en obra del concesionario.

Cabe indicar que la existencia de una liquidación con salvedades no implica que la única posibilidad de resolver las discrepancias de las partes del contrato frente a estas sea la vía judicial, contexto en el que precisamente los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluidos los de corte sustancial como la amigable composición, conservan su plena aplicación para resolverlas. La única limitante sería que haya transcurrido el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, porque en tal caso si las partes ya no pueden llegar a acuerdos comunes para liquidar el contrato, mucho menos puede hacerlo el amigable componedor, que actúa por mandato de aquellas.

Ahora bien, la circunstancia de que en el trámite convenido para el desarrollo de la amigable composición, TRANSMILENIO incluyera unas peticiones de contenido declarativo, condenatorio y de responsabilidad, no puede hacer perder el foco sobre lo que se ataca en la pretensión primera subsidiaria de la demanda, es decir, la decisión de LA UNIVERSIDAD en sí misma considerada, en la que, si bien se hace



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

mención a dichas peticiones, la forma en que las mismas fueron resueltas no implicó el ejercicio de funciones judiciales, sino reconocimientos económicos propios del contenido de la liquidación del contrato y que no escapaban a los límites convenidos por las partes contratantes frente al encargo del amigable componedor.

Así las cosas, la Sala concluye que el amigable componedor actuó como delegatario de las partes, en el marco de las facultades que las partes, habilitadas plenamente para pactar este mecanismo de solución de controversias, le atribuyeron en la cláusula 37 del contrato de concesión, emitiendo una decisión vinculante y con efectos de transacción, tal como lo expuesto esta Subsección⁷⁶, en criterio que aquí reitera:

“Sobre las decisiones proferidas por el amigable componedor, se debe decir que la Ley 1563 de 2012, por medio de la que se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, en su artículo 59, definió la amigable composición como un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del que las partes delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

Esta Sección ha señalado que esta figura está directamente relacionada con el derecho de los contratos⁷⁷, toda vez que, mediante el convenio de composición, que es proferido por el amigable componedor, se dirime el conflicto con una solución que se integra al negocio jurídico y, en consecuencia, obliga a las partes.

*Respecto a sus efectos, la jurisprudencia de esta corporación⁷⁸ ha establecido que la decisión del amigable componedor es plenamente vinculante para las partes, de acuerdo con las siguientes consideraciones: **i)** el artículo 60 de la ley 1563 de 2012 prevé que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción; **ii)** la transacción, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1625 y 2483 del Código Civil, es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada, aun cuando la decisión no haya sido proferida por autoridad judicial; **iii)** el artículo 297.2 del CPACA, enlista, como título ejecutivo, las decisiones en firme proferidas en uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas se obligan, de manera clara, expresa y exigible, al pago de sumas de dinero; **iv)** en atención a la naturaleza del mecanismo, puesto que los compromisos son asumidos de forma voluntaria por las partes, quienes son los que facultan a un tercero para que decida el conflicto suscitado entre ellas. Esto, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, consignado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993; **v)** la decisión del amigable componedor no necesita de ratificación alguna por las partes contractuales para que resulte obligatoria para ellos, salvo que estos consideren que aquella se encuentra viciada de nulidad por el incumplimiento de los requisitos de existencia o validez de los actos”.*

Para finalizar, resta anotar que en el recurso de apelación la parte actora se refirió a una circunstancia en la que no había puesto su lupa⁷⁹ durante el proceso, al indicar

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad.: 52430.

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero 1998, expediente 11477.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 12 de diciembre 2017; expediente 2338.

⁷⁹ En opinión de la Sala no se está en presencia de un nuevo argumento que no hubiera sido alegado por la parte actora en la demanda, puesto que corresponde a una consideración incorporada en la decisión atacada de la Universidad que, de acuerdo con aquella, era objeto del cuestionamiento



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

que el amigable componedor sustituyó el juez del contrato *“al considerar que era inaplicable un aparte del pliego de condiciones”*. Sin embargo, del texto de la decisión de LA UNIVERSIDAD no existe una sola consideración en su parte motiva⁸⁰ ni mucho menos una mención en la parte resolutive⁸¹ que esté referida al

esgrimido por el IDU en el sentido de señalar que se trataba de un asunto del resorte del juez del contrato y no del amigable componedor.

⁸⁰ *“Frente a estas solicitudes (véase acápite de la presente providencia “El cuestionamiento de la parte actora a la decisión de la Universidad” las peticiones de Transmilenio 1.1., 1.1.1. y 1.1.3) el amigable componedor considera que la Ineficacia de Pleno Derecho es una sanción que no necesita de pronunciamiento judicial, tal como lo ha desarrollado el derecho mercantil colombiano (...)*

(...)

El Consejo de Estado ha hecho algunos pronunciamientos sobre la figura aplicados a la contratación estatal, toda vez que la Ley 80 de 1993 en el numeral 5°, literal f) del artículo 24, contempla esta categoría jurídica. La Sala de Consulta y Servicio Civil en un pronunciamiento del 26 de agosto de 1998 señaló (...)

(...)

Se destaca la forma como plantea el Consejo de Estado que la Ineficacia de pleno Derecho es subsanable, pues si la figura arrasa con todo el contrato, se le estaría dando un alcance mayor al que el ordenamiento legal de la Contratación Pública le estableció.

En un fallo más reciente, también encontramos cómo el Supremo Tribunal Administrativo entra a diferenciar la figura de la ineficacia del de la nulidad, de la siguiente manera ‘La ineficacia y la nulidad son conceptos jurídicos diferentes, en el primer caso el acto no está llamado a producir los efectos que le son propios y en el segundo se presupone la existencia de un acto o contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse su validez, en este último evento lo cierto es que aunque viciado ese acto o contrato estará llamado a generar efectos hasta el momento en que lo aniquile la declaración judicial de nulidad’

Remitiéndonos nuevamente al numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80, donde se consagra la ineficacia de pleno derecho, la norma expresamente señala lo siguiente (...)

Encontramos así la norma aplicable al caso concreto, donde se exponen los hechos que dan lugar al reconocimiento de la ineficacia Las pretensiones analizadas se estudian a partir de encuadrar los hechos solicitados a los enunciados normativos Como antesala a la decisión, se puede concluir que los literales que tienen aplicación son el c) y el d), teniendo en cuenta que el tema evaluado en esta amigable composición son los sobrecostos derivados de un mayor tiempo de permanencia en obra Siendo así, consideramos Ineficaz de pleno Derecho dicha cláusula pues contraviene lo dispuesto en el literal d), numeral 5° del artículo 24 (Ley 80 de 1993), donde se establece que ‘No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren’ Tomarla como si produjera plenos efectos jurídicos, sería impedir cualquier tipo de reclamación, vulnerando así los derechos de los afectados por todas las situaciones que enmarcan esta cláusula o las situaciones que directa o indirectamente afecten los resultados económicos, luego prácticamente cualquier situación que altere los resultados económicos

(...)

En esta pretensión el análisis sobre el segmento señalado debe hacerse de forma parcial, teniendo en cuenta que se tratan dos temas diferentes costos y rendimiento del concesionario en la ejecución del contrato

En cuanto al rendimiento nos ceñimos al análisis técnico del amigable componedor, donde se concluyó que con el rendimiento que llevaba el concesionario desde junio 2005, momento en que se estableció la prórroga por medio del OtroSí No 10 y el Contrato Adicional No 1, se estima que cuando estaban disponibles la totalidad de los predios, el contratista estaba en capacidad de cumplir el contrato en el plazo pactado (hasta marzo de 2006). Frente al ACTA No 1 DE ACUERDO DE OBRA PROYECTO NQS SUR TRAMO 3, del 13 de enero de 2006 es importante poner de presente el momento de la firma, pues para esa época se contaba con todos los predios y en el estudio técnico se muestra como a partir del mes de enero de 2006, el concesionario bajo su rendimiento.

No obstante frente al tema de los costos si es procedente la ineficacia de pleno derecho, pues el amigable componedor considera que contiene condiciones de imposible cumplimiento, al evitar reclamaciones por costos adicionales, llevando a una aceptación de un hecho que según las conclusiones del análisis técnico es falso, puesto que las obras y aspectos señalados en esta acta si generaron sobrecostos en la ejecución del contrato. Adicionalmente se considera que se vulnera expresamente el literal c), numeral 5° del referido artículo 24 de la Ley 80 de 1993, donde se establece que ‘se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato’, teniendo en cuenta que los cambios descritos en esta acta, dan cuenta que no se definieron en el contrato con precisión las obras o servicios necesarios para su completa ejecución

Frente a la imposibilidad de una declaratoria parcial de la ineficacia, es procedente entonces la declaratoria como ineficaz de pleno derecho la totalidad del segmento acá señalado”.

⁸¹ *“SEGUNDO - Entiéndase ineficaz de pleno derecho y por lo tanto sin efectos jurídicos, el inciso primero de la cláusula 14 del contrato principal, y el segmento donde se establece que ‘se deja*



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

pliego de condiciones que disciplinó el proceso de selección que antecedió el contrato de concesión suscrito entre el IDU y TRANSMILENIO, ni tampoco dicho acto obra en el expediente, lo que impide a la Sala entrar a hacer algún juicio de valor sobre ese respecto.

En virtud de lo expuesto el cargo de la demanda aquí analizado por la Sala no prospera, por lo que se procederá a confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, de 15 de mayo de 2018, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

7. Costas

En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, vigente para cuando se interpuso el recurso de apelación, normativa que establece, en su artículo 365, numeral 3, que se condenará en costas de la segunda instancia a la parte recurrente cuando la providencia del superior confirme en todas sus partes la de primera instancia.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este orden de ideas, se fijan las agencias en derecho a cargo del IDU y a favor de las demandadas, de conformidad con las previsiones del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 –*vigente para cuando el presente proceso se inició*–, por segunda instancia, en el monto correspondiente al 0.2% del valor de las pretensiones negadas (\$35.299.208.336.69), es decir, \$70.598.416,67, suma que corresponderá por mitades a favor de cada una de las demandadas, quienes actuaron a través de apoderado en el trámite de la segunda instancia⁸².

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado

expresa constancia que la ejecución de las obras a que se refiere la presente acta no representan costos adicionales para la Entidad, ni reclamación de ningún tipo para la entidad por, el desplazamiento de los plazos aquí establecidos' del Acta No 1 de acuerdo de obra proyecto NOS sur tramo 3, del 13 de enero de 2006".

⁸² Obran en el expediente los alegatos de segunda instancia de Transmilenio y la Universidad. Folios 537 a 561, Cuaderno segunda instancia.



Expediente: 25000-23-36-000-2015-00762-04 (64331)
Actor: IDU
Demandado: Pontificia Universidad Javeriana y otro
Referencia: Controversias contractuales

William Barrera Muñoz.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte actora –IDU– que deberá pagar en favor de cada una de las demandadas –TRANSMILENIO y LA UNIVERSIDAD–, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en **segunda instancia**, se fija la suma de \$70.598.416,67, valor que deberá ser pagado por la actora por mitades a cada una de las demandadas.

CUARTO: Aceptar la renuncia al poder presentada por el doctor Héctor Eduardo Patiño Domínguez, apoderado de la Pontificia Universidad Javeriana, de conformidad con el artículo 76 del CGP.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 74 y siguientes del Código General del Proceso, reconocer personería al abogado Gonzalo Cala Moncaleano, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.410.344 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional 35172 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Pontificia Universidad Javeriana, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SEXTO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría de la Sección, devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

VF