



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 02

Fecha	Octubre 8 de 2018	Consecutivo	GGE-OAJ-ME-2018-0152
De	LUISA FERNANDA MORA MORA Jefe Oficina Asesora Jurídica		
Para	SANDRA MARÍA SAAVEDRA MOGOLLÓN Gerente de Contratación		
Asunto	Concepto - Solución de Controversias Concurso de Méritos Abierto No. GT-CMA-003-2018		

Reciban un cordial saludo Dra. Sandra.

Acuso recibo del memorando No. GCN-ME-2018-0168 del 21 de septiembre del presente año y radicado en la entidad el 24 de los corrientes, a través del cual solicita concepto jurídico de la Oficina Asesora Jurídica respecto de la cláusula arbitral que se pretende estipular dentro del contrato de consultoría del PMO de la PLMB.

En atención a la Directiva 002 del 17 de noviembre de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital, en virtud de la cual se establecen lineamientos en materia de pactos arbitrales, dentro de los cuales se encuentra el pronunciamiento previo de esta Oficina respecto a la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato¹, procedemos a emitir concepto en los siguientes términos, para lo cual se tendrán en cuenta las pautas definidas por esta oficina mediante memorando GGE-OAJ-ME-2018-0080 del 7 de junio del presente año.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado en la consulta realizada, la Oficina Asesora Jurídica abordará el estudio jurídico analizando (i) la dinámica del sector movilidad en el pacto de cláusulas compromisorias; (ii) la importancia del contrato de consultoría – PMO; (iii) las condiciones legales para la estipulación de mecanismos de solución de controversias, entre ellas, la cláusula arbitral; (iv) el concepto de esta Oficina Asesora y (v) las recomendaciones sobre el particular.

(i) Dinámica del sector movilidad en el pacto de cláusulas compromisorias

Dentro de la estructura de la administración distrital, el Acuerdo 257 de 2006 “*Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones*”, estableció sectores administrativos de coordinación, dentro de los que se encuentran, el Sector Movilidad que tiene la misión de garantizar la planeación, gestión, ordenamiento, desarrollo armónico y sostenible de la ciudad en los aspectos de tránsito, transporte, seguridad e infraestructura vial y de transporte, en los términos del artículo 104 del mencionado Acuerdo.

¹ “(...) cada vez que una entidad u organismo decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, los responsables de adelantar los procesos contractuales y de suscribir los respectivos contratos, según el reparto de competencias efectuado al interior de cada entidad u organismo distrital, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral.”



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

El artículo 107 del Acuerdo 257 de 2006 señala que el Sector Movilidad está integrado por la Secretaría Distrital de Movilidad cabeza del Sector y las siguientes entidades:

a. Entidades Adscritas

- Establecimiento público: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU.
- Unidad Administrativa Especial: Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

b. Entidades Vinculadas

- Sociedad Pública: Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A.
- Sociedad Pública: Empresa Metro de Bogotá S.A.
- Sociedades de Economía Mixta: Terminal de Transporte S.A.

A partir de esta estructura administrativa de coordinación, la Oficina Asesora Jurídica realizó un análisis del comportamiento del sector movilidad relacionado con la inclusión de cláusulas compromisorias dentro de los contratos suscritos por cada una de sus entidades, para lo cual, en un primer momento se revisó la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, encontrándose que dentro del periodo 2016 a 2018, este tipo de mecanismo alternativo de solución de controversias, no se pacta de manera frecuente.

En un segundo momento, al revisar la herramienta SIPROJWEB, recurso electrónico que permite realizar seguimiento, diagnóstico y análisis gerencial en materia de defensa jurídica, encontró algunos Tribunales de Arbitramento que se han adelantado en desarrollo de los contratos celebrados por el IDU y TRANSMILENIO y, como consecuencia de la activación de las cláusulas compromisorias pactadas dentro de los mismos.

El siguiente cuadro refleja que estas entidades del sector movilidad, pactaron dentro de sus contratos de concesión, obra e interventoría, el arbitramento nacional o institucional como una forma de solución de sus controversias²:

TRANSMILENIO S.A.			
#	No. Contrato	Convocante	Estado
1	Contrato de Concesión No. 183 de 2003	UNIÓN TEMPORAL FASE II	En trámite
2	Contrato de Concesión No. 447 de 2003	EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO Y ALIMENTADOR S.A. ETMA S.A.	Terminado por acuerdo
3	Contrato de Concesión No. 001-2011	RECUADO DE BOGOTA S.A.S	Terminado
4	Contrato No. 017 DE 2003	SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A SOMOS K S.A.	Terminado
5	Contrato de concesión No. 447 de 2003	ETMA S.A.	Terminado
6	Contrato de concesión No. 449 de 2003	SI O3 S.A.	En trámite

² <http://www.bogotajuridica.gov.co/siprojweb2/index.html>



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

7	Contratos de concesión Nos. 008 y 009 2010	CONSORCIO EXPRESS SAS	En trámite
8	Contrato de concesión No. 018 de 2003	CONNEXIÓN MÓVIL S.A.	En trámite
IDU			
9	Contratos de concesión Nos. 386, 387, 385 y 388 de 1999	CONCESION PARQUEADERO 77 S.A. CONCESION PARQUEADERO CALLE 85 S.A., CONCESION PARQUEADERO 90 S.A., Y CONCESION PARQUEADERO CALLE 97 S.A.	Terminado
10	Contrato de obra No. 069 de 2008	SOCIEDAD COLOMBO HISPÁNICA LTDA	Terminado
11	Contrato No. 432 de 1999	CONSORCIO L & A	Terminado
12	Contrato No. 070 de 2008	CONSORCIO DISTRITOS BOGOTA	Terminado
13	Contrato obra No. 074 de 2008	CONSORCIO METROVIAS MALLA VIAL	Terminado
14	Contrato de interventoría No. 170-2007	INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A. INGETEC S.A.	Terminado
15	Contrato de obra No. 135 de 2007	CONSORCIO METROVIAS BOGOTA	En trámite
16	Contrato No. 005 de 2012	CONCAY S.A.	En trámite
TRANSMILENIO S.A. - IDU			
17	Contrato IDU No. 136 de 2007	CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III - CONFASE S.A.	Terminado
18	Contrato obra No. 137 de 2007	GRUPO EMPRESARIAL VIAS BOGOTA S.A.S.	Terminado
19	Contrato de obra No. 134 de 2007	CONSTRUCTORA SAN DIEGO MILENIO S.A.	Terminado
20	Contrato No. 135 de 2007	CONSORCIO METROVIAS BOGOTA	Terminado
21	Contrato de interventoría No. IDU 171 de 2007	POYRY INFRA S.A.	Terminado
22	Contrato de interventoría No. 173 de 2007	CONSORCIO INTERVENTORIAS TRONCALES 2007	Terminado
23	Contrato de obra No. IDU 136 de 2007	CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. CONFASE S.A.	Terminado

De lo anterior se concluye que en el sector movilidad, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU - y la empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A., recurren a la cláusula de arbitramento, como un mecanismo alternativo ágil para solucionar de manera directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

(ii) Importancia del contrato de consultoría – PMO³

La empresa Metro de Bogotá S.A. a través del Concurso de Méritos Abierto No. GT-CMA-003-2018, busca contratar la una consultoría especializada en gerencia de Proyectos (PMO) para asesorar a la EMB en la planeación, coordinación, seguimiento y control del proyecto de la PLMB - tramo 1, acorde con las condiciones exigidas por la EMB.

³ Tomado de los Pliegos de condiciones del concurso de méritos abierto No. GT-CMA-003-2018: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

Al respecto, es necesario señalar que el Acuerdo 645 de 2016 *"Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, social, ambiental y de obras públicas para Bogotá D.C. 2016 - 2020 "Bogotá mejor para todos"*, estableció en su artículo 27 el programa **"Movilidad para Todos"** cuyo objetivo es *"(...) mejorar la calidad de la movilidad y la accesibilidad que provee el Distrito Capital para todos los usuarios: peatones, ciclistas, usuarios del transporte público colectivo e individual, así como del transporte privado. El eje estructurador de este programa es el Sistema Integrado de Transporte Masivo, compuesto por TransMilenio y Metro. En lo relacionado con el subsistema TransMilenio, se ampliará la red de troncales y se optimizará el sistema operacional mejorando la cobertura y la calidad del servicio. En cuanto al Metro, se contratará y dará inicio a la construcción de la primera línea, proceso que liderará la nueva Empresa Metro de Bogotá S.A. El Sector Movilidad promoverá su adecuada integración y coordinación con proyectos regionales. Así mismo, buscará potenciar las redes de transporte masivo como catalizadores de la renovación urbana."*

Bajo este contexto, el proyecto Primera Línea del Metro de Bogotá (PLMB) hace parte de la respuesta que la Administración Distrital planteó a la problemática del desplazamiento de los habitantes de Bogotá generando un impacto positivo en la calidad de vida de sus habitantes.

Adicionalmente, la PLMB es de interés del Gobierno Nacional desde su consagración en el documento CONPES 3677 de 2010 *"Movilidad Integral para la Región Capital Bogotá – Cundinamarca"*, que describe la política de la Nación para participar en el desarrollo integral de la movilidad de la Región Capital Bogotá Cundinamarca, *"(...) a través de la financiación de los proyectos(...)"*, documento que *"recopila y evalúa los avances de las propuestas para el Sistema Integrado de Transporte Público—SITP, Transmilenio, Primera Línea de Metro de Bogotá, y Tren de Cercanías para Bogotá y la Sabana, y establece las condiciones técnicas, financieras e institucionales para implementar cada proyecto como parte de la solución integral a los problemas de movilidad del Distrito y la Región Capital."*

Para dar cumplimiento a las disposiciones antes indicadas, se creó la Empresa Metro de Bogotá S.A. (EMB), como una sociedad por acciones del orden Distrital, descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y presupuestal, patrimonio propio, vinculada a la Secretaría Distrital de Movilidad, con régimen jurídico de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al sector movilidad, cuyo objeto principal se encuentra definido en el artículo 2º del Acuerdo Distrital No. 642 del 12 de mayo de 2016⁴, así: *"Corresponde a la empresa METRO DE BOGOTÁ S.A. realizar la planeación, estructuración, construcción, operación, explotación y mantenimiento de las líneas de metro que hacen parte del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, así como la adquisición, operación, explotación, mantenimiento y administración del material rodante."*

También hace parte del objeto social de la entidad, liderar, promover, desarrollar y ejecutar proyectos urbanísticos, en especial de renovación urbana, así como la construcción y el mejoramiento del espacio público en las áreas de influencia de las líneas de metro, con criterios de sostenibilidad. Todo lo anterior, en las condiciones que señalen las normas vigentes, autoridades competentes y sus propios estatutos."

⁴ "Por el cual se autoriza al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para participar, conjuntamente con otras entidades descentralizadas del orden Distrital, en la constitución de la Empresa Metro de Bogotá S.A., se modifican parcialmente los Acuerdos Distritales 118 de 2003 y 257 de 2006, se autorizan compromisos presupuestales y se dictan otras disposiciones en relación con el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá"





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

Para la adecuada ejecución del proyecto, la EMB debe monitorear y coordinar las acciones que se desprenden de los distintos contratos y actividades que ha celebrado y celebrará para su ejecución. Si bien el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones de cada contrato en particular será realizado por el interventor o supervisor correspondiente, dichos interventores y supervisores no tienen la obligación de coordinar a los demás actores, ni establecer prioridades o generar alertas entre sí.

Por otro lado, la planta de cargos aprobada para la EMB se está ocupando con personal experimentado para el cumplimiento de su objeto social. Sin embargo, existen algunos temas, altamente especializados, que se deben desarrollar en forma temporal, para los cuales, organizaciones como la EMB pueden optar por la contratación de terceros que la apoyen temporalmente en el cumplimiento de funciones específicas.

Como resultado de este análisis, se resaltan las siguientes razones de conveniencia para la **contratación de un Project Management Office (PMO)**, como apoyo a la EMB en la gerencia del Proyecto de la PLMB – Tramo 1:

1. El Proyecto de la PLMB – Tramo 1 es el proyecto individual de infraestructura urbana de mayor envergadura e importancia que se haya desarrollado en el país. Su presupuesto y su programa de obra se despliegan, ambos, en miles de actividades, las mismas que deben ser controladas. Tanto por su dimensión como por las numerosas interdependencias y subordinaciones de actividades, resulta conveniente contar con el apoyo de empresas y profesionales nacionales y extranjeros con amplia experiencia en la construcción y supervisión de proyectos de metros urbanos, que suministren la información actualizada del desarrollo del proyecto, así como sus proyecciones a la terminación, y que apoyen de manera permanente y con una alta dedicación al equipo de funcionarios de la empresa, en el seguimiento y en la toma de decisiones que se requieran para el buen desarrollo del Proyecto.

2. Si bien es cierto que la EMB ha incorporado un grupo de profesionales y directivos especializados y con experiencia en el diseño, construcción y operación de proyectos de infraestructura de transporte, los mismos deben atender todas las funciones propias de una entidad de naturaleza pública, con las exigencias en materia de cumplimiento normativo, reporte y atención de múltiples peticiones de los organismos de administración y control, que corresponden a la recurrencia del quehacer de la entidad. La ejecución de un proyecto de la envergadura de la PLMB requiere de la participación de un equipo de profesionales especializados en cada uno de los campos que involucra el diseño, construcción, puesta en marcha y operación de una línea de metro, con amplia experiencia en la ejecución integral de este tipo de proyectos a nivel mundial y, dedicación total al Proyecto.

3. Aunque la decisión de ejecutar las obras de construcción de la infraestructura, bajo un único contrato de concesión reduce significativamente los riesgos del Proyecto para el estado, y que por norma dicho contrato contará con la(s) Interventoría(s) correspondiente(s), subsisten importantes retos en materia de integración de las interfaces del proyecto en materia de obra civil, sistemas de comunicaciones, equipos electromecánicos y material rodante, con los temas prediales, el traslado anticipado de redes y diseño y ejecución de estaciones principalmente, que deben ser advertidos y controlados integralmente y de manera precisa por el contratante, dadas las numerosas interdependencias funcionales, para anticiparse y evitar que se puedan generar mayores retrasos en los frentes en los que se subdivide la ejecución del Proyecto. En ese sentido, contar con el apoyo de la PMO contribuirá de manera significativa al éxito del Proyecto. Los conocimientos en el área de Project Management son fundamentales como apoyo en la dirección de cualquier empresa o proyecto con el fin de que



Carrera 7 No.71-52 Torre A Of. 902
Bogotá, Colombia
Código Postal: 110231
Tel: (+571) 5 553333
www.metrodebogota.gov.co
Infolínea 195

Página 5 de 13

BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

en el marco de desarrollo del proyecto, se puedan tomar acciones que permitan reducir los sobrecostos y retrasos en la coordinación y entrega final de aquel y, de esta manera, lograr mejores resultados de desempeño que favorezcan su sostenibilidad

Atendiendo lo descrito, resulta necesario seleccionar un consultor especializado en gerencia de proyectos (Project Management Office "PMO") para:

- a) Prestar apoyo a las actividades a cargo de la EMB en relación con el seguimiento, coordinación y articulación de todos los componentes del Proyecto, velando por la correcta y oportuna ejecución de todas sus interfaces de acuerdo con las especificaciones técnicas del Proyecto y el esquema de contratación y de financiación adoptados:
- b) Velar por el cumplimiento de los requerimientos funcionales y de RAMS (Reliability, Availability, Maintainability and Safety) con base en los cuales se concibe y diseña la línea:
- c) Brindar asistencia técnica al equipo de la EMB y, realizar la transferencia de conocimiento en gerencia de proyectos al personal de la EMB.

El PMO propuesto será un modelo de apoyo y control, limitado en su hacer al proyecto PLMB – Tramo 1 y en el tiempo a la ejecución del mismo. Respecto a la toma de decisiones, la consultoría como PMO de apoyo y control, tendrá dentro de sus actividades, estudiar y conceptuar oportunamente sobre los aspectos de los diseños, construcción, puesta en marcha y operación, que resulten necesarios para la toma de decisiones por parte de la EMB, así como para la implementación de las acciones que permitan reducir los riesgos, mitigar las desviaciones en costo y plazo, gestionar los imprevistos, armonizar las interfaces y realizar el debido gerenciamiento del Proyecto, sin interferir ni afectar las obligaciones establecidas, ni asumir las responsabilidades y riesgos a cargo de los contratistas, interventores y entidades participantes, pero cuyo soporte permita a la entidad tener los mejores argumentos y herramientas para la toma de decisiones. En este punto, las herramientas gerenciales de un PMO brindarán organización, dinámica y respaldo a las decisiones que deba tomar la EMB en desarrollo del Proyecto, garantizando además la independencia de la misma frente a las situaciones propias entre Concesionario e Interventor. La EMB tendrá así la visión sobre los diferentes aspectos en desarrollo de la PLMB – Tramo 1, de un experto en gerencia de proyectos de este tipo, que apoye la gestión de la EMB y las decisiones que deba tomar.

(iii) Condiciones legales para la estipulación de mecanismos de solución de controversias, entre ellas, la cláusula arbitral

El anexo 1 del Concurso de Méritos Abierto No. GT-CMA-003-2018, cuyo objeto es la contratación "de un consultor que preste los servicios de consultoría especializada en gerencia de proyectos (PMO) para asesorar a la EMB en la planeación, coordinación, seguimiento y control del proyecto de la PLMB tramo 1, acorde con las condiciones exigidas por la EMB", contiene el Proyecto de Minuta de Contrato, en cuyo Capítulo VII se establecen las disposiciones relacionadas con la solución de controversias, incluyéndose como mecanismo alternativo, entre otros, el arbitraje.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

De la lectura de la cláusula en mención, se infiere que para la solución de controversias que surjan entre el Contratista y la EMB con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del contrato que resultare del Concurso de Méritos Abierto No. GT-CMA-003-2018, así como de cualquier otro asunto relacionado con el mismo, se acudirá a los mecanismos alternativos de solución de controversias, con lo cual se cumple la finalidad del Estatuto de Contratación que busca una solución ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

A continuación, se analizarán los mecanismos previstos en la minuta de contrato analizada:

1. De la conciliación

El artículo 56 Decreto 1818 de 1998, así como el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, habilitan a las entidades públicas para acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la amigable composición, la conciliación, y arreglo directo, siendo estos dos últimos los propuestos en la cláusula objeto de este pronunciamiento.

No obstante, dichos mecanismos alternativos de solución de controversias no pueden imponerse como un requisito previo para acceder a la jurisdicción. Al respecto, el artículo 13 del Código General del Proceso (el "CGP") es claro cuando dispone que disposiciones en tal sentido se tendrán por no escritas, siendo entonces ineficaces:

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

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

Se precisa que el arbitraje no se considera para estos efectos como un mecanismo previo para el acceso a la jurisdicción. Por el contrario, el artículo 116 de la Constitución Política es claro cuando habilita a los particulares para ejercer, de manera temporal, funciones jurisdiccionales.

En concordancia con lo anterior, consideramos necesario hacer una evaluación de la cláusula en lo que respecta al procedimiento conciliatorio y que de manera textual señala:

"Cuando la controversia no pueda arreglarse de manera directa, deberá someterse a un procedimiento conciliatorio que se surtirá ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, previa solicitud de conciliación elevada individual o conjuntamente por las Partes. Si en el término de ocho (8) días hábiles a partir del inicio del trámite de la conciliación, el cual se entenderá a partir de la fecha de la primera citación a las Partes que haga el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá,



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

las Partes no llegan a un acuerdo para resolver sus diferencias, deben acudir a la jurisdicción contencioso administrativa [o al Tribunal de Arbitramento]

Sobre el particular, el artículo 62 de la Ley 446 de 1998 define la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual dos o más personas gestionan la solución directa de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado (diferente al juez) denominado conciliador. Sin embargo, **cuando se trata de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de los conflictos entre los particulares y el Estado, debe, obligatoriamente, adelantarse ante un agente del Ministerio Público como requisito de procedibilidad, antes de presentar una demanda de nulidad y restablecimiento, de reparación directa o sobre controversias contractuales, en asuntos de naturaleza conciliable.**

Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó el artículo 42º a la Ley 270 de 1996, determinó que **“a partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”**, que en concordancia con el artículo 6º del Decreto 1716 de 2009, deberá presentarse **“la petición de conciliación o extrajudicial [...] en forma individual o conjunta por los interesados, ante el agente del Ministerio Público (reparto) correspondiente”**.

A manera de conclusión:

Es posible acudir a mecanismos alternativos de resolución de controversias de manera previa a la activación del arbitraje e incluso pactarlos en los respectivos contratos, más no disponer que su agotamiento sea requisito para acceder a la jurisdicción. De incluir cláusulas en tal sentido, las mismas se tendrían como no escritas bajo la legislación colombiana.

En suma, si bien la conciliación se erige en un instrumento que permite la solución de controversias de manera ágil y efectiva, en materia contenciosa, ese mecanismo alternativo de solución de conflictos no puede trasladarse a un conciliador que actúe a través de un centro de conciliación, sino que, su trámite debe adelantarse ante el Ministerio Público, por lo tanto, de manera respetuosa sugerimos la revisión en los términos en que se encuentra planteado el procedimiento conciliatorio y si a bien lo considera, explorar la posibilidad de acudir al amigable componedor en los términos del artículo 59 de la Ley 1563 de 2012.

2. Del arbitraje

La misma ley 1563 de 2012 faculta a las entidades públicas para someter a arbitraje la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales que suscriban, renunciando con ello a acudir a la jurisdicción contenciosa para la solución de tales controversias.

Sobre el particular, la Directiva 002 de 2016 emitida por la Secretaría Jurídica Distrital al reconocer que las entidades, en el ámbito de su autonomía pueden decidir incluir cláusulas compromisorias en los contratos que celebren, señaló:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

“Cada entidad y organismo distrital, en ejercicio de su autonomía administrativa y de conformidad con el artículo 87 del Decreto Distrital 714 de 1996, el Estatuto de Contratación Pública sus propios estatutos y demás normas legales y reglamentarias vigentes y concordantes, tiene la capacidad para celebrar los contratos que requiera con el propósito de cumplir los fines Estatales, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados desde el ámbito funcional de cada entidad y organismo del Distrito Capital.

La decisión de incluir cláusulas compromisorias en los contratos debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contenciosa para la solución de tales controversias, efectuando, dentro del estudio de conveniencia jurídico - económico un análisis y valoración de riesgos la naturaleza de las partes el objeto del contrato, la cuantía del proceso y sus respectivos antecedentes que permita determinar la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato.

En consecuencia cada vez que una entidad u organismo decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, los responsables de adelantar los procesos contractuales y de suscribir los respectivos contratos, según el reparto de competencias efectuado al interior de cada entidad u organismo distrital, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral.” (negrilla fuera de textos)

Bajo este contexto, en la Cláusula VII del Anexo 1 – Proyecto de Minuta de Contrato del Concurso de Méritos Abierto No. GT-CMA-003-2018, se planteó la siguiente cláusula compromisoria, como mecanismo alternativo de solución de conflictos con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del Contrato, así como de cualquier otro asunto relacionado con el mismo:

“[El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad de Bogotá y estará sujeto al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El Tribunal de Arbitramento estará integrado por tres árbitros, quienes serán abogados colombianos y decidirán en derecho. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las Partes y a falta de acuerdo los nombrará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La falta de acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros se presumirá si a los diez (10) días hábiles contados a partir de la solicitud de la instalación del Tribunal de Arbitramento no están los tres (3) árbitros nombrados. Los gastos que ocasione el Tribunal de Arbitramento serán cubiertos por las Partes de conformidad con las normas aplicables sobre la materia.]



Carrera 7 No.71-52 Torre A Of. 902
Bogotá, Colombia
Código Postal: 110231
Tel: (+571) 5 553333
www.metrodebogota.gov.co
Infolínea 195

Página 9 de 13

BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

El acuerdo al que se llegue en la etapa de arreglo directo o en la conciliación [, así como el laudo arbitral] es de obligatorio cumplimiento para las partes y presta mérito ejecutivo. En consecuencia, cualquiera de las Partes puede exigir su cumplimiento en un proceso ejecutivo."

La cláusula compromisoria transcrita recoge de manera general los lineamientos que para el efecto trae la ley 1563 de 2012; sin embargo, es preciso tener en cuenta que en los términos del artículo 2º de esta misma ley "cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional", por lo que no podrá someterse al reglamento establecido en los centros de arbitraje.

Como consecuencia de lo anterior, se deberá ajustar la cláusula para señalar que el procedimiento que se seguirá por parte del Tribunal de Arbitramento será el establecido en la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, en cuanto a la sede en la que funcionará el Tribunal de Arbitramento deberá complementarse la misma, para señalar que sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por otro lado debe tenerse en cuenta **que la decisión sobre la legalidad de actos administrativos está excluida de la competencia de los árbitros**, estando ésta limitada a pronunciarse sobre los efectos económicos del ejercicio de las facultades excepcionales con que cuenta la Administración en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, perdiendo competencia "para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales" en los términos del literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

En tal sentido, se destaca que el ejercicio de dicho mecanismo no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicione, modifiquen o sustituyan, conforme a lo dispuesto en el literal e) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

De manera complementaria a las disposiciones legales que se han dejado expuestas, deberá revisar la cláusula a la luz del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, que de manera especial señala:

"ARTÍCULO 14. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

a) <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 1742 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, deberán proferirse en derecha <sic>, salvo en el evento de



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.

b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;

c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;

d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;

e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;

f) Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;

g) Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;

h) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;

i) Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;

j) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

PARÁGRAFO. *En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo."*



Como complemento a lo anterior, deberá revisarse lo pertinente de la Directiva 002 de 2016 emitida por la Secretaría Jurídica Distrital, en los términos descritos en el capítulo XXXX de este documento.

(iv) **Concepto de la Oficina Asesora Jurídica**

En atención a la Directiva 002 del 17 de noviembre de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital, en virtud de la cual se establecen lineamientos en materia de pactos arbitrales, dentro de los cuales se encuentra el pronunciamiento previo de esta Oficina respecto a la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato, procederemos a emitir el presente concepto en los siguientes términos:

- a. El arbitraje institucional en los términos plantados se caracteriza por su celeridad, en la medida que el procedimiento establecido en la Ley 1563 de 2012 resulta ser más ágil que el judicial y, con ellos, se cumplirá la finalidad del Estatuto de Contratación que busca una solución ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, en los términos del artículo 68 de la Ley 80 de 1993.
- b. Adicionalmente, los laudos arbitrales que se generen por parte del Tribunal de Arbitramento cuentan con la misma fuerza vinculante que una sentencia judicial, es decir, presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.
- c. Se deberá definir dentro del cuerpo del contrato cuáles aspectos se van a someter al conocimiento del Tribunal de Arbitramento.
- d. La competencia de los árbitros en materia de actos administrativos expedidos en la relación contractual en ejercicio de las facultades excepcionales estará dada frente aquellos aspectos económicos que se deriven de los mismos, por lo tanto, **no podrá discutirse en sede arbitral, la legalidad de tales actos administrativos.**
- e.
- f. Los árbitros son personas especializadas en los asuntos que se someterán a su consideración, quienes además disponen de total dedicación al caso actuando con independencia e imparcialidad.
- g. En los términos de la Directiva Distrital precitada en este asunto, se deberá tener en cuenta que la empresa Metro de Bogotá no podrá nombrar como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad u organismo distrital o a un abogado que se esté desempeñando, al momento de su designación en más de 3 tribunales de arbitramento en los que intervenga como parte una entidad distrital.

En tal sentido, en el evento de que la entidad u organismo haya decidido acudir a las instancias arbitrales, el Gerente General de la empresa o el Jefe de la Oficina Jurídica, o quienes hagan sus veces, deberán enviar a la Secretaría Jurídica Distrital, 15 días calendario antes de la designación de los árbitros, la lista y hoja de vida de los candidatos que la empresa Metro de Bogotá pretende postular frente a la contraparte para la designación conjunta de árbitros, junto con el resumen del proceso respectivo, procedimiento que igualmente deberá surtirse en los casos de reemplazo total o parcial de los árbitros. Esto, con el propósito de que se emita el pronunciamiento previo respecto de los candidatos propuestos en la lista mencionada, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la acreditación de la experiencia específica en el asunto materia de controversia.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

En los casos en los cuales, la empresa tenga más de un arbitramento deberá procurar que la lista garantice la rotación y participación de más profesionales en el proceso de postulación, evitando la remisión de listas idénticas para todos los procesos de arbitramento.

- h. Para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no se debe contemplar como requisito previo agotar algún mecanismo alternativo de resolución de conflictos. De incluir cláusulas en tal sentido, las mismas se tendrían como no en los términos del artículo 13 del Código General del Proceso.

(v) Recomendaciones

La Oficina Asesora Jurídica recomienda a la Gerencia de Contratación que se efectúe dentro del “*estudio de conveniencia jurídico - económico un análisis y valoración de riesgos, la naturaleza de las partes, el objeto del contrato, la cuantía del proceso y sus respectivos antecedentes que permita determinar la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato*”, remitiendo lo pertinente a las dependencias de la entidad dentro de la órbita de sus competencias, según lo establecido en la Directiva 002 de 2016 emitida por la Secretaría Jurídica Distrital.

Adicionalmente y continuando con los lineamientos de la Directiva precitada, se pone de presente a la Gerencia de Contratación “(...) *la necesidad de analizar a fondo la inclusión de pactos arbitrales en los contratos, la cual deberá estar debidamente soportada en los estudios previos elaborados para tal fin, en desarrollo del principio de planeación contractual (...)*”, por lo que, “*los responsables de adelantar los procesos contractuales y de suscribir los respectivos contratos, según el reparto de competencias efectuado al interior de cada entidad u organismo distrital, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral.*”

El presente concepto se rinde en los términos de la Directiva 002 de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital y del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente

LUISA FERNANDA MORA MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Adriana María Plazas Tovar - Abogada Oficina Asesora Jurídica