



PROCESO DE LIQUIDACIÓN DEL BANCO DEL ESTADO – Reclamación del Fideicomiso ADM – Capital Center II para ser considerado acreedor quirografario / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL – Cláusula compromisoria / EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA - Probada

Como lo expuso el apoderado de la parte demandada, advierte la Sala que en el texto del contrato, en la cláusula número veintinueve (29), las partes incluyeron una cláusula compromisoria [...] El texto literal del citado pacto arbitral determinó que las distintas controversias relacionadas con el contrato de fiducia mercantil, particularmente en lo que corresponde a los efectos, a la ejecución y a la liquidación, serían resueltas por un tribunal de arbitramento de acuerdo con las normas legales aplicables a esta materia. La obligación de entregar los aportes adicionales para la obra que tenía proyectada adelantar el fideicomiso y su incumplimiento por parte del Banco del Estado, involucra los efectos jurídicos del contrato y su ejecución como parte del mismo luego de la absorción del Banco Uconal. Es claro, entonces, que la controversia originada por el incumplimiento del deber contractual, dentro de la ejecución del contrato, está ajustada a los asuntos que fueron delimitados por la cláusula compromisoria como susceptibles de conocimiento de los árbitros. Esto significa que el conflicto derivado de los intereses generados por el alegado incumplimiento de la obligación de suministrar los fondos adicionales para la ejecución del proyecto, al cual hace referencia este proceso, debía ser resuelto por un tribunal de arbitramento. [...] En estas condiciones, considera la Sala que el pacto arbitral excluye la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para el conocimiento de la controversia sobre el cumplimiento de la obligación y la ejecución del citado negocio jurídico. [...] Ante la existencia indiscutible de la cláusula compromisoria aplicable a las diferencias derivadas de los efectos y la liquidación del contrato, dentro de las cuales se incluye el rechazo de la acreencia reclamada por el actor, la decisión adoptada por la liquidadora debía someterse a la decisión de los árbitros como lo dispuso el contrato. Concluye la Sala que la controversia planteada en esos términos de carácter estrictamente contractual escapa al ámbito de esta jurisdicción, por voluntad expresada por las partes en la fiducia mercantil que soporta la obligación materia de desacuerdo en este proceso.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 164

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00796-02

Actor: FIDEICOMISO ADM – CAPITAL CENTER II

Demandado: BANCO DEL ESTADO S.A. EN LIQUIDACIÓN



Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala¹ a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de marzo cinco (5) de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda y en consecuencia dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE (sic) la nulidad del artículo artículo (sic) 2º de la Resolución No. 01 del 15 de noviembre de 2005 y el artículo 5 de la Resolución No. 03 del 21 de febrero de 2006, proferidas por el Banco del Estado en liquidación, a través de su liquidadora, en cuanto rechazaron la reclamación del FIDEICOMISO ADM CAPITAL CENTER II para que fuera considerado como acreedor quirografario de aquel [...].

SEGUNDO: A manera de restablecimiento del derecho ORDÉNESE (sic) al Banco del Estado en liquidación que se reconozca al FIDEICOMISO ADM CAPITAL CENTER II como acreedor quirografario de conformidad con los requisitos y condiciones legales acreditadas por éste en la oportunidad debida en la que presentó su reclamación. (Mayúsculas del texto original).

[...]”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso ADM – Capital Center II presentó demanda en la que formuló las siguientes

¹ La sentencia es dictada por esta corporación en cumplimiento del Acuerdo 357 de diciembre cinco (5) de 2017 suscrito entre las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, ante la Sala Plena, mediante el cual la Sección Quinta dispuso contribuir a la descongestión de la Sección Primera.



2. Pretensiones

“PRIMERA.- Se sirva declarar (i) la nulidad del artículo segundo (2º) de la Resolución No. 01 del 15 de Noviembre de 2005 y (ii) la nulidad del artículo quinto (5) de la Resolución No. 03 del 21 de Febrero de 2006, proferidas por el Banco del Estado en Liquidación [...] en cuanto rechazaron la reclamación presentada por el Fideicomiso ADM – Capital Center II para que fuera considerado como acreedor quirografario [...].

SEGUNDA.- Como consecuencia [...] se disponga el restablecimiento del derecho del Fideicomiso ADM – Capital Center II y se reconozca que es acreedor quirografario del Banco del Estado en Liquidación en la cuantía de quinientos noventa y cuatro millones seiscientos ochenta y siete mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con noventa centavos monera corriente (\$594.687.648.97 m/cte) conforme a la solicitud presentada el 29 de Septiembre de 2005 y radicada con el número 01-001728.

TERCERA.- Se condene en costas y agencias en derecho a la Demandada”.
(Mayúsculas del texto original).

3. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El apoderado de la parte actora reveló que el catorce (14) de junio de 1995 fue suscrita en la Notaría Décima de Bogotá la escritura pública 1460, mediante la cual fue celebrado un contrato de fiducia mercantil² y creado el fideicomiso, del cual era parte la Sociedad Latinoamericana Corporación Financiera S.A. (Latincorp S.A.) con participación equivalente al cinco (5) por ciento.

Agregó que el patrimonio autónomo tuvo como objeto que Alianza Fiduciaria S.A., que era su administradora, mantuviera la titularidad de los bienes, incluyendo un

² El contrato de fiducia fue modificado mediante la escritura pública 917 de mayo cinco (5) de 1999 de la Notaría Décima, que incrementó la participación de Latincorp al 6.6667 por ciento.



lote distinguido como SMI Veintitres M-4 en el diseño urbanístico de Ciudad Salitre, donde los fideicomitentes expresaron la intención de adelantar un proyecto de construcción de uso múltiple.

Sostuvo que mediante escritura pública 2717 de junio seis (6) de 1997 de la Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá, Latincorp cambió su razón social por U.C.N. Corporación Financiera S.A., luego protocolizó su conversión a banco bajo la denominación de Banco U.C.N. S.A. y después modificó su razón social por la de Banco Uconal S.A.

Manifestó que a través de la Resolución 1829 de diciembre quince (15) de 1999, la Superintendencia Financiera ordenó la fusión entre el Banco del Estado y el Banco Uconal, la cual fue protocolizada en la escritura pública 2091 de 1999 de la Notaría 44 de Bogotá y por esta razón la segunda de tales entidades quedó disuelta, sin liquidarse.

Explicó que la participación que correspondía a Latincorp quedó en cabeza del Banco Uconal, como quiera que se trató de un cambio de razón social sin solución de continuidad, por lo cual cuando ocurrió la fusión era parte del contrato de fiducia.

Indicó que por esa razón y según los artículos 172 parágrafo 2º del Código de Comercio y 60, numeral 3º, ordinal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el Banco del Estado se subrogó en la totalidad de los derechos y obligaciones que le correspondían al Banco Uconal en el contrato de fiducia, adquirió la participación equivalente al 6.6667 por ciento del fideicomiso y además asumió las obligaciones impuestas por la calidad de fideicomitente.

Resaltó que entre dichas obligaciones estaba la entrega de los recursos requeridos para levantar el proyecto de construcción a que hacía referencia el contrato de fiducia en proporción a la participación en el patrimonio autónomo.

Señaló que el dos (2) de mayo de 2000, la junta administradora del fideicomiso fijó en \$8.000 millones la exigencia de caja para el proyecto, que debía ser aportada en seis (6) cuotas mensuales por los fideicomitentes según lo pactado y al Banco del Estado le correspondía la suma de \$533.336.000.00, equivalente al 6.6667 por



ciento sobre el monto total de las necesidades acordadas para la futura obra.

Añadió que la decisión fue puesta en conocimiento de la asamblea de fideicomitentes en reunión en la que participó el Banco del Estado, que salvó su voto con base en la imposibilidad de invertir en bienes raíces, a pesar de que fue adoptada con el voto favorable del 92.54 por ciento de los derechos representados y dispuso el cobro del capital y los intereses en caso de incumplimiento de la obligación.

Advirtió que aunque el Banco del Estado nunca atendió el deber emanado del contrato y generó intereses por valor de \$594.687.648.97, en diciembre de 2004 se decidió la liquidación parcial del fideicomiso y se ordenó la cancelación de las cuentas a cargo de los fideicomitentes, sin que la extinción de la obligación los exonerara del pago de los intereses que seguían a cargo de los mismos.

Sostuvo que mediante Decreto 2525 de julio veintiuno (21) de 2005, el Banco del Estado fue disuelto y declarado en estado de liquidación, según el régimen aplicable a las entidades públicas del orden nacional, por lo cual a través de avisos de prensa fue dispuesto el emplazamiento de los acreedores para que hicieran valer sus reclamaciones.

Afirmó que el veintinueve (29) de septiembre de 2005, el fideicomiso radicó la reclamación dirigida al reconocimiento del crédito por la suma de \$594.687.648.97, correspondiente a los intereses generados sobre el capital de la obligación que no fue cumplida.

Reveló que mediante Resolución 01 de noviembre quince (15) de 2005, la liquidadora del banco resolvió las reclamaciones y determinó que la obligación no existía, por lo cual fue rechazada sin ningún análisis, sin consideración sobre el contrato de fiducia y sin alusión al mecanismo de extinción que hubiera podido operar en este caso.

Agregó que el recurso de reposición contra la decisión fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución 03 de febrero veintiuno (21) de 2006, en la que insistió en la inexistencia de la obligación a cargo de la entidad y el rechazo como crédito de la masa liquidatoria.



4. Fundamentos de la demanda

El apoderado de la parte actora aseguró que según el ordinal b) del artículo 4º del Decreto 2525 de 2005, que dispuso la liquidación, el numeral 1º del artículo veintiséis (26) del decreto 2211 de 2004 es aplicable al Banco del Estado.

Destacó que esa última disposición indicó que el liquidador deberá resolver sobre las reclamaciones mediante resolución motivada, lo cual le impone la obligación de formular y justificar las razones de fondo que lo llevan a adoptar la decisión frente a los intereses del administrado.

Advirtió que en los actos acusados, la liquidadora del Banco del Estado señaló que el rechazo de la petición hecha por la parte actora era procedente porque la obligación no existía a cargo de la entidad.

Consideró que la obligación nació a la vida jurídica y que no hubo solución de continuidad a cargo de los fideicomitentes iniciales del contrato de fiducia, por lo que la totalidad de las obligaciones contraídas permanecen vigentes y con plenos efectos.

Subrayó que el Banco del Estado asumió la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del contrato de fiducia existentes en la fecha en que fue formalizada la fusión, es decir el veintiocho (28) de diciembre de 1999.

Añadió que el desconocimiento de “[...] *la obligación contenida en la escritura pública No. 1460 del 14 de Junio de 1995 de la Notaría 10ª de Bogotá, desarrollada por las decisiones de la Junta Administradora y la Asamblea de Fideicomitentes, como lo hizo el Banco del Estado, es violar los artículos 1226 y 1228 del C.Co. así como el artículo 146 del EOSF y 1º del Decreto reglamentario 847 de 1998 que fijan las condiciones de validez de los contratos de fiducia, y viola los arts 1494 del C.C. que enseña que las obligaciones nacen del concurso de voluntades como en los contratos y convenciones, el 1502 ibidem que enseña cuales son los requisitos de validez de los actos jurídicos y 1602 in fine que recoge el principio pacta sunt servanda al señalar que los contrato (sic) son ley para las partes [...] y que no pueden invalidarse sino por el consentimiento mutuo –no solo*



de una de las partes o según su criterio– o por causas legales [...]”.

Enfatizó que la motivación de las resoluciones 01 de 2005 y 03 de 2006 es falsa porque la obligación existía y su deudor es el Banco del Estado, pues fue adquirida en proporción del 6.6667 por ciento por razón de la absorción de los activos y pasivos del Banco Uconal.

Precisó que según el contrato de fiducia, los recursos para llevar a cabo el proyecto debían ser suministrados en su totalidad por los fideicomitentes en proporción a su participación, razón por la cual es claro que el Banco del Estado carga con dicha obligación.

Destacó que en ejercicio de sus facultades, “[...] *la Junta Administradora en su reunión de Mayo 2, 2000 fijo en \$8.000.000.000.00 las necesidades de recursos del proyecto, motivo por el cual el Banco del Estado se encontraba obligado, por ostentar la condición de fideicomitente, en atender la suma de \$533.336.000 equivalente a su participación en el Patrimonio Autónomo. Esta es la obligación que tenía, y que tiene el Banco del Estado en su condición de parte del Contrato de Fiducia, el cual por no haberse extinguido por ningunas (sic) de las causales previstas en la ley o en el mismo convenio, sigue siendo ley para las partes al tenor del artículo 1602 del C.C., norma que fue violada por el Banco del Estado al desconocer la existencia de un convenio válido y vinculante para las partes”.*

Advirtió que el Banco del Estado conoció el requerimiento económico y no se opuso, ya que fue convocado y asistió a la asamblea en la que fue informada la decisión de la junta administradora y su salvamento de voto no afectó la existencia de la obligación porque estuvo limitado a observar que le resultaba imposible adquirir un bien inmueble, la determinación fue adoptada por quien contractualmente había sido designado para tales efectos y obligaba a los ausentes y disidentes y además era vinculante para todos.

Aseguró que por mandato de la junta administradora y la reunión de los fideicomitentes, la obligación se extiende a los intereses de mora liquidados de conformidad con lo establecido en el artículo 884 del Código de Comercio, aplicable a los negocios mercantiles como la fiducia.



Resaltó que en la Resolución 02 de 2006, mediante la cual fue hecho el inventario de los activos del Banco del Estado, como lo ordena la ley, la entidad demandada reconoció que posee dicho activo y esto lleva a admitir la existencia de las obligaciones correlativas.

Concluyó que la compensación del capital determinada por la asamblea de fideicomitentes no se extendió a la obligación de cancelar los intereses de mora e insistió en que al haberse acreditado la obligación, es falsa la motivación de los actos demandados porque no señaló cómo fue extinguida a partir de los mecanismos previstos en la ley.

5. Contestación de la demanda

Por conducto de apoderado judicial, el Banco del Estado en Liquidación manifestó su oposición a las pretensiones al advertir que los actos acusados están ajustados a las normas legales de la liquidación.

Destacó que en el numeral 29.1, el contrato de fiducia estableció una cláusula compromisoria según la cual *“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a sus efectos, a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1.986, la Ley 23 de 1.991 y demás normas que lo modifiquen y deroguen [...]”*.

Precisó que por Resolución 1829 de 1999, la Superintendencia Bancaria ordenó la fusión entre el Banco Uconal y el Banco del Estado con base en los estados financieros determinados por sus revisores fiscales a treinta y uno (31) de diciembre de dicho año, por lo cual el primero se disolvería, sin proceder a la liquidación, siendo absorbido por el segundo.

Dijo que no es cierto que solo hayan existido cambios en la razón social de Latincorp, que dicho factor no haya tenido efectos sobre la existencia y la ejecución de las obligaciones del contrato, ni que las obligaciones no sean afectadas por las limitaciones del nuevo banco.

Hizo énfasis en que la existencia y ejecución de las obligaciones asumidas como consecuencia de la fusión solo es predicable en la medida en que la entidad



absorbente no tenga restricciones legales para desarrollarlas, según su naturaleza y objeto social restrictivo y reglado.

Explicó que la previsión contractual para el suministro de fondos para la ejecución del proyecto estaba condicionada a la decisión de llevarlo a cabo de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato y aseguró que los eventuales recursos solo podrían ser solicitados mediante las modalidades previstas en el contrato, como eran la inyección de fondos propios al fideicomiso, los recursos provenientes de terceros prometientes compradores o créditos contraídos por el fideicomiso.

Resaltó que la función asignada a la junta administradora en la cláusula 20.4.2.4 para señalar periódicamente el flujo de caja y las necesidades requeridas para el desarrollo y conclusión del proyecto, no habilitaban al organismo para establecer obligaciones a cargo de los fideicomitentes.

Advirtió que no es cierto que todas las decisiones consignadas en el acta de mayo dos (2) de 2000 correspondan a facultades contractuales del citado organismo, pues ninguna le asistía para establecer obligaciones de dinero con carácter vinculante en nombre y representación de los fideicomitentes, ni para determinar fechas de exigibilidad.

Agregó que tampoco lo es que la junta administradora tuviera atribución de obligar a los fideicomitentes a celebrar contratos de compraventa de los futuros inmuebles que harían parte del proyecto.

Subrayó que según aquella decisión, lo que fue solicitado a los fideicomitentes no era la entrega de sumas de dinero sino la adquisición de bienes inmuebles del proyecto, que podían ser financiados por el Banco Colpatria.

Aseguró que “[...] la fusión por absorción se formalizó el 28 de diciembre de 1.999 y que por tanto, teniendo el Banco del Estado restricciones legales imperativas que le impedían adelantar operaciones distintas a las de su objeto social, tampoco le era dable a la Junta Administradora, imponer al Banco del Estado obligaciones no autorizadas por la ley”.



Afirmó que no es cierto que la entidad haya desconocido la cuantía, el origen y la validez de la obligación y señaló que gran parte de los otros inversionistas y de los fideicomitentes, como el Banco del Estado, no manifestaron su voluntad de obligarse a la compra de las áreas del proyecto.

Indicó que el contrato no previó ningún mecanismo judicial o extrajudicial para exigir a los fideicomitentes el cumplimiento de la obligación de adquirir los inmuebles del proyecto, pues dicha modalidad nunca fue objeto del acuerdo de voluntades y además correspondía a una operación no autorizada para la entidad.

Reiteró que el Banco del Estado no adquirió ninguna obligación dineraria, no incurrió en mora y nunca rechazó sin fórmula de juicio la reclamación de la parte actora, dado que en la Resolución 01 de 2005 fue establecida la causal respectiva y su aplicación con base en los antecedentes, la correspondencia y soportes acompañados por el fideicomiso.

Defendió la legalidad de los actos demandados, enfatizó que las facultades de la junta administradora no la habilitaban para establecer obligaciones dinerarias en nombre y representación de los fideicomitentes y subrayó que la entidad rechazó la compra de inmuebles del proyecto debido a las evidentes limitaciones legales para el desarrollo de las actividades bancarias, que le impedían suministrar fondos de acuerdo a lo previsto en el contrato original.

Advirtió que “Si bien el Banco del Estado S.A. al haberse fusionado con el Banco Uconal S.A., antes Latincorp, adquirió los bienes, derechos y obligaciones de la entidad disuelta [...] es lo cierto que la entidad absorbente solamente queda legamente autorizada para realizar aquellas actividades propias de la entidad resultante de la operación, que en el caso concreto, se limitan a las actividades expresamente autorizadas por ley para los establecimientos bancarios, surgiendo así como consecuencia de la orden de la Superintendencia y en atención a la naturaleza jurídica de la institución financiera resultante, una imposibilidad legal que impide el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que resulten ajenas a sus operaciones autorizadas, circunstancia constitutiva de fuerza mayor para el cumplimiento de cualquiera obligación que pudiera llegar a predicarse existía en relación con el suministro de fondos para el proyecto inmobiliario o la adquisición de inmuebles derivados del mismo, lo que excluye, por mandato legal, toda



consideración de indemnización de perjuicios derivados por la mora en la atención de una hipotética obligación como la señalada en la reclamación”.

6. Actuación procesal

Mediante auto de abril doce (12) de 2007, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, admitió la demanda y ordenó la notificación al liquidador del Banco del Estado (ff. 487 y 488 cdno 3).

Contestada la demanda, en providencia de abril veinticuatro (24) de 2008 la Sección Primera, Subsección A, resolvió sobre las pruebas (ff. 507 a 511 cdno 3).

Por auto de agosto veintiuno (21) de 2008, la sala rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto de pruebas y concedió el recurso de apelación (ff. 528 a 532 cdno 3).

A través de providencia de febrero cuatro (4) de 2010, la Sección Primera de esta corporación revocó parcialmente el auto apelado y dispuso la práctica de la prueba documental correspondiente al inventario de los bienes y activos de la entidad demandada (ff. 20 a 24 cdno 2 apelación).

El primero (1º) de septiembre de 2011, el proceso fue remitido a la subsección de descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual dictó el fallo de primer grado (ff. 298 y 299 cdno 2 ppal).

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión advirtió que en la escritura pública que protocolizó la fusión entre el Banco Uconal y el Banco del Estado quedó establecido, en la cláusula séptima, que la segunda de tales entidades, como sociedad absorbente, adquiere de pleno derecho como universalidad jurídica, sin solución de continuidad, los negocios fiduciarios, los pagarés, las garantías y otras seguridades otorgadas o recibidas por el Banco Uconal sin que sea necesario reconocimiento alguno.



Agregó que en el acuerdo de fusión, según el capítulo IV, artículo 4, numeral 4.2, se dispuso que el Banco del Estado adquirirá como universalidad jurídica y sin solución de continuidad todos los activos por su valor en libros y en contraprestación se hará cargo de todos los pasivos del Banco Uconal.

Consideró que en esas condiciones, la fusión entre las dos (2) instituciones no tuvo solución de continuidad y que la entidad demandada adquirió íntegramente los derechos y obligaciones del Banco Uconal, entre tales la fiduciaria, a partir de la fecha de protocolización y registro de la escritura porque así lo señaló la cláusula segunda.

Advirtió que adicionalmente, el Banco del Estado recibió los compromisos procedentes del contrato fiduciario protocolizado en la escritura pública 1460 de 1995 en el monto de participación fijado en la escritura pública 917 de 1999.

Destacó que en el acta 3 de mayo dieciséis (16) de 2000 fue ratificada la decisión de fijar en \$8.000.000.000 las necesidades de caja para el proyecto que iba a desarrollar el fideicomiso y que la parte demandada intervino con la participación de \$6.666700 por ciento.

Precisó que el salvamento de voto presentado por el Banco del Estado no contrarió la decisión adoptada por la asamblea en ese sentido, por lo cual surgió una obligación clara y exigible para la entidad.

Resaltó que en el expediente no obra prueba que demuestre que la obligación haya sido extinguida por alguno de los medios legales. Sostuvo que en varias actas consta que los representantes de la institución demandada formularon propuestas que permiten inferir la aceptación del compromiso fiduciario, a pesar de haber afirmado que las obligaciones solo serían predicables en la medida en que no tuviera restricciones legales para su desarrollo.

Explicó que así, nació para el Banco del Estado la obligación con el concurso de su voluntad al aceptar la fusión con el Banco Uconal y tener la condición de fideicomitente obligado por el contrato de fiducia, el cual se constituyó en ley para los fideicomitentes.



Aseguró que el fideicomiso tiene la condición de acreedor quirografario respecto del Banco del Estado, lo que hace que no pudiera rechazar las reclamaciones presentadas como créditos contra la masa de liquidación con base en la inexistencia de la obligación.

Estimó que tampoco era procedente resolver el recurso de reposición con sustento en la misma causal y sin consideraciones diferentes, por lo cual concluyó que los actos acusados incurrieron en falsa motivación y la pretensión de la parte actora está llamada a prosperar.

8. Recurso de apelación

El apoderado del Banco del Estado advirtió que en el contrato de fiducia no existía ninguna obligación de suministrar fondos adicionales a los establecidos en el mismo contrato, ni para la compra de unidades en el proyecto inmobiliario que iba a desarrollar.

Reiteró que en la cláusula novena, el contrato señaló que los fondos para la ejecución del proyecto estarán a cargo de los fideicomitentes en forma conjunta y proporcional a su participación, bien sea con los fondos propios referidos en el contrato, con recursos provenientes de los promitentes compradores o con créditos que contraiga el fideicomiso por el monto de \$18.600.000.000.

Indicó que la única disciplina establecida en el acuerdo de voluntades respecto de la obligación de suministro de fondos adicionales estaba basada en la exigibilidad judicial o extrajudicial, la posibilidad de que los demás fideicomitentes aportaran los recursos y la cesión de la porción del fideicomitente incumplido a favor de los demás.

Enfatizó que de la cláusula quince (15) del contrato no puede concluirse que los fideicomitentes hayan manifestado su voluntad de obligarse a suministrar fondos adicionales a los ya descritos, ni a la adquisición de bienes inmuebles del proyecto.

Aseguró que la aceptación de esas dos (2) modalidades como medios para obtener la financiación de proyecto excedió los términos contractuales y requería



la aceptación expresa de cada uno de los fideicomitentes, lo cual no ocurrió en el caso del Banco del Estado.

Subrayó que desde el punto de vista contractual, la asamblea de fideicomitentes no tenía asignada la facultad de establecer obligaciones de suministrar fondos adicionales a cargo de todos los fideicomitentes.

Explicó que tampoco existe pacto contractual ni norma legal que determine el carácter obligatorio de las decisiones de dicho organismo en materias distintas a las funciones que expresamente tenía asignadas.

Estimó que la obligación de adquirir inmuebles del proyecto tenía carácter voluntario y como origen la suscripción del contrato para tales efectos, por parte de los fideicomitentes, al margen de la fiducia y sin que el Banco del Estado haya hecho manifestación al respecto.

Consideró que el Tribunal Administrativo incurrió en error al entender que las sucesivas modificaciones ocurridas en Latincorp, luego de su participación en el contrato de fiducia, fueron un simple cambio de razón social, pues esto desconoció que el treinta y uno (31) de julio de 1998 quedó perfeccionada una conversión que cambió su naturaleza con las consecuencias jurídicas que esto implica para sus operaciones e inversiones.

Añadió que no es posible equiparar las operaciones de una corporación financiera, como era Latincorp, con las autorizadas para un establecimiento bancario, como luego pasó a ser, el cual no está legalmente habilitado para efectuar inversión directa en un proyecto inmobiliario, ni para comprar bienes inmuebles.

Destacó que según el régimen establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la entidad resultante de un proceso de conversión de establecimientos de crédito sólo queda habilitada legalmente para desarrollar las operaciones del nuevo tipo de entidad.

Precisó que “[...] a partir del perfeccionamiento del proceso de conversión de una corporación financiera en banco comercial, por mandato de ley se limita la posibilidad de continuar [...] las operaciones propias de la corporación financiera y únicamente podrán desarrollarse, en lo sucesivo, aquellas operaciones para las



que se encuentra habilitado un banco comercial”.

Reiteró que desde la conversión de Latincorp en banco, el treinta y uno (31) de julio de 1998, surgió una imposibilidad legal que le impedía el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que resultaran ajenas a sus operaciones autorizadas, lo que tuvo efectos sobre la existencia y ejecución de las derivadas del contrato de fiducia.

Agregó que en este orden de ideas, la obligación consistente en hacer inversiones directas de capital en el proyecto y la compra de inmuebles estaría extinguida y por esta razón la solicitud de capitalización propuesta por la junta administradora no obligaba al Banco del Estado a desembolsar la suma de dinero y menos a predicar la existencia de intereses de mora de un compromiso inexistente.

Concluyó que la obligación de reconocimiento de intereses sobre el valor de la capitalización tampoco existe, ya que la mora producida por fuerza mayor, por la imposibilidad legal de llevar a cabo la inversión, no genera indemnización de perjuicios.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Parte actora

Insistió en la existencia de la obligación surgida para el Banco del Estado con motivo del contrato de fiducia que estaba vigente cuando tuvo lugar la absorción del Banco Uconal, descartó la fuerza mayor alegada como causal de extinción de las obligaciones, explicó que después de la fusión la parte demandada debió adecuar las operaciones al régimen propio de los establecimientos bancarios y reiteró la falsa motivación de los actos acusados.

Parte demandada

Enfatizó que había cláusula arbitral para dirimir las controversias relacionadas con el contrato, indicó que no existía obligación de suministrar los fondos adicionales a los previstos en el contrato, agregó que la asamblea de fideicomitentes no tenía facultad para establecer este tipo de obligaciones y destacó la imposibilidad



jurídica en que estaba el Banco del Estado para adelantar operaciones distintas al objeto de la entidad, lo que a su juicio llevó a la inexistencia de indemnización moratoria por fuerza mayor.

10. Concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el numeral 1º del Acuerdo 357 de 2017, la Sección Quinta es competente para dictar sentencia en los procesos en trámite de segunda instancia remitidos por la Sección Primera de la corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o modifica la sentencia de marzo cinco (5) de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. El caso concreto

El *a quo* declaró la nulidad parcial de las resoluciones 01 de noviembre quince (15) de 2005 y 03 de febrero veintiuno (21) de 2006, en cuanto negaron la solicitud hecha por el Fideicomiso ADM – Capital Center II para ser considerado acreedor quirografario en el proceso de liquidación del Banco del Estado por estimar que la obligación reclamada, como cuenta por cobrar, no existía a cargo de la entidad.

Observa la Sala que al contestar la demanda, el Banco del Estado en Liquidación advirtió la existencia de una cláusula compromisoria pactada en el contrato de



fiducia mercantil que vinculaba a las partes (ff. 1 y ss. cdno contestación).

Dicha circunstancia fue reiterada en el alegato de conclusión de la segunda instancia, por lo cual, en su criterio, el Tribunal Administrativo no podía pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones a que hace referencia este proceso (ff. 73 a 138 cdno 3).

La sentencia de primera instancia no hizo ninguna consideración sobre el particular y a pesar de que este aspecto no fue objeto de apelación, la Sala estima procedente abordar oficiosamente el estudio de dicha excepción, según lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, previamente al análisis del recurso interpuesto por el apoderado del Banco del Estado³, si fuere del caso.

En el expediente consta que mediante escritura pública 1460 de junio catorce (14) de 1995 protocolizada en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá fue creado el patrimonio autónomo Fideicomiso ADM – Capital Center II y celebrado el contrato de fiducia mercantil, cuyo objeto era que la Alianza Fiduciaria S.A.⁴ mantuviera la titularidad de los bienes que lo integraban, incluyendo un lote en el cual iba a ser adelantado un proyecto inmobiliario de uso múltiple en Bogotá (ff. 52 a 77 cdno 3).

En dicha relación contractual intervino como parte la Sociedad Latinoamericana Corporación Financiera S.A., Latincorp, con una participación inicial del cinco (5) por ciento, que después fue ampliada al 6.6667 por ciento según la modificación hecha por escritura pública 917 de mayo cinco (5) de 1999 de la Notaría Décima de Bogotá.

Luego de diferentes cambios de orden corporativo, Latincorp dejó de ser una corporación financiera, se transformó en el Banco U.C.N. S.A. y posteriormente, desde septiembre primero (1^o) de 1998, pasó a convertirse en el Banco Uconal

³ Al solicitar la revocatoria de la sentencia de primer grado, el apoderado de la parte demandada pidió que en la apelación fueran tenidos en cuenta “[...] los demás argumentos que soportan la legalidad de las Resoluciones demandas (sic) consignados en la contestación de la demanda [...]”. (ff. 333 a 389 cdno 2 ppal).

⁴ Según explicó el apoderado de la parte actora, la Alianza Fiduciaria S.A. actuaba como administradora del patrimonio autónomo.



S.A. (f. 461 cdno 3).

Mediante Resolución 1829 de diciembre quince (15) de 1999, la Superintendencia Financiera ordenó la fusión entre el Banco del Estado y el Banco Uconal, cuyo acuerdo fue protocolizado a través de la escritura pública 2091 de la Notaría 44 de Bogotá y en consecuencia la segunda de dichas instituciones financieras quedó disuelta sin liquidarse en virtud de la absorción por parte del Banco del Estado (ff. 1 y ss. cdno anexo).

Según la parte actora, “[...] *el Banco del Estado, se subrogó, por ministerio de la ley, según lo indica el artículo 172 parágrafo 2º del C.Co., en concordancia con lo previsto en el ordinal a) del numeral 3º del artículo 60 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [...] en la totalidad de los derechos y obligaciones que le correspondían anteriormente al Banco Uconal (antes Banco U.C.N. S.A. y antiguamente Latincorp S.A.) en el Contrato de Fiducia, adquiriendo de esta manera una participación equivalente al 6.6667 % del Fideicomiso, pero igualmente asumiendo las obligaciones que le impone la calidad de Fideicomitente*”.

Una de las obligaciones originadas en aplicación de las cláusulas 9 y 15 del contrato de fiducia consistía en la entrega de los recursos adicionales que debían hacer los fideicomitentes para el desarrollo y conclusión del proyecto inmobiliario en forma conjunta y en proporción a su participación.

El dos (2) de mayo de 2000, la junta administradora del fideicomiso fijó en \$8.000 millones el requerimiento de caja para el proyecto, por lo cual, indicó la parte demandante, al Banco del Estado le correspondía aportar la suma de \$533.336.000.00 equivalente a su participación y de acuerdo con las necesidades acordadas por el organismo.

La parte actora aseguró que debido a que el Banco del Estado “[...] *nunca atendió su obligación emanada del Contrato de Fiducia, se generaron intereses de mora, liquidados de conformidad con lo establecido en el artículo 884 del C.Co. y según lo dispuesto por la Asamblea de Fideicomitentes, que hasta el 16 de diciembre de 2004, ascendían a \$594.687.648.97*”.



El pago de dichos intereses corresponde a la obligación que es materia de discusión en este proceso y que sustentó la reclamación hecha por el fideicomiso en el proceso de liquidación del Banco del Estado⁵.

Como lo expuso el apoderado de la parte demandada, advierte la Sala que en el texto del contrato, en la cláusula número veintinueve (29), las partes incluyeron una cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“29. CLAUSULA COMPROMISORIA

29.1. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a sus efectos, a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1.986, la Ley 23 de 1.991 y demás normas que lo modifiquen o deroguen y según las siguientes reglas [...]”. (ff. 52 a 77 cdno 3).

El texto literal del citado pacto arbitral determinó que las distintas controversias relacionadas con el contrato de fiducia mercantil, particularmente en lo que corresponde a los efectos, a la ejecución y a la liquidación, serían resueltas por un tribunal de arbitramento de acuerdo con las normas legales aplicables a esta materia.

La obligación de entregar los aportes adicionales para la obra que tenía proyectada adelantar el fideicomiso y su incumplimiento por parte del Banco del Estado, involucra los efectos jurídicos del contrato y su ejecución como parte del mismo luego de la absorción del Banco Uconal.

Es claro, entonces, que la controversia originada por el incumplimiento del deber contractual, dentro de la ejecución del contrato, está ajustada a los asuntos que

⁵ La reclamación solo incluyó lo referente a los intereses de mora debido a que el dieciséis (16) de diciembre de 2004, la asamblea de fideicomitentes decidió liquidar parcialmente el fideicomiso y ordenó la cancelación de las cuentas que figuraban por cobrar exclusivamente por concepto de capital, a cargo de los fideicomitentes, sin perjuicio del pago de los intereses sobre tales sumas de dinero que en concepto de la junta administradora seguía siendo obligación a cargo de quienes no efectuaron oportunamente el aporte aprobado en la reunión de mayo de 2000.



fueron delimitados por la cláusula compromisoria como susceptibles de conocimiento de los árbitros.

Esto significa que el conflicto derivado de los intereses generados por el alegado incumplimiento de la obligación de suministrar los fondos adicionales para la ejecución del proyecto, al cual hace referencia este proceso, debía ser resuelto por un tribunal de arbitramento.

Desde el punto de vista formal, la cláusula compromisoria tuvo como fuente el contrato de fiducia que vinculaba a las partes, estaba incluida expresamente en el acuerdo de voluntades y fue pactada antes de la diferencia surgida con el Banco del Estado en Liquidación.

En estas condiciones, considera la Sala que el pacto arbitral excluye la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para el conocimiento de la controversia sobre el cumplimiento de la obligación y la ejecución del citado negocio jurídico.

Por el hecho de estar incluida en el contrato de fiducia, dicha cláusula era aplicable al conflicto existente entre las partes alrededor del suministro de los fondos adicionales para la construcción del proyecto, establecido como objeto del acuerdo de voluntades.

Como obligación prevista en el contrato, el pacto arbitral implicaba la renuncia de las partes a la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para formular las pretensiones originadas en la diferencia sobre los efectos de la obligación dineraria y la ejecución del contrato.

En el transcurso del proceso, el Fideicomiso ADM – Capital Center II no hizo ninguna manifestación sobre la cláusula compromisoria invocada por el Banco del Estado en Liquidación en la contestación de la demanda.

Observa la Sala que en el expediente no obra prueba que demuestre que la cláusula veintinueve (29) del contrato de fiducia mercantil haya sido modificada posteriormente por los fideicomitentes.



Tampoco está acreditado que hubiese sido derogada expresamente y por escrito, a partir de la manifestación de voluntad de las partes, por lo cual no existe duda sobre el efecto vinculante que tiene para las partes.

Aunque la demanda fue dirigida contra los actos que rechazaron la reclamación presentada por la parte actora en el trámite de la liquidación del Banco del Estado, subraya la Sala que la controversia entre las partes está radicada en el incumplimiento del contrato de fiducia y de la obligación de suministrar los fondos adicionales fijados para la ejecución del proyecto inmobiliario en Bogotá.

Como quedó expuesto, el Fideicomiso ADM – Capital Center II estimó que la parte demandada asumió las obligaciones del Banco Uconal sin solución de continuidad, adquirió el deber contractual de suministrar los recursos adicionales, incumplió esta obligación como parte del patrimonio autónomo en el que participó activamente luego de la fusión de la citada institución financiera y generó los intereses de mora, mientras el Banco del Estado consideró que la obligación no existió porque la asamblea no tenía facultades para imponerla, el contrato no establecía el compromiso de suministrar recursos adicionales y que el incumplimiento obedeció a la imposibilidad jurídica que tenía para adelantar operaciones distintas al objeto del banco, particularmente cuando entró en liquidación, lo que a su juicio constituyó una fuerza mayor que condujo a la extinción de la obligación que haya podido surgir con motivo del contrato.

La diferencia entre las partes alrededor del alegado incumplimiento del contrato de fiducia y de la obligación de aportar los fondos adicionales, que originaron los intereses de mora reclamados, es clara puesto que en la demanda y en el alegato de conclusión de segunda instancia la parte actora cuestionó expresamente la interpretación particular que hizo el Banco del Estado sobre el mismo cumplimiento del contrato, los alcances de la obligación dineraria y el deber que tenía de aportar la suma que determinó la junta administradora para la obra en proporción a su participación en el patrimonio autónomo.

La Sala no desconoce que quien desempeña el cargo de liquidador de entidades estatales ejerce una función pública, sin embargo en este caso, al estar produciendo efectos jurídicos el contrato de fiducia mercantil, en el cual era parte el Banco del Estado, también intervino como representante de dicha entidad en el



conflicto surgido en desarrollo de la ejecución del contrato de derecho privado.

En este orden de ideas, las manifestaciones de voluntad hechas respecto de la relación que subsiste con motivo del contrato fueron generadas por efecto del vínculo proveniente de la fiducia mercantil, por lo cual, frente a la reclamación hecha por la parte demandante, no se trata de actos que deban ser excluidos del conocimiento del tribunal de arbitramento.

Ante la existencia indiscutible de la cláusula compromisoria aplicable a las diferencias derivadas de los efectos y la liquidación del contrato, dentro de las cuales se incluye el rechazo de la acreencia reclamada por el actor, la decisión adoptada por la liquidadora debía someterse a la decisión de los árbitros como lo dispuso el contrato.

Concluye la Sala que la controversia planteada en esos términos de carácter estrictamente contractual escapa al ámbito de esta jurisdicción, por voluntad expresada por las partes en la fiducia mercantil que soporta la obligación materia de desacuerdo en este proceso.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada, en su lugar declarará oficiosamente probada la excepción de cláusula compromisoria propuesta por el apoderado judicial del Banco del Estado en Liquidación de acuerdo con el contrato de fiducia celebrado entre las partes y se inhibirá para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, según el cual *“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”*. (Negrillas fuera del texto).

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

F A L L A



Expediente: 25000-23-24-000-2006-00796-02
Demandante: Fideicomiso ADM – Capital
Demandado: Banco del Estado S.A. en liquidación
FALLO

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada. En su lugar declárase oficiosamente probada la excepción de cláusula compromisoria propuesta por el apoderado judicial de la parte demandada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, e inhíbese para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Salvó voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE ALBERTO YEPES BARREIRO



SC5780-6-1



GP059-6-1





Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25001-23-24-000-2006-00796-02

Actor: FIDEICOMISO ADM – CAPITAL CENTER II

Demandado: BANCO DEL ESTADO EN LIQUIDACIÓN

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar las razones por las cuales salvé mi voto respecto de la decisión adoptada el pasado 23 de abril de 2018, que revocó la sentencia apelada.

Para el suscrito, se imponía confirmar la decisión proferida por el Tribunal de Cundinamarca que, a su vez, había accedido las pretensiones de la demanda.

La razón de la decisión de la sentencia objeto de salvamento fue la declaratoria de la excepción de cláusula compromisoria, supuestamente propuesta por el apoderado judicial de la parte demandada -como se lee en el primer numeral de la parte resolutive de la sentencia-.

Sin embargo ocurrió que: **primero**, la excepción no fue formalmente propuesta pues simplemente en el acápite de hechos de la contestación de la demanda se hizo una referencia a la existencia de la cláusula compromisoria, sin que llegara a proponerse como medio exceptivo y **segundo**, en cualquier caso, no fue objeto de apelación, aspecto que ratifica que aquella nunca fue debidamente propuesta.

Si se analiza, de haberse propuesto la excepción de cláusula compromisoria, tal y como supuestamente sucedió, lo lógico hubiese sido que, ante el silencio del fallador de primera instancia, la parte demandada hubiese solicitado, en su momento, la adición de la sentencia, con el fin de que el juez de instancia se pronunciara respecto del asunto omitido.

Sin embargo, eso no sólo nunca ocurrió, sino que tampoco fue objeto de apelación porque en el recurso de alzada nada se dijo sobre eso.

Y es que el análisis de la apelación, por virtud de la ley, debe limitarse a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el



escrito de apelación, según lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.**”* (Negrillas propias).

Entonces, lo que en realidad pasó, fue que la mayoría de la Sala optó por declarar, de oficio la excepción de cláusula compromisoria -no propuesta-. Esto se ajusta a la posición jurisprudencial vigente al interior del Consejo de Estado -especialmente dentro de la Sección Tercera de la Corporación⁶-, la cual no comparto.

De manera reciente, en sentencia de 15 de octubre de 2015⁷, la Sección Tercera de esta Alta Corte, acogiendo la sentencia unificadora de la Sala Plena de la Sección Tercera del 18 de abril de 2013 concluyó: *“la decisión de unificación y adopción de la tesis jurisprudencial **vigente reconoce que la única vía para modificar, alterar o derogar de manera válida el pacto arbitral la constituye la celebración de un nuevo convenio expreso entre las partes contratantes, revestido de la misma formalidad -escrito- que las normas vigentes exigen para la celebración del mismo.**”* (Negrillas propias).

Respetuosamente, considero que la anterior tesis jurisprudencial desconoce los principios de **habilitación** y **voluntariedad** que gobiernan al arbitramento.

Ciertamente, si la autonomía de la voluntad es el elemento que tiene la virtualidad de derogar la jurisdicción del juez natural de la controversia, para activar la del tribunal arbitral, esa misma decisión pacífica de las partes, debería tener la potencialidad de desconocer la jurisdicción arbitral.

En suma, la circunstancia de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo habiéndose pactado de manera previa un pacto arbitral, sin que ninguna de las partes lo haya hecho valer ante el juez en debida forma, impone una sola conclusión: que con la misma voluntad que, con la que en algún momento, las partes quisieron acudir a la justicia arbitral, el pacto arbitral ha sido derogado.

⁶ Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del 18 de abril de 2013.

⁷ 25000-23-26-000-2010-00461-01(45.215)



Los anteriores reproches a la posición de unificación que desde el 2013, se adoptó por el Consejo de Estado, no son aislados.

Resultan ilustrativos los argumentos de una reciente aclaración de voto suscrita por uno de los Magistrados de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, por su pertinencia, se transcriben:

“Estimo que si en ejercicio de la autonomía negocial las partes se someten a la justicia arbitral, ello no puede entrañar una renuncia a la soberanía (art. 3 C.N.), ni una resignación de las atribuciones ordinarias de los jueces, como tampoco una suerte de enajenación de la función judicial, ínsita al Estado. Se trata del desarrollo de una autorización constitucional que respalda el ejercicio temporal de la justicia arbitral (art. 116 ibidem).

Ahora bien, si las partes de un contrato libremente someten a la justicia arbitral la resolución de un conflicto, también ellas pueden libremente –sin sujeción a forma alguna– renunciar a esta modalidad de justicia excepcional, en orden a que sea el juez natural quien lo resuelva.

De modo que, si la regla constitucional es que la justicia institucional conoce del asunto, las partes –a pesar de mediar un compromiso o una cláusula compromisoria– bien pueden acudir ante el juez natural de la causa, que en este caso es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y si en el curso de la actuación no se propuso la excepción de falta de jurisdicción o no se alegó nulidad alguna, en mi criterio es forzoso concluir que renunciaron al acuerdo de someter su diferencia al juez arbitral.

Sin desconocer la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, que respeto y acojo, y sin que estas reflexiones pretendan negar la enorme importancia y el rol determinante de la justicia arbitral, considero oportuno plantear los siguientes interrogantes:

¿Con la declaratoria de nulidad de un proceso por falta de jurisdicción, luego muchos años de trámite, no podrían algunos alegar una eventual afectación al acceso efectivo a la administración de justicia?



¿Un cambio jurisprudencial de esa magnitud no hubiera sido mejor deferirlo en el tiempo de manera que solo se aplicase a nuevas situaciones?

¿Si el párrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 estableció que la no formulación de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia del pacto arbitral, no ha debido tenerse en cuenta este referente legislativo –así no resultare aplicable– al momento de acoger este nuevo criterio jurisprudencial?⁸.

En los anteriores términos dejo rendido mi salvamento de voto, instando a la Sala de Decisión a la reflexión sobre los anteriores aspectos.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁸ Aclaración de Voto del Consejero Guillermo Sánchez Luque al fallo dictado dentro del expediente 25000-23-26-000-2010-00461-01(45.215).