



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000-23-26-000-2006-00650-01 (42.442)
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano-IDU
Demandado: Universidad Militar Nueva Granada y otros
Proceso: Acción contractual

APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. RÉGIMEN DEL CONTRATO-Como fue celebrado por un establecimiento público, se rige por la Ley 80 de 1993. AMIGABLE COMPOSICIÓN-Noción, evolución y naturaleza. AMIGABLE COMPOSICIÓN-Forma de controvertirla. MOTIVOS DE INVALIDEZ-Sigue las reglas de todo acto jurídico. AMIGABLE COMPONEDOR-Efectos de cosa juzgada. MECANISMO DE AUTOCOMPOSICIÓN-Convencional, principal y autónomo. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-Cuando las estipulaciones sean claras, no puede desconocerse lo acordado. MANDATO-El encargo de los componedores surge del negocio jurídico del mandato. COMPONEDOR-Actúa en nombre y por cuenta de los comitentes y la decisión sólo obliga a estos. CAPACIDAD O COMPETENCIA-Se delimita según la facultad que tengan las partes para transigir el objeto de la controversia. EXTRALIMITACIÓN DEL MANDATO-El amigable componedor debe actuar dentro de los límites del mandato conferido por las partes. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*-Doctrina de los actos propios. TESTIGO SOSPECHOSO-Valoración probatoria. DEBER DE INFORMACIÓN-Las partes pueden acordar el trámite de la amigable composición o remitirse al reglamento de un centro arbitraje. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, contra la sentencia del 22 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

“PRIMERO. DECLARAR de oficio la excepción de PLEITO PENDIENTE frente a la pretensión tercera de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás excepciones formuladas por la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR de oficio la NULIDAD del otrosí No. 5 del 12 de noviembre de 2004, que modificó la cláusula No. 38, incluyendo la amigable composición como mecanismo de solución de conflictos en el contrato 043 de 2003. En consecuencia,

CUARTO: DECLARAR la NULIDAD del Reporte de Conclusiones de 16 de septiembre de 2005, en la amigable composición IDU-SV2 dentro del contrato

de obra IDU 043 de 2003, proferido por la **UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**.

QUINTO: Sin condena en costas” (f. 222 c. p.pal).

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y el consorcio Estación San Victorino celebraron el contrato n°. 043 de 2003 para los ajustes de diseño, construcción y mantenimiento de la Estación San Victorino del sistema Transmilenio. Las partes acordaron que cualquier diferencia relacionada con la ejecución del contrato sería resuelta a través del mecanismo de amigable composición. Una vez surgido un conflicto, el consorcio acudió a la Universidad Militar Nueva Granada, quien decidió que se debía reconocer al contratista \$1.308.656.962 como restablecimiento económico del contrato. El IDU solicitó que se declarara la nulidad de dicha decisión, como consecuencia de la falta de capacidad o competencia para adoptarla y porque sólo los particulares podían acudir a este mecanismo de solución de conflictos.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 21 de febrero de 2006¹, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, a través de apoderado judicial, formuló acción contractual contra la Universidad Militar Nueva Granada –como amigable componedor– y las sociedades Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores y Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda. Contein –como integrantes del consorcio Estación San Victorino–. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas:

PRIMERA: *Que es nula la decisión de fecha 16 de septiembre de 2005 tomada por la Universidad Militar Nueva Granada.*

SEGUNDA: *Como consecuencia de lo anterior dicha decisión no surte ningún efecto entre las partes.*

TERCERA: *Que se declare que no existió desequilibrio económico del contrato por tal razón la entidad no le adeuda suma alguna por este concepto al contratista. (f. 234 c. 1).*

Hechos

¹ Según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, folio 31 c. 1.

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que suscribió el contrato de obra pública n°. 043 de 2003 con el consorcio Estación San Victorino. El contrato tenía por objeto realizar los ajustes de diseño, la construcción y el mantenimiento de la estación intermedia de San Victorino del sistema Transmilenio ubicada en la Avenida Jiménez sobre la troncal Caracas. Su vigencia se pactó por un término de 66 meses, pero entre prórrogas y adiciones, el contrato se extendió por 3 meses y 9 días más. El 12 de noviembre de 2004, las partes suscribieron el otrosí n°. 5 para modificar el numeral 38.1.1 del contrato inicial, en donde pactaron –respecto de la elección y facultades del amigable componedor– que de presentarse diferencias contractuales la Universidad Militar Nueva Granada actuaría como amigable componedor técnico.

Señaló que el consorcio San Victorino reclamó ante el IDU el restablecimiento económico del contrato. Ante dicha solicitud, la entidad pidió a la interventoría un concepto técnico sobre la reclamación, quien se opuso a la petición del contratista y dejó consignadas las razones en el oficio n°. 04270 del 19 de enero de 2005. La entidad puso en conocimiento del consorcio dicho concepto a través del oficio n°. IDU-03111 STEO-3300, en el cual indicó que el IDU compartía plenamente las consideraciones del interventor y, por tal motivo, resultaba improcedente la petición del contratista.

Expuso que el 4 de abril de 2005, el consorcio Estación San Victorino presentó ante la Universidad Militar Nueva Granada una solicitud de formalización e instalación de amigable composición, para que resolviera sobre el desequilibrio económico del contrato. Señaló que el 25 de mayo siguiente, la entidad manifestó que no estaba de acuerdo con la instalación de la amigable composición, porque esta jurisdicción era la competente para resolver la controversia. El 12 de julio del mismo año, la Universidad Militar Nueva Granada resolvió admitir la solicitud de amigable composición y ordenó correr traslado de la solicitud al IDU por un término de 10 días. Además, la universidad indicó que, dadas las características de la controversia, se conformaría un grupo interdisciplinario y el procedimiento sería el regulado en la cláusula trigésima octava del contrato de obra.

Explicó que en reiteradas oportunidades el IDU, a través de su apoderada, se opuso al trámite de amigable composición y, por ello, no se hizo participe en el proceso, porque no presentó alegatos, no solicitó pruebas y tampoco controvirtió

las presentadas por el contratista. A pesar de la reiterada oposición del IDU, el 16 de septiembre de 2005 se resolvió el referido conflicto, pero con una falta de capacidad o competencia, al realizar un análisis sobre el desequilibrio económico del contrato y reconocer al contratista \$1.308.656.962.

Sostuvo que la amigable composición constituye una solución de índole contractual a la que solamente pueden acudir los particulares. Pidió la nulidad de la decisión al considerar que *i)* desobedeció la normativa prevista en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998; *ii)* la falta de capacidad o competencia del amigable componedor para resolver una reclamación por el desequilibrio económico del contrato y definir la naturaleza jurídica del oficio n°. IDU-03111 STEO-3300 y *iii)* las presuntas irregularidades en el procedimiento de la amigable composición, que hizo consistir en que se tomó una decisión de fondo pese a la oposición del IDU y no se vinculó al Ministerio Público al trámite.

Finalmente se refirió a los 17 puntos que fueron reclamados por el contratista como factores de desequilibrio económico del contrato para concluir que no debe reconocérsele suma alguna, para lo cual se remitió a las razones esgrimidas por el interventor para negar dicha solicitud.

Contestación de la demanda

El 18 de mayo de 2009 (fls. 447-481 c. 1), las sociedades Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores y Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda. Contein, al contestar la demanda, se opusieron a las pretensiones. Esgrimieron que no es cierto que la Universidad Militar Nueva Granada excedió su mandato, porque actuó conforme a lo pactado en la cláusula trigésima octava del contrato. Propuso la excepción de «cosa juzgada», porque la decisión de la amigable composición tiene efectos de transacción y vincula a las partes, en los términos del artículo 1602 del CC. Frente a la tercera pretensión, formuló las excepciones de «pleito pendiente» e «indebida acumulación de pretensiones», ya que, por intermedio de apoderado judicial, instauró acción contractual en contra del IDU por la ejecución del contrato n°. 043 de 2003, cuyas pretensiones –entre otras–, son las mismas que presentó ante la Universidad Militar Nueva Granada para el trámite de la amigable composición.

Por su parte, el 18 de mayo de 2009 (fls. 372-389 c. 1), la Universidad Militar Nueva Granada también se opuso a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su defensa, formuló los medios exceptivos de i) «inexistencia de nulidad de la decisión contenida en el reporte de conclusiones», dado que la demandante no alegó alguna de las causales de nulidad del Código Civil; ii) «inexistencia de la obligación a indemnizar», porque la universidad actuó dentro de su competencia; iii) «prescripción»; iv) «falta de legitimación en la causa por activa», porque no le asiste un interés económico o jurídico al IDU; v) «compromiso», debido a que las partes acordaron que las diferencias contractuales se resolverían en una amigable composición; vi) «cosa juzgada», ya que la decisión del componedor es vinculante para las partes y vii) «temeridad y mala fe», porque la demandante no puede desconocer lo pactado en el contrato.

Fundamentos de la providencia recurrida

El 22 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones (fls. 202-222 c. p.pal.), al estimar que el mecanismo de la amigable composición solamente se estableció para dirimir controversias surgidas entre particulares y no es procedente cuando se involucra una entidad del Estado. Consideró que la Ley 446 de 1998 derogó lo previsto frente a la amigable composición en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, indicó que la postura de esta Corporación ha sido la de sostener que la amigable composición sólo está prevista para los particulares y se remitió a las consideraciones de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 13 de agosto de 2009. Por ello anuló la cláusula del contrato y la decisión del amigable componedor.

Agregó que, en reiteradas oportunidades, el IDU se opuso al trámite de la amigable composición, sin que se entienda por qué la Universidad Militar Nueva Granada decidió continuar con el procedimiento. Además, quedó acreditado que el IDU profirió el acto administrativo n°. IDU-03111 STEO-3300 del 24 de enero de 2005, mediante el cual dio a conocer al contratista el concepto técnico de la interventoría sobre su reclamación, razón adicional por la que la Universidad Militar Nueva Granada no podía conocer del asunto, porque las partes acordaron que no se someterían a la amigable composición las diferencias surgidas con ocasión de un acto administrativo.

En cuanto a la pretensión que busca la declaratoria de que no existió desequilibrio económico del contrato, declaró el pleito pendiente, porque en otro proceso se formuló la nulidad absoluta del contrato n°. 043 de 2003.

Recurso de apelación

La parte demandada interpuso recursos de apelación, que fueron concedidos el 13 de agosto de 2011 (fls. 248-249 c. p.pal.). Las sociedades Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores y Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda. Contein esgrimieron que el Tribunal erró en su decisión al concluir que el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 130 de la Ley 446 de 1998. Precisaron que las entidades del Estado pueden acudir a la amigable composición para resolver los conflictos surgidos de una relación contractual. Agregaron que el oficio n°. IDU-031111 STEO-3300 no tiene la naturaleza de acto administrativo, ya que se limitó a correr traslado del concepto de la interventoría y carece de motivación, consideraciones y parte resolutive.

Por su parte, la Universidad Militar Nueva Granada ratificó que la amigable composición es un acuerdo con efectos transaccionales que debe enmarcarse, para dar solución a la controversia, dentro de los límites de competencia otorgados al amigable componedor por las partes. Así las cosas, debe otorgársele plena validez y vigencia a la decisión del amigable componedor, debiendo las partes ajustarse a sus preceptos, derechos, cargas y obligaciones.

Trámite de segunda instancia

El 28 de noviembre de 2011, el Despacho admitió los recursos de apelación (f. 253 c. p.pal.) y, el 11 de mayo de 2012 (f. 564 c. p.pal.), se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 21 de febrero de 2006, el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo

266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirían rigiéndose y culminarían conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil – en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual resuelve los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía –\$1.308.656.962 (f. 234 c. 1)– dado que, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.5 del CCA, esto es, \$204.000.000².

Acción procedente

3. La acción de controversias contractuales es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de nulidad de la decisión de una amigable composición en el marco de un contrato celebrado con el Estado (art. 52 de la Ley 80, 1546 y 1602 del CC y 87 del CCA).

Demanda en tiempo

² Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2008, \$408.000, por 500.

4. La parte demandante pidió la nulidad absoluta de la decisión del amigable componedor. El artículo 136.10 del CCA dispone que la demanda se puede intentar a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En este caso, se debe realizar el cómputo a partir de la fecha en que la decisión de la amigable composición se tornó definitiva, lo cual, dada la naturaleza de la figura, ocurre desde el momento en que el componedor emite la determinación y la pone en conocimiento de las partes, cumpliendo así con el mandato que le fue encomendado, a menos que las partes hubieren sometido a un plazo, forma o condición especial tal definición³.

Como la decisión adoptada por el componedor –Universidad Militar Nueva Granada– en la que se resolvieron las controversias surgidas entre el IDU y el consorcio San Victorino se tornó definitiva el 19 de septiembre de 2005 –fecha de notificación de la decisión a las partes (f. 54 c. 4)–, el término de caducidad corrió del 20 de septiembre de ese año al 20 de septiembre de 2007, y, por tanto, como la demanda se presentó el 21 de febrero de 2006 (según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, folio 31 c. 1), se concluye que se interpuso en tiempo.

Legitimación en la causa

5. El Instituto de Desarrollo Urbano-IDU está legitimado en la causa por activa y las sociedades Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores y Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda. Contein, como integrantes del consorcio Estación San Victorino (según da cuenta el acto de constitución del consorcio, fls. 8-10 c. 4), están legitimados en la causa por pasiva, ya que fueron las partes del contrato n.º 043 de 2003. La Universidad Militar Nueva Granada también está legitimada en la causa por pasiva, porque profirió el reporte de conclusiones del 16 de septiembre de 2005, en la amigable composición IDU-SV2 dentro del contrato de obra n.º. 043 de 2003 (fls. 59-84 c. 4).

II. Problema jurídico

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2022, rad. n.º. 56.940 [fundamento jurídico párr. 63]

Corresponde a la Sala determinar si las partes de un contrato estatal podían acudir a la amigable composición y si el componedor se extralimitó en su mandato al decidir sobre el restablecimiento económico del contrato.

Análisis de la Sala

6. Como la sentencia fue recurrida por la parte demandada, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 del CPC.

7. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio⁴.

El régimen jurídico del contrato

8. El artículo 1 de la Ley 80 de 1993 establece que esa ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. En consonancia, el literal a) del numeral 1 del artículo 2, definió, para los solos efectos de esta ley, que los establecimientos públicos serían entidades estatales.

El Instituto de Desarrollo Urbano-IDU y el consorcio Estación San Victorino celebraron el contrato de obra n°. 043 de 2003 para realizar los ajustes de diseño, la construcción y el mantenimiento de la estación intermedia de San Victorino del sistema Transmilenio. Como el IDU fue parte del contrato, a sus contratos se aplica, además del derecho privado (artículo 13 de la Ley 80 de 1993), la regulación especial prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Fue en el marco de ese contrato que las partes pactaron el mecanismo de la amigable composición.

Adicionalmente, para la fecha de ese contrato –año 2003– y del otrosí n.º5 de 12 de noviembre de 2004, que modificó la cláusula 38 sobre la amigable composición, estaba vigente la regulación sobre ese mecanismo de autocomposición prescrita en la Ley 446 de 1998 –cuyas normas fueron compiladas por los artículos 223 a 225 del Decreto 1818 de 1998–, por lo que para la ejecución de esa obligación era la norma aplicable en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, rad. 25.022 [fundamento jurídico 1].

Definido el régimen jurídico del contrato, la Sala procede a analizar las razones por las cuales se anuló la decisión del amigable componedor en primera instancia, conforme a los razonamientos expuestos en los recursos de apelación.

La validez de la amigable composición pactada por las entidades públicas

9. En la sentencia de primera instancia el Tribunal consideró que el mecanismo de la amigable composición solamente se estableció para dirimir controversias surgidas entre particulares y no es procedente cuando se involucra una entidad del Estado. En los recursos de apelación, la parte demandada esgrimió que el Tribunal erró en su decisión al concluir que el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 130 de la Ley 446 de 1998. Precisó que las entidades del Estado pueden acudir a la amigable composición para resolver los conflictos surgidos de una relación contractual.

Con el fin de resolver los argumentos de los apelantes, la Sala se referirá a los siguientes aspectos: *i)* la noción, evolución y naturaleza de la amigable composición y a partir de ello, *ii)* la invalidez de la decisión de una amigable composición.

10. La amigable composición constituye uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sus antecedentes en el derecho colombiano se remontan al Código de Procedimiento Civil⁵, en cuyo artículo 677 se estableció que, tratándose de controversias susceptibles de transacción, los interesados podrían someter sus diferencias a amigables componedores y, a continuación, indicaba los efectos jurídicos de la decisión, precisando que «la declaración de éstos (alude a los componedores) tiene valor contractual entre aquellos (los interesados), pero no producirá efectos de laudo arbitral». Un año después, la norma fue reproducida por el artículo 2025 del Código de Comercio –C.Co.–

Estas normas fueron derogadas por el artículo 55 del Decreto 2279 de 1989 «por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se

⁵ Con anterioridad a dicha norma, señala la doctrina: “De manera que, la tradición jurídica colombiana, según el Código Judicial, la Ley 28 de 1931, la Ley 105 de 1993 y la Ley 2ª de 1938, no ha sido ajena a la previsión de que el amigable componedor correspondía al árbitro habilitado por las partes para proferir laudos en conciencia o equidad, normas que siempre atendieron que la amigable composición era una forma de arbitraje...”. Gil Echeverry Jorge Hernán. La amigable composición y resolución de conflictos. Editorial Legis. Bogotá. 2019, página 5.

dictan otras disposiciones», con el objeto de precisar el contenido de la amigable composición y la forma de ejercer el encargo. Dicha norma prescribió que las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre las personas capaces, podrían ser sometidas a conciliación o amigable composición y, a continuación, indicó que «por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción». Luego, el artículo 116 de la Ley 23 de 1991 adicionó un inciso al artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, atinente a la designación de los amigables componedores, según el cual si las partes estuvieren de acuerdo designarán a los amigables componedores o deferirán su nombramiento a un tercero.

Esta Corporación, respecto de la capacidad de las entidades estatales de resolver un conflicto mediante la amigable composición, sostuvo que desde el Código Contencioso Administrativo se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales. Así, la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto 2279 de 1989, sino que ese decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, la cual, en todo caso, ya había sido introducida por el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)⁶.

Con la Constitución de 1991, y con la finalidad de hacer de Colombia un Estado competitivo⁷, se incorporaron varios elementos para la solución ágil de los conflictos. En efecto, se distinguieron los que incorporan instituciones procesales y el ejercicio de función jurisdiccional –el arbitraje y la conciliación–, de aquellos de naturaleza contractual –la transacción y la amigable composición–. Su consagración constitucional se estableció, esencialmente, en los artículos 95.7 y 116 de la CN.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 resultó evidente la intención del legislador de promover el arreglo de controversias con fundamento en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En tal sentido, se incorporaron con el propósito de garantizar los fines del Estado, elementos tales como las cláusulas

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 1998, rad. nº. 11.477 [fundamento jurídico párr. 19].

⁷ María Teresa Palacio Jaramillo, *Parámetros Constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, en Revista de Derecho Público nº. 14, junio de 2002, Universidad de los Andes.

excepcionales al derecho común, el equilibrio económico y financiero del contrato y la resolución de conflictos, a través de los mecanismos establecidos en la Constitución y en la propia Ley 80.

En efecto, al consultar la historia fidedigna de la Ley 80 de 1993⁸ se encuentra que la intención del legislador fue devolver a las partes del contrato estatal la capacidad de dirimir directamente sus conflictos que fue arrebatada progresivamente por la «jurisdiccionalización» de las diferencias. Así, como efecto trascendental del postulado de la autonomía de la voluntad, que caracteriza el contrato estatal, se consagraron una serie de mecanismos ágiles, sencillos y claros orientados a que las partes contratantes solucionaran las discrepancias surgidas de la actividad contractual evitando, en lo posible, las vías judiciales. De modo que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se dirimieron discusiones que, debido a la falta de claridad legislativa, se suscitaron en torno a la viabilidad jurídica de la transacción en materia de derecho público.

Para la materialización de tal objetivo, los artículos 68 y 69 de la Ley 80 de 1993 establecieron, respectivamente: *i)* que las partes de un contrato deben propender por encontrar una solución ágil y directa respecto de las diferencias ocasionadas en virtud de la actividad contractual, para lo cual pueden acudir, entre otros, a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción y *ii)* la prohibición a las autoridades de impedir el uso de mecanismos de solución directa de las controversias originadas en los contratos estatales.

Posteriormente, la Ley 446 de 1998 derogó la legislación existente sobre la materia (Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y las demás normas que le fueren contrarias), y definió a la amigable composición como el «mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural» y en cuanto a los efectos de la decisión del amigable componedor, señaló que tendrá los mismos que la transacción. Asimismo, otorgó a las partes la facultad de nombrar directamente a los amigables componedores o de delegar en un tercero la facultad de hacerlo. Las anteriores normas fueron compiladas por los artículos 223 a 225

⁸ Cfr. Jorge Bendeck Olivella, *Exposición de motivos al proyecto de ley n.º. 149 de Senado de 1992*, en Gaceta del Congreso n.º. 75, 23 de septiembre de 1992.

del Decreto 1818 de 1998, entonces vigente.

De la exposición de motivos de la Ley 446 de 1998⁹ se observa que el objetivo del legislador fue impedir que las normas contenidas en el Decreto 2651 de 1991 – dado su carácter transitorio– desaparecieran del ordenamiento jurídico. Bajo ese contexto, se buscó fortalecer la conciliación y el arbitraje, instituciones tradicionales alternas de justicia, complementándolas con la amigable composición, que buscan facilitar mecanismos válidos para que los ciudadanos tengan mayores vías de acceso a la justicia.

Ahora bien, con ocasión del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, surgió un criterio inicial, esgrimido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁰, que consideraba que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, dado que en la última de las normas (art. 130 de la Ley 446 de 1998) se estableció que el citado mecanismo se utilizaba para las controversias entre particulares y las competencias en el derecho público deben ser expresas, en especial, cuando están de por medio los recursos públicos. Sin embargo, la propia Corporación en auto del 21 de octubre de 2009, ratificó la procedencia de la amigable composición para resolver los conflictos sobre contratos estatales incluso en vigencia de la ley 446 de 1998, según los parámetros establecidos por el artículo 226 del Decreto 1818 de 1998¹¹.

De manera posterior, un Tribunal de Arbitramento¹², con fundamento en las características que de tiempo atrás había definido la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³ y de la Corte Constitucional¹⁴, reivindicó la posibilidad de que las entidades estatales pudieran acudir a este mecanismo de solución de controversias. En la misma línea, la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció acerca de si existía o no una derogatoria tácita de la parte pertinente del

⁹ Cfr. Carlos Medellín Becerra, *Exposición de motivos de la ley n.º. 001 de Senado de 1997*, en Gaceta del Congreso n.º. 421.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de agosto de 2009, rad. n.º. 1952 [fundamento jurídico 1].

¹¹ Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Expediente 25000232600020080014101 (36951)

¹² Cfr. Cámara de Comercio de Bucaramanga Tribunal de Arbitramento de Metrolínea S.A. vs. Vargas Velandia Ltda., proferido el 26 de julio de 2011. Criterio que posteriormente fue retomado por el Tribunal de Arbitramento Vial Montes de María vs Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en laudo proferido el 13 de julio de 2018 y Tribunal de Arbitramento de la Concesionaria Nueva Vía al Mar SAS vs Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en laudo proferido el 17 de abril de 2023, ambos proferidos en sede de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 1998, rad. n.º. 11.477 [fundamento jurídico párr. 20].

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia de 20 de enero de 2005, rad. n.º. T-973352 [fundamento jurídico 1].

artículo 68 de la Ley 80 de 1993, por el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la adopción del mecanismo de la amigable composición por parte de entidades estatales, porque que en la última de las normas se estableció que el citado mecanismo se utilizaba para las controversias entre particulares¹⁵.

En dicha oportunidad, se reiteró la naturaleza contractual de la amigable composición, en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 2012¹⁶. La Sala precisó que esta figura no requiere de una autorización especial en la ley 446 de 1998 a favor de las entidades estatales, ya que, en virtud de lo prescrito en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se integran en la contratación estatal las disposiciones civiles y comerciales en asuntos contractuales, los cuales ya contemplaban los términos y condiciones de la amigable composición, junto con la competencia particular prevista en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, la Sala concluyó que no operó una derogatoria de esta última norma y que las entidades estatales podían acudir a la amigable composición como mecanismo para la resolución de los conflictos derivados de los contratos estatales.

Finalmente, y con el fin de zanjar cualquier discusión al respecto, con la expedición de la Ley 1563 de 2012 se volvió sobre la definición y alcance de la amigable composición y se precisó que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos disponible para particulares y entidades del Estado¹⁷.

11. A partir de este recuento normativo, y de la aceptación de su procedencia en el campo de la contratación pública, aún en vigencia de la Ley 446 de 1998, se precisó su naturaleza teniendo en cuenta los parámetros señalados por la jurisprudencia. Así las cosas, es viable aseverar que 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 según lo establecido en el acuerdo de composición; *ii)* que el encargo de los componedores surge en virtud de un negocio jurídico de mandato que, además de no revestir ninguna solemnidad y dada la naturaleza de la institución, conlleva representación, en la medida en que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de abril de 2015, rad. n°. 38053 [fundamento jurídico n°. 4].

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia de 9 de mayo de 2012, rad. n°. C-330 [fundamento jurídico 19].

¹⁷ Artículos 59 y siguientes.

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; *iii*) la amigable composición no tiene un carácter supletivo o residual frente a las acciones anulatorias, las controversias contractuales u otros mecanismos de solución de conflictos pactados por las partes de un contrato estatal, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que tiene un carácter exclusivamente contractual: la amigable composición genera efectos de transacción, por lo que lo allí definido hace tránsito a cosa juzgada en los términos del artículo 2483 del CC. En resumen, tiene tres grandes elementos: el acuerdo de composición, las reglas del mandato y los efectos de la transacción.

12. Con base en lo expuesto, es clara la procedencia de la amigable composición en los contratos en los cuales sea parte una entidad del Estado, incluso frente a aquellos celebrados durante la vigencia del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, que es el caso del contrato que dio origen a este litigio. No obstante, el Tribunal, para declarar la nulidad de la amigable composición del 16 de septiembre de 2005, se basó en el concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 13 de agosto de 2005. Sin necesidad de remitirse a las posturas jurisprudenciales anteriores a dicho concepto, es claro que, como quedó expuesto, existe consenso en cuanto a la viabilidad legal de pactar este mecanismo de resolución de conflictos cuando una de las partes es una entidad estatal y, por ello, no es posible concluir de ninguna manera que se trate de un acuerdo *contra legem* que adolezca de objeto ilícito. Así ha tenido oportunidad de señalarlo la propia sección en sentencias del 11 de octubre de 2021¹⁸, 23 de septiembre de 2022¹⁹ y 13 de marzo de 2024²⁰.

Por el contrario, como a los contratos estatales se aplica, además de la regulación especial prevista en el EGCAP, el derecho privado (arts. 13 y 40 de la Ley 80 de 1993), no existe duda respecto de la validez de la amigable composición a los contratos estatales que se perfeccionaron bajo la aplicación del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, aunado a que éste último no derogó el artículo 68 de la ley 80 de 1993, vigente para el momento de los hechos. Así las cosas, el primer reparo de los recurrentes contra el fallo de primera instancia, relacionado con la procedibilidad de la amigable composición en contratos celebrados con el Estado,

¹⁸ Subsección B. Consejero Ponente Alberto Montaña. Expediente 050012331000 2006 03454 01 (55104)

¹⁹ Subsección A. Consejero Ponente José Roberto Sáchica. Expediente 250002326000200800141 03 (56.940)

²⁰ Subsección C. Consejero Ponente Nicolás Yepes Corrales. Expediente 2500233600020150076204 (64331)

tiene vocación de prosperidad.

La extralimitación del mandato en la amigable composición

13. El Tribunal, en la sentencia de primera instancia, consideró que la Universidad Militar Nueva Granada no podía conocer del asunto, porque el IDU profirió el oficio n°. IDU-031111 STEO-3300 que resolvió la reclamación del consorcio por el desequilibrio económico del contrato. Lo anterior, dado que las partes del contrato acordaron excluir de la amigable composición las diferencias surgidas con ocasión de la expedición de actos administrativos (cláusula 38 del contrato). La parte demandada, en el recurso de apelación, esgrimió que el oficio n°. IDU-031111 STEO-3300 no tiene la naturaleza de acto administrativo, ya que la entidad se limitó a poner en conocimiento del contratista un concepto técnico de la interventoría. Además, esgrimió que el oficio es inmotivado, carece de consideraciones y no contiene ninguna valoración jurídica. Por ello, el componedor se encontraba habilitado para decidir la controversia.

La Sala pasa a estudiar, a partir de lo probado en el proceso, si el amigable componedor incurrió en una extralimitación del mandato a partir de sus consideraciones respecto del oficio n°. IDU-031111 STEO-3300, porque, según la demanda, «definió la naturaleza jurídica de un acto administrativo proferido por el IDU».

14. El 24 de enero de 2005, Edgar Ardila Roa –subdirector técnico de ejecución de obras del IDU– suscribió el oficio n°. IDU-031111 STEO-3300 dirigido al representante legal del consorcio Estación San Victorino. De conformidad con el documento, se dio respuesta a la reclamación del contratista respecto del desequilibrio económico del contrato en los siguientes términos:

Adjunto copia del oficio de la referencia, en el que la interventoría del contrato 043/03 emite su concepto acerca de la solicitud realizada por ustedes –el consorcio– mediante comunicación con radicado 105984 del 18/11/04, cuyo concepto está plenamente compartido por el IDU, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato y los argumentos allí expuestos, los (sic) que hacen que sea improcedente su petición.

El 25 de junio (fls. 445-446 c. 1), 12 de julio (f. 403 c. 1) y 14 de septiembre de 2005 (fls. 431-432 c. 1), el IDU se opuso a la conformación de la amigable

composición. Al efecto, señaló que, si bien era cierto que se amplió el ámbito de acción del amigable componedor a cualquier diferencia relacionada con la ejecución del contrato, sin hacer una distinción en cuanto al tipo de controversia, también lo es que la cláusula dispuso una excepción frente a aquellas que surgieran con ocasión de la expedición de actos administrativos. Así las cosas, sostuvo que «la Administración al dar respuesta a la solicitud de reclamación presentada por el contratista tal como consta en el oficio IDU-03111 STEO-3300 de fecha enero 24 de 2005, produjo un acto administrativo que puso fin a una actuación administrativa al dar contestación a las reclamaciones presentadas por el contratista, luego esta diferencia se deriva de un acto administrativo lo que excluye de poderse llevar a cabo el trámite de amigable componedor». (f. 445 c. 1).

El 16 de septiembre de 2005, la Universidad Militar Nueva Granada, en calidad de amigable componedor, profirió el reporte de conclusiones dentro del trámite de amigable composición ISU SV2. Según da cuenta la parte considerativa del documento, el componedor, previo a emitir un pronunciamiento, consideró necesario hacer un estudio de las razones esgrimidas por el IDU para justificar su inasistencia en el trámite. En relación con los argumentos del IDU, el amigable componedor llegó a la siguiente conclusión:

En primer lugar, es de anotar que el contenido del referido oficio se contrae a poner en conocimiento del CONSORCIO el concepto de la firma interventora del contrato 043 de 2003 respecto de la reclamación elevada por él. Es decir que, en dicho oficio, fuera de poner en conocimiento del interesado lo conceptuado por un particular, no existe ninguna manifestación de voluntad de la administración pública en cabeza del IDU, en la cual se hubieran resuelto por ésta, ni la totalidad ni una sola de las solicitudes elevadas por el particular interesado.

Dicho oficio tampoco concluye ninguna actuación administrativa en la cual se hayan observado los postulados de los artículos 2º, 35, 44 y 47 del Código Contencioso Administrativo, ya que carece de motivación, no tiene parte resolutive, ni indicación de los recursos procedentes, ni constancia de notificación al interesado.

En conclusión, ni a la luz de la Ley, ni a la de la doctrina, ni aún haciendo un esfuerzo mayúsculo, puede tenerse dicho oficio como un acto administrativo.

En segundo lugar, menos aún puede entenderse que los documentos allegados con él puedan constituir prueba de que se haya adelantado una actuación administrativa, toda vez que ellos son solo el pronunciamiento de un particular, ajeno por completo a ejercer funciones administrativas dado que carece de tal investidura, respecto de las peticiones de otro, siendo ambos contratistas de la entidad, por lo que ellos tampoco resisten el menor análisis que permita siquiera asimilarlos a una actuación administrativa adelantada con el lleno de los requisitos legales y la observancia plena del debido proceso y el derecho de defensa de los cuales trata el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, el argumento con base en el cual el IDU se sustrajo a responder los alegatos presentados por el Contratista en el presente trámite, carece de

fundamento legal y solo constituye un paralogismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo contenidas en la cláusula 38 del contrato 043 de abril 04 de 2003, por lo que las conclusiones a que aquí se llegue de todas maneras recaerán sobre una de las partes del contrato arriba citado, que en forma injustificada declinó su participación en la presente tramitación, lo que ni inhibe al AC para emitir el pronunciamiento a que haya lugar, como en efecto se hará, ni la excusa de acatarlo.

15. La Sala observa que el amigable componedor desarrolló una labor interpretativa encaminada a determinar y precisar el sentido y alcance de los argumentos que le fueron planteados al tenor del contenido de la cláusula 38 del contrato, aspecto que resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una extralimitación del mandato, porque el amigable componedor se apartó o no acogió los argumentos de la «convocada». Para la Sala es claro que el amigable componedor se limitó en su decisión a hacer un análisis de la habilitación del mecanismo a partir de lo acordado por las partes en el contrato y, en esos términos, pudo concluir que los argumentos de la parte «convocada» se extendían a desconocer el mecanismo acordado para resolver los conflictos derivados del contrato. Tampoco es posible concluir que el amigable componedor hubiera controvertido la legalidad, ni mucho menos hubiera anulado un acto administrativo. Se limitó, al analizar el alcance de su facultad, a definir si la existencia del mencionado oficio le impedía asumir de fondo la controversia.

16. Del objeto de la decisión del amigable componedor, tampoco es posible concluir que se hayan sobrepasado los límites del mandato. En efecto, según se desprende de las consideraciones de la decisión (fls. 61 a 65 c. 4), el consorcio solicitó que el amigable componedor se pronunciara sobre la existencia del desequilibrio económico, aspecto que, como se puso de presente en la decisión, tenía estrecha relación con el cumplimiento del contrato. Por ello, la decisión de la amigable composición consistió en reconocer al contratista la suma de \$1.308.656.962 como restablecimiento económico del contrato y ordenar al IDU emitir la correspondiente solicitud de pago a Transmilenio, de conformidad con los términos del contrato (f. 79 c. 1). Se aprecia, entonces, que la solicitud del consorcio no giró en torno al oficio n°. IDU-031111 STEO-3300 y, por tal motivo, el componedor se abstuvo de realizar cualquier juicio de legalidad sobre el mismo y, mucho menos, declaró la nulidad de algún acto administrativo, sino que la decisión correspondió a una controversia contractual cuyo origen estuvo en la ejecución misma del contrato.

17. El estatuto de contratación regula particularmente cinco materias propias del régimen de la contratación: i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, los consorcios y uniones temporales –que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas– y el registro único de proponentes; ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas; iii) el perfeccionamiento y la forma del contrato, la urgencia manifiesta y algunos tipos de contratos; iv) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo, la ecuación contractual y las denominadas “potestades excepcionales” y v) la liquidación del contrato y la solución de controversias. En lo demás, la Ley 80 de 1993 prescribe que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y art. 2 del CC).

Si la regla general es la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado y dadas las características del oficio IDU-03111 STEO-3300 [núm. 14], no es posible concluir que sea un verdadero acto administrativo por el sólo hecho de haber sido proferido por una entidad del Estado. En efecto, no toda decisión de la Administración producida con ocasión de la ejecución de un contrato supone el ejercicio de función administrativa, solo por excepción las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden expedir actos administrativos, cuando ello refleje una verdadera prerrogativa de poder público, porque esa ley quiso que la Administración se comportara, por su régimen contractual, como un particular. En tal sentido, en definitiva, la existencia del mencionado oficio no limitaba la procedencia de la amigable composición pactada por las partes.

La amigable composición cuando una de las partes decide oponerse al trámite

18. El Tribunal cuestionó que la Universidad Militar Nueva Granada decidió continuar con el procedimiento de la amigable composición pese a que el IDU se opuso en reiteradas oportunidades. La parte demandada esgrimió, en el recurso de apelación, que los testimonios dan cuenta de que la amigable composición fue el mecanismo acordado por las partes para solucionar sus diferencias. También señaló que el IDU pactó y amplió las facultades del amigable componedor y, por ello, resulta contradictorio que celebre contratos con una cláusula de esa

naturaleza si posteriormente va a alegar la nulidad del acuerdo.

19. De acuerdo con los documentos aportados al proceso (fls. 16-17, 24-28, 45-46, 56-57, 58-81 c. 4, 405-409 y 425 c. 1) y las pruebas practicadas (fls. 206-222 c. 4), la Sala observa cómo las partes del contrato de obra n°. 043 de 2003, por su propia voluntad, incorporaron al negocio jurídico la cláusula de resolución de conflictos y, en consecuencia, dieron lugar a que se otorgara un mandato libre y espontáneo a la Universidad Militar Nueva Granada. Hicieron manifiesta su voluntad de que la solución de eventuales disputas quedara fundamentalmente en manos de un amigable componedor. En estas condiciones resulta evidente que el IDU era plenamente consciente de las implicaciones legales de nombrar, para la solución de controversias a la Universidad Militar Nueva Granada.

20. Dada la naturaleza contractual, propia del mandato y de la transacción, la amigable composición, en cuanto a los motivos de su invalidez, sigue las reglas de todo acto jurídico. En ese orden de ideas, la decisión de la amigable composición puede ser acusada de nulidad absoluta o relativa. La primera, motivada por causales tales como la falta de formalidades en los actos jurídicos que así lo requieren (art. 1500 del CC), la falta de consentimiento (art. 1502.2 del CC), la incapacidad absoluta (art. 1502 y 1504 del CC), la ausencia de objeto o de causa (artículo 1524 inciso 2 y 1517 del CC), y la ilicitud del objeto o de la causa (art. 1502.3 y 1502.4). El consentimiento no exento de vicios (art. 1502.2 del CC) y la incapacidad relativa (art. 1502 y 1504 del CC) producirán la nulidad relativa –anulabilidad– cuya consecuencia es la rescisión del acto contrato. Estos defectos, por lo demás, se producen al momento de la celebración del negocio jurídico y no corresponden a situaciones posteriores propias de su ejecución.

Ahora bien, conviene señalar aquí que en el derecho nacional se han incluido los conceptos de inexistencia, ineficacia e inoponibilidad. «La doctrina se encuentra dividida en cuanto al alcance de cada uno de estos términos. Frente a la ineficacia, alguna parte considera que se trata de un término genérico, y que el específico son la nulidad absoluta y relativa»²¹.

²¹ Cfr. Tribunal de Arbitramento de Metrolínea S.A. vs. Vargas Velandia Ltda., proferido el 26 de julio de 2011. Criterio que posteriormente fue retomado por el Tribunal de Arbitramento Vial Montes de María vs Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en laudo proferido el 13 de julio de 2018 y Tribunal de Arbitramento de la Concesionaria Nueva Vía al Mar SAS vs Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, en laudo proferido el 17 de abril de 2023.

También existe división en cuanto al tema de si la inexistencia y la oponibilidad son especies de la ineficacia. Según la Corte Suprema de Justicia «no es, pues, que la inoponibilidad sea asimilable a la inexistencia, puesto que esta última no es una sanción que se impone al negocio, esto es, que éste en sí mismo existe o no existe, tanto frente a las partes, como a terceros, mientras que en aquella el negocio si existe solo que no produce efectos frente a otros»²².

En lo que respecta a la inexistencia, en la doctrina se pueden encontrar, al menos, dos criterios claramente definidos: por una parte, el que la reconoce como autónoma y la que no la desliga de la nulidad. Así, frente a la segunda, unos indican que «la *inexistencia*, lo mismo que la *nulidad*, son categorías relativas, dependientes, no autónomas. Se habla jurídicamente de inexistencia de algo o nulidad de algo. Si ese *algo* en realidad no existe, se está ante la nada, respecto de la cual es absurdo predicar existencia o inexistencia. Como bien se ha dicho, cuando el orden público dicta normas relativas a la ineficacia de un acto jurídico, presupone un *acto de voluntad que tiende a corresponder a un tipo determinado de negocio y parte también de la base de que en aquel hay un *mínimum* que permita identificar la intención o el sentido de quien o quienes lo producen*. Pero si ese *mínimum* no se da, tampoco se puede hablar de ineficacia (...)»²³.

La Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena a esta discusión, ya que, de tiempo atrás, ha sostenido que no vale la pena distinguir entre nulidad absoluta e inexistencia, dado que no tiene una traducción práctica en el derecho colombiano. De manera que hay que acudir a las disposiciones sobre nulidad absoluta porque para la inexistencia no se ha creado, en nuestro sistema legal, una regulación especial e independiente²⁴.

En resumen, dado que la amigable composición no tiene un carácter jurisdiccional sino contractual, la decisión del amigable componedor puede ser cuestionada ante la jurisdicción por nulidad o rescisión, en los casos previstos en los artículos 1502, 1504 del CC, a través de la acción contractual.²⁵ Además, por la causal específica para la transacción regulada en el artículos 2470 y ss. del CC y por los motivos de

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de abril de 1995, rad. n°. 4193 [fundamento jurídico 2].

²³ Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, págs. 141 y ss.

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de octubre de 1942, Gaceta Judicial LIV 1989-1990, págs. 147-150 [fundamento jurídico 1].

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 2021, rad. n°. 55104 [fundamento jurídico párr. 42].

rescisión de la transacción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2482 del CC.

21. Estas consideraciones le permiten a la Sala concluir que la oposición de una de las partes al funcionamiento del panel de amigable composición no está prevista por el legislador como causal de nulidad de los negocios jurídicos. Tampoco constituye causal de nulidad de la decisión de la amigable composición adelantar el trámite en ausencia de alguna de las partes cuando ello ocurre, como en este caso, pese a la notificación del inicio del procedimiento con el lleno de los requisitos acordados por las partes.

En tal sentido, la sola oposición posterior al trámite por una de las partes se enmarca en aspectos que tienen que ver con el incumplimiento de las obligaciones del contrato de mandato existente entre quienes celebraron el contrato n°. 043 de 2003 y los amigables componedores. Por ello no tiene la virtualidad de afectar la decisión adoptada en cumplimiento del mandato conferido, se reitera, porque esa situación no ha sido establecida en la ley como causal de nulidad del acto eminentemente contractual que dio origen a la amigable composición.

22. Ahora bien, no puede perderse de vista que las partes, con fundamento en el postulado de la buena fe, deben comportarse de forma coherente y no pueden contradecir injustificadamente sus conductas anteriores *venire contra factum proprium non valet*²⁶ –teoría o doctrina de los actos propios–. La inobservancia de este deber puede dar origen a diversas consecuencias, tales como desestimar las pretensiones o excepciones fundadas en un comportamiento contradictorio o, incluso, la responsabilidad por la infracción al deber de ejecutar los contratos de buena fe²⁷.

En este caso, la Sala observa que las pretensiones no se ajustan a la buena fe contractual, dado que lo que pretende el demandante es desconocer sus actos propios. El IDU no puede suscribir el contrato y señalar que la Universidad Militar Nueva Granada actuaría como amigable componedor con la finalidad de que,

²⁶ Sus orígenes se remontan al derecho romano y tiene semejanzas con figuras del anglosajón como el *estoppel* o del derecho alemán como el *verwirkung* (Hernán Corral Talciani, *escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de extensión jurídica 18, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2010, pág. 31.

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de agosto de 2014 [fundamento jurídico 5.2] y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, Rad: 21.865 [fundamento jurídico 4].

como mandatario solucionara los conflictos en los términos previstos en la cláusula 38 del contrato y después pretender su nulidad con fundamento en su negativa a participar en el trámite por las partes previamente acordado. La cláusula era válida y obligatoria para las partes conforme lo dispone el artículo 1602 del CC, por lo que sustraerse de ella y usar su decisión de no participar en el trámite para perseguir la nulidad de la decisión del amigable componedor no es más que desconocer la obligatoriedad del contrato como ley para las partes.

23. Tampoco podría concluirse que la decisión del IDU de no participar en la amigable composición conllevó a la terminación del contrato de mandato. Una de las causales de extinción del mandato aplicable a la amigable composición es la revocatoria por parte del mandante. En este caso conviene recordar que los mandantes son las dos partes del conflicto y, por consiguiente, son ellas dos las que pueden revocar el encargo del amigable componedor. El artículo 1281 del C.Co. dispone que cuando el mandato ha sido conferido por varias personas, sólo podrá revocarse por todos los mandantes, excepto que haya justa causa. Por ello, únicamente cuando haya justa causa una sola de las partes podría revocar el mandato, pero, en caso contrario, se requiere el consentimiento de ambas partes del conflicto.

24. Por los motivos expuestos, las razones del Tribunal no eran suficientes para anular la decisión del amigable componedor, lo que impone revocar la decisión de primera instancia.

Otras presuntas irregularidades alegadas por la demandante como generadoras de nulidad de la decisión

25. En este punto, la Sala advierte que ya fueron analizados los motivos de la decisión de primera instancia y los reparos del recurso de apelación contra dichas consideraciones. No obstante, se observa que el Tribunal no se pronunció frente a: *i)* a la extralimitación del mandato porque el componedor no podía resolver una reclamación por el desequilibrio económico del contrato, que corresponde al segundo motivo de nulidad contra la decisión de la amigable composición (f. 231 c. 1) y *ii)* sobre el deber de informar al Ministerio Público el trámite de la amigable composición, que corresponde al último de los cargos de nulidad alegados en la demanda (fls. 231-234 c. 1). No debía pronunciarse respecto de esas

circunstancias, ya que en sus consideraciones la prosperidad de la nulidad por objeto ilícito y por la extralimitación del mandato eran suficientes para anular la decisión del amigable componedor. No obstante, la prosperidad de la apelación enfrenta a la Sala al problema consistente en que la simple revocatoria de la decisión del Tribunal dejaría cargos de nulidad planteados en la demanda sin pronunciamiento judicial, por lo cual la Sala pasa a definir si resulta viable resolver sobre esos cargos de nulidad en esta instancia.

26. No existe norma expresa que ordene resolver sobre los cargos de nulidad no definidos en primera instancia, en la situación antes descrita. Sin embargo, sí existen otras normas que regulan aspectos procesales similares y otras que obligan al juez a resolver todos los extremos del litigio.

El inciso final del artículo 357 del CPC, prescribe que cuando se hubiere apelado una sentencia inhibitoria y la hubiere revocado el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante. En consonancia con lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del CPC (hoy art. 281 del CGP), aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA, la sentencia deberá estar acorde con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y, asimismo, con las razones de defensa de la parte demandada. Como se aprecia, estas normas propenden por garantizar la resolución completa del litigio con el fin de garantizar una adecuada administración de justicia, porque exigen la definición de todos los aspectos de la controversia –congruencia– y habilitan en determinados casos al juez de segunda instancia a resolver los aspectos que no fueron definidos por el de primera.

Aplicado el inciso final del artículo 357 del CPC por analogía, conforme lo ordena el artículo 5 de esa norma, la Sala concluye que el juez de segunda instancia está habilitado para decidir sobre los demás cargos de nulidad planteados en la demanda en los eventos en los cuales la decisión de primera instancia sea revocada. Cargos cuya resolución no fue indispensable en primera instancia dado que la decisión era favorable al demandante, quien por ese motivo no tenía interés para apelar, pero que, el hecho de ser revocada impone su decisión en aras de garantizar la congruencia del fallo y una correcta administración de justicia²⁸.

²⁸ Estas consideraciones no han sido ajenas a las decisiones de esta Corporación, pues en eventos similares en los que se dejan de estudiar cargos de nulidad de actos administrativos porque la prosperidad de alguno es suficiente para su anulación, pero luego la sentencia es revocada en segunda instancia, el juez de la

i) Extralimitación del mandato por el desequilibrio económico del contrato

27. En la demanda se indicó que el amigable componedor no era competente para conocer de la reclamación por desequilibrio económico ya que estas pretensiones deben debatirse ante el Tribunal Contencioso. Afirmó que este es un tema de carácter jurídico y no técnico en el que, a través de un debido proceso y con la práctica de pruebas, se determina si se configuró o no.

28. La Sala considera necesario precisar el concepto de competencia en el caso de la amigable composición, porque involucra un alcance distinto al argumentado por el IDU en la demanda. No puede confundirse la capacidad o competencia en la amigable composición con la extralimitación del mandato. Cuando se habla del concepto de capacidad, que tratándose de entidades públicas corresponde con el de competencia, como causal de nulidad del contrato de mandato, ella se refiere a la facultad que tienen las partes del contrato para transigir²⁹. En este caso, no obra prueba alguna que desestime dicha capacidad, en la medida en que el IDU, a través del funcionario competente, suscribió el contrato n°. 043 de 2003, en el cual se encuentra incorporada la cláusula de resolución de conflictos (fls. 24-25 c. 4). Además, como quedó expuesto, desde el Código Contencioso Administrativo se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales (art. 218 del CCA).

La Sala entiende, entonces, que la falta de competencia del amigable componedor a la que hace referencia la demanda en el cargo segundo de nulidad (f. 231 c. 1), corresponde a una extralimitación del mandato, en la medida en que, a juicio de la demandante, la amigable composición no podía referirse al desequilibrio económico del contrato.

29. El acto del amigable componedor es realizado por él a nombre de las dos partes, y vincula a ellas cuando el mismo haya actuado dentro de los límites de

apelación resuelve los cargo que no fueron objeto de pronunciamiento. En este sentido, la jurisprudencia ha dicho: “[S]i la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo en la forma que se expuso en precedencia y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. Rad. 39.285 [fundamento jurídico 4.2]. En igual sentencia la sentencia de 16 de diciembre de 2020, Subsección A, Rad. 40919 [fundamento jurídico 3.3.1.2.].

²⁹ Juan Pablo Cárdenas Mejía, *la amigable composición*, conferencia pronunciada en la Cámara Colombiana de Infraestructura, Bogotá, 2006.

sus poderes. Por consiguiente, cuando el amigable componedor excede el límite de sus facultades, la decisión no vincula a las partes³⁰. Esto ocurre cuando las partes acordaron que el amigable componedor conocería las controversias sobre un determinado aspecto y el mismo decide otros. Igual podría ocurrir cuando el amigable componedor concede más de lo que habían pedido las partes u otorga un derecho no pedido. Estos aspectos deberán determinarse en cada caso y, por ello, la decisión del amigable componedor puede dejarse sin efectos por la autoridad judicial cuando se acredite que desconoció los límites de la delegación conferida.

30. Las partes celebraron el contrato n°. 043 de 2003 (fls. 24-28 c. 4), cuyos objetos contractuales fueron los siguientes, respectivamente: *i)* la construcción y adecuación de las calzadas de Transmilenio; *ii)* la reparación, rehabilitación y adecuación de las calzadas de tráfico mixto; *iii)* la construcción, reparación y rehabilitación y/o adecuación de las zonas de espacio público; *iv)* la adecuación y construcción de la estación intermedia de San Victorino para el Sistema Transmilenio; *v)* adecuación del acceso a la estación Avenida Jiménez; *vi)* construcción de los túneles de conexión entre la estación intermedia y la estación sencilla de la Avenida Jiménez y *vii)* las obras para redes previstas en el listado y descripción de obras del apéndice C necesarias para la reparación, rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las redes.

En la cláusula 38 del contrato las partes acordaron la forma en que se resolverían las posibles controversias derivadas de ese acuerdo. En efecto, estipularon que cualquier diferencia sería resuelta a través del mecanismo de la amigable composición, salvo los conflictos relativos a actos administrativos. Dada la importancia que tiene la redacción de la cláusula en este asunto, se transcribe literal y en extenso:

CLAUSULA 38.

38.1 AMIGABLE COMPOSICIÓN

*Sin perjuicio de lo previsto en la CLAUSULA 32; CLAUSULA 33; CLAUSULA 34; CLAUSULA 35; CLAUSULA 36 Y CLAUSULA 37 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.*

³⁰ *Ibíd.*

38.1.1 Elección y Facultades del Amigable Componedor

El **Amigable Componedor Técnico** será seleccionado libremente por la contraparte de la parte que suscite la controversia, entre un listado de tres facultades de Ingeniería Civil de cualquiera de las universidades que tengan sede en Bogotá D.C. que acordarán las partes una vez suscrito el presente **Contrato**.

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

El listado de universidades con sede en Bogotá, D.C. será acordado por las partes dentro de los veinte (20) **Días** siguientes a la Fecha de Inicio de Ejecución. Si las partes no se ponen de acuerdo en la escogencia de las tres universidades para cada uno de los amigables componedores, se incluirá sólo una o dos. Si no hay acuerdo respecto de ninguna, la designación de las universidades será hecha por la Cámara de Comercio de Bogotá.

38.1.2 Procedimiento para la Amigable Composición

La Amigable Composición tendrá lugar en las oficinas del Amigable Componedor, en Bogotá. Cada parte podrá acudir a este mecanismo, mediante aviso previo a la otra parte. Una vez surtido el aviso, la parte receptora del mismo tendrá cinco (5) **Días Hábiles** para escoger el **Amigable Componedor** de la lista de las universidades a que se refiere el numeral anterior. Una vez hecha la escogencia, se notificará a la contraparte la universidad elegida. Vencidos los cinco (5) **Días Hábiles** sin haberse hecho la elección del **Amigable Componedor**, la parte que suscite la controversia, escogerá el **Amigable Componedor** del listado de universidades a que se refiere el numeral anterior, y así se lo comunicará a su contraparte.

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

38.1.2.1 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, el nombre del abogado asesor, si es del caso, y estos hechos sean notificados 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.

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.

38.1.2.3 Contenido de los alegatos

Los alegatos deberán contener como mínimo lo siguiente

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

38.1.2.4 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**.

38.1.2.5 Nuevo Amigable Componedor

En el caso en que ninguna de las universidades incluidas en el listado elaborado por las partes, esté disponible para resolver la disputa, se podrá acudir a otra universidad de igual reputación académica, mutuamente escogida por el IDU y el

Contratista. Si el IDU y el Contratista se ponen de acuerdo (sic) para escoger dicha nueva universidad en un plazo de veinte (20) Días, contados desde el aviso de alguna de las partes, el Amigable Componedor será escogido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

38.1.2.6 Costos y Gastos

*Los gastos que se ocasionen con ocasión de la intervención del Amigable Componedor serán cubiertos, en principio, por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el **Amigable Componedor**, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es éste el caso, los gastos serán distribuidos entre **TRANSMILENIO** y el **Contratista** por partes iguales. Culminada la amigable composición, las partes harán los reembolsos de gastos por la intervención del Amigable Componedor, de acuerdo con lo que les corresponda según lo previsto en este numeral. La intervención del Amigable Componedor no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo en aquellos casos en los cuales la ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia. (fls. 24-26 c. 4).*

El 12 de noviembre de 2004, las partes suscribieron el otrosí n°. 05 al contrato de obra n°. 43 de 2003 (fls. 16-17 c. 4). Según las consideraciones del documento, para solucionar una controversia contractual en torno a presuntos hechos constitutivos de multa, las partes acudieron a la amigable composición de conformidad con lo previsto en la cláusula 38 del contrato inicial, no obstante, las universidades seleccionadas no aceptaron la designación. Por ello, según se desprende del documento, las partes consideraron conveniente modificar el procedimiento previsto en el numeral 38.1.1 de la cláusula 38 del contrato. Así las cosas, las partes acordaron las siguientes modificaciones:

PRIMERA: *Modificar el numeral 38.1.1 - Elección y Facultades del Amigable Componedor - de la Cláusula 38 del Contrato, el cual quedará como sigue:*

"En caso de presentarse diferencias contractuales, que surjan como consecuencia de la ejecución del contrato, la Universidad Militar Nueva Granada, actuará como el Amigable Componedor Técnico. Sin embargo si la Universidad mencionada, no puede ejercer como tal, la Cámara de Comercio de Bogotá, designará el Amigable Componedor.

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, previstas en las normas vigentes".

SEGUNDO: *Modificar el inciso 1 del numeral 38.1.2. de la cláusula 38 del Contrato el cual quedará así:*

*"La **Amigable Composición** tendrá lugar en las oficinas del **Amigable Componedor**, en Bogotá. Cada parte podrá acudir a este mecanismo, mediante aviso previo a la otra. Una vez surtido el aviso, la parte receptora del mismo tendrá cinco (5) **Días hábiles** para solicitar a la Universidad Militar Nueva Granada la participación en el proceso de Amigable Componedor. Vencido los cinco días sin que la parte receptora comunique a la Universidad mencionada el proceso de **Amigable Composición**, la parte que suscite la controversia, lo hará. En todo caso si la Universidad Militar Nueva Granada no puede ejercer como Amigable Componedor, este mismo trámite se surtirá con la Cámara de Comercio, quien elegirá el Amigable Componedor".*

TERCERA: *Las demás cláusulas y condiciones del Contrato principal no modificadas mediante el presente otrosí, conservan la misma obligatoriedad para las partes. Para constancia y en señal de aceptación del presente otrosí, se firma*

en la ciudad de Bogotá D.C., a los 12 de noviembre 2004. (fls. 16-17 c. 4).

31. Para la interpretación del contrato, el juez debe seguir ante todo el criterio sentado por el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Esta regla tiene plena aplicación cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresaron los términos del contrato y supone que, aún siendo claro en el sentido lingüístico y literal, ante una divergencia el juez debe precisar e indagar la recíproca intención de las partes, según las circunstancias del negocio jurídico³¹. La labor del juez no se orienta, por supuesto, a enervar, reemplazar o suplantar a las partes³², ni a adulterar sus estipulaciones, sino más bien a la consecución reflexiva del sentido de una estipulación³³. En tal sentido, no solo al interpretar el contrato, sino sus acuerdos modificatorios, debe precisar la finalidad común de las partes, con el fin de determinar el resultado específico perseguido por ellas, de acuerdo con su contenido, alcance, utilidad y función³⁴.

Se evidencia, entonces, que no existe duda sobre la existencia y validez de la cláusula que estableció la amigable composición como el mecanismo para resolver los conflictos derivados del contrato n°. 043 de 2003. En cuanto al alcance de la misma, la Sala encuentra que las partes expresamente pactaron, a efectos de su habilitación que «cualquier diferencia relacionada con la ejecución del contrato, salvo aquellas que surjan con ocasión de la expedición de actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, sería resuelta a través del mecanismo de la amigable composición» (numeral 38.1 de la cláusula 38 del contrato, f. 24 c. 4).

Del texto anterior y su modificación en el otrosí n°. 5, se aprecia que el único tópico que expresamente las partes decidieron que no fuera objeto de amigable composición eran aquellas diferencias que surgieran con ocasión de la expedición de actos administrativos. Por lo demás, de la cláusula se desprende que las partes no fijaron limitación distinta frente a los puntos materia de la decisión del

³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 2008, Rad. 2001-06915-01 [fundamento jurídico 2].

³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 2000, Rad. 5577 [fundamento jurídico 1].

³⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. 6907 [fundamento jurídico 1].

componedor, porque acordaron que cualquier diferencia relacionada con la ejecución del contrato sería resuelta a través del mecanismo de la amigable composición. Por consiguiente, a falta de una limitación –adicional a la ya mencionada– no cabe duda acerca de que el amigable componedor estaba facultado por las partes para conocer de los aspectos de fondo de los temas sometidos a su consideración, entre ellos, los relativos al desequilibrio económico del contrato.

32. Sobre el particular, la doctrina³⁵ ha señalado que el acuerdo para someter una controversia a amigable composición puede revestir dos modalidades, en forma análoga a lo que puede ocurrir en materia de pacto arbitral. En efecto, la amigable composición puede resultar de una cláusula contractual o de un acuerdo para someter un conflicto ya existente. La diferencia fundamental entre estas dos formas - constitutivas del acuerdo de composición - explica la doctrina, consiste en que el primero cobijará naturalmente todas las controversias que resulten del contrato en que se haya incluido tal cláusula, en tanto que el segundo sólo cobijará las controversias que expresamente se hayan pactado.

En línea con lo expuesto, esta Corporación –en materia arbitral– ha señalado que cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se someten a ella, debe entenderse que ésta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente³⁶. Si se toma en cuenta que tanto el arbitraje como la amigable composición tienen su fundamento en el acuerdo de voluntades que se exterioriza a través de una cláusula contractual, la conclusión obligada es que, de la misma manera, si cuando las partes convienen la amigable composición en el pacto inicial y no precisan las diferencias que podrían someterse a ella, debe entenderse que cobija cualquier conflicto derivado del contrato.

Así las cosas, de la lectura de la cláusula 38 del contrato surge claramente que la habilitación para definir el conflicto que se presentó entre el IDU y el consorcio San Victorino en relación con el desequilibrio económico viene directamente del contrato y que, independientemente de si una de las partes estaba o no de acuerdo con esta forma de solucionar el conflicto entre ellas, esta era la vía

³⁵ *Ob. Cit.* Cárdenas Mejía.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de junio de 1996, rad. n°. 838 [fundamento jurídico 1.3]. En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2012, rad. n°. 18013 [fundamento jurídico 1].

acordada y, por tanto, obligatoria.

Valga precisar que las diferencias suscitadas con ocasión del desequilibrio económico tienen relación directa con el contrato de obra, versan sobre los puntos estipulados como susceptibles de someterse a consideración del amigable componedor, son transigibles y las partes tenían la capacidad jurídica y el derecho de acceder a la amigable composición. Por consiguiente, no se observa que el amigable componedor haya incurrido en una extralimitación del mandato cuando se pronunció sobre la reclamación por el desequilibrio económico del contrato el 16 de septiembre de 2005.

ii) Deber de informar al Ministerio Público el trámite de la amigable composición

33. La Ley 446 de 1998 –cuyas normas fueron compiladas por los artículos 223 a 225 del Decreto 1818 de 1998–, sin perjuicio de regular unas normas supletivas y parámetros de configuración destinados a las partes del convenio de amigable composición, defirió a la autonomía de la voluntad de los contratantes la decisión del número y forma de designación de los amigables componedores y de regular el procedimiento que éstos deben adelantar. En cuanto al trámite de la amigable composición, la ley prevé la libertad de las partes para fijarlo directamente o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, con la sola exigencia de que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas (art. 225 del Decreto 1818 de 1998).

Bajo esta metodología se tramitó la amigable composición que dio origen a este proceso. Las partes, en la cláusula 38 ya referida –modificada por el otrosí n°. 5–, decidieron designar como amigable componedor a la Universidad Militar Nueva Granada y regularon específicamente los aspectos relacionados con el trámite de la amigable composición, tales como la duración, la obligación de información, el deber de cooperación, las etapas, el lugar de instalación, la presentación, estudio y contenido de los alegatos, la fuerza vinculante y la forma de pago de los honorarios.

Como se desprende de la cláusula 38 y su modificación, las partes no incorporaron alguna disposición sobre informar a la Procuraduría General de la Nación o a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la apertura

del proceso de amigable composición. Las partes tampoco se remitieron al reglamento de algún centro de arbitraje que previera una disposición en tal sentido.

34. Por otra parte, las normas con las que se sustenta este cargo en la demanda, a saber, los artículos 277.7 de la CN y 127 del CCA, tampoco disponen el deber de informar al Ministerio Público la instalación de la amigable composición. El artículo 49 de la Ley 1563 de 2012, que prevé la intervención del Ministerio Público y el deber de información del amigable componedor, no se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato n°. 043 de 2003 ni tampoco para la fecha de la decisión del amigable componedor –16 de septiembre de 2005– por lo que no era la norma que regía la ejecución del contrato, conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

35. Valga señalar, además, que el agente del Ministerio Público, al rendir concepto en primera instancia (fls. 181-182 c. 1.2), se opuso a la pretensión de nulidad por este cargo, porque la facultad de intervención del Ministerio Público se desarrolla cuando sea necesaria, en los términos del numeral 7 del artículo 277 de la CN, para la salvaguarda de las garantías fundamentales y los intereses del Estado.

En este orden de ideas, la Sala considera que el hecho de no haber vinculado al Ministerio Público al trámite de la amigable composición no constituye causal de nulidad absoluta –objeto ilícito–, puesto que no contraviene ninguna norma de orden público y tampoco lo señala ninguna norma como causal de nulidad.

36. Finalmente, la tercera pretensión, en la que se pide declarar que no existió desequilibrio económico del contrato, debe ser negada por dos motivos: *i)* de la demanda se desprende, sin duda alguna, que la pretensión tercera presupone, para poder prosperar, que la primera y segunda hayan salido avante, esto es, que se anule la decisión del amigable componedor y como acaba de verse, tal no será el caso y *ii)* la validez de la amigable composición supone que tiene efectos de transacción, lo que a su vez implica que se predique una cosa juzgada, en los términos del artículo 2483 del CC., según se explicó, por lo que la existencia de desequilibrio económico quedó resuelta por ese mecanismo autocompositivo.

37. En mérito de lo dicho, la Sala concluye que no se dan los presupuestos

señalados por el IDU para declarar la nulidad de la amigable composición emitida el 16 de septiembre de 2005. Por lo tanto, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegarse las pretensiones.

Costas

38. De conformidad con el artículo 171 CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

39. 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,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida el 22 de junio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE³⁷
NICOLÁS YEPES CORRALES

VF

³⁷ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.
DAR/PT