

CONTRATO DE OBRA - Objeto / OBJETO CONTRATO DE OBRA - Construcción de cabañas / CONTRATO DE OBRA - Cabañas en penitenciarias para celdas bipersonales / NULIDAD PROCESAL INSANEABLE - Causales falta de jurisdicción y de competencia funcional / FALTA DE JURISDICCION Y COMPENTENCIA FUNCIONAL - Causales de nulidad procesal negadas por juez contencioso administrativo de primera instancia / NULIDAD PROCESAL INSANEABLE – No impugnada por las partes / NULIDAD PROCESAL DE OFICIO – Decretada por el ad quem

Entre el INPEC y la sociedad Procilco Ltda., se suscribió el Contrato de Obra No. 1293 el 27 de agosto de 1998, con el objeto de construir una cabaña penitenciaria con capacidad para cien (100) celdas bipersonales, en la Colonia Agrícola de Acacias en el Departamento del Meta (...) El 15 de septiembre de 1998, el INPEC canceló a la Procilco Ltda., la suma de \$246'749.999 correspondiente al 50% del valor del contrato, por concepto de anticipo (...) El 30 de noviembre de 1998 el INPEC comunicó a Procilco Ltda., que la cabaña contratada se debía construir en la Penitenciaría Nacional de El Barne – Tunja, para lo cual se firmó el otrosí correspondiente, el 7 de diciembre de 1998 (...) El 1º de febrero de 1999 se llevó a cabo el Comité Técnico del INPEC, en el cual se autorizó abrir el Libro de Obra correspondiente y dar inicio a las obras accesorias de la Penitenciaría de El Barne, cuyo presupuesto no se había tramitado aún por la entidad. (...).Encontrándose el asunto para fallo, el Despacho advierte la configuración de dos causales de nulidad procesal insaneables, como lo son la falta de jurisdicción y de competencia funcional, contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual procederá a decretarlas.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140 NUMERALES 1 Y 2

PACTO ARBITRAL - Acuerdo entre las partes para someter a la decisión de particulares en su condición de árbitros, el conocimiento de determinada controversia / PACTO ARBITRAL - Dos modalidades. Cláusula compromisoria y compromiso / CLAUSULA COMPROMISORIA - Acuerdo en el que las partes someten total o parcialmente al conocimiento de árbitros los posibles conflictos que se lleguen a suscitar en razón de la relación contractual / CLAUSULA COMPROMISORIA - Debe pactarse antes de que surja el conflicto e incluirse en el contrato o en acto separado / CLAUSULA COMPROMISORIA - Para que genere efectos jurídicos debe expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso (...) la cláusula compromisoria, que corresponde a la disposición contenida en un contrato

celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros (...) la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: "La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere"

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 117 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120

COMPROMISO - Definición / COMPROMISO - Acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes entre las que ya existe un conflicto que puede estar tramitándose o no judicialmente / COMPROMISO - Definición / COMPROMISO - Tiene como finalidad revocar la facultad de la justicia ordinaria para conocer del asunto y someterlo a un tribunal de arbitramento / PACTO ARBITRAL - Requiere la manifestación expresa de las partes por no presumirse su existencia por vía interpretativa / PACTO ARBITRAL - Debe constar por escrito. Único requisito de forma que reviste solemnidad

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes entre las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento (...) la cláusula compromisoria requería una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejaran su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, "voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado", razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa (...) el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito. **NOTA DE RELATORIA:** En relación a la naturaleza del pacto arbitral, consultar sentencia de 24 de junio de 1995, Concepto 838, MP. Roberto Suárez Franco

CLAUSULA COMPROMISORIA Renuncia tácita / RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Cuando a pesar de existir acuerdo previo de poner en conocimiento de la justicia arbitral los conflictos suscitados entre las partes, una de ellas demanda ante la jurisdicción contenciosa /

RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Procedente en caso de demanda ante la jurisdicción contenciosa por una de las partes y omisión del demandado frente a la excepción de falta de jurisdicción por existencia de pacto arbitral / EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION - Debe alegarse en la contestación de la demanda y de no hacerlo se entiende como renuncia tácita

La Jurisprudencia de la Sala había venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria cuando a pesar de haber acordado llevar las diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decide formular su demanda ante la Jurisdicción institucional de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no propone la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral (...) la Sala precisó que la oportunidad para alegar la falta de jurisdicción la constituye el momento de contestar la demanda, de manera que con posterioridad ya no será posible proponerla. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la operancia de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, consultar sentencia de 16 de junio de 1997, Exp. 10882, MP. Juan de Dios Montes Hernández

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - Irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria / IRRENUNCIABILIDAD TACITA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Cambio de jurisprudencia / CLAUSULA COMPROMISORIA - Carácter solemne y expreso / PACTO ARBITRAL - Perfecciona el negocio jurídico / MODIFICACIONES AL PACTO ARBITRAL - Deben constar de manera expresa y por escrito / MODIFICACION O ELIMINACION DEL PACTO ARBITRAL - Procedente por voluntad conjunta de las partes en cumplimiento de las exigencias que las normas legales establecen para la formación o finalización del pacto / SOLEMNIDAD DE PACTO ARBITRAL - Requiere en el contrato estatal que sea escrita donde las partes expresan someterse a juez arbitral

Si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a las cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación. (...) mediante la tesis que acogió la Sala Plena de la Sección Tercera no se está sosteniendo en modo alguno que el pacto arbitral debidamente celebrado entre las partes de un contrato estatal se torne en inmodificable e inderogable para ellas, aunque así quieran hacerlo de manera conjunta; naturalmente se entiende que así como la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal para el trámite, conocimiento y decisión de las controversias que

surjan entre quienes se encuentren vinculadas al mismo, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral.

CAMBIO, MODIFICACION O DEROGATORIA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Las partes del contrato estatal pueden hacerlo si previamente lo convinieron en forma expresa y por escrito / CAMBIO DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Puede constar en uno o varios escritos separados

Para que las partes de un contrato estatal puedan alterar, cambiar, modificar o incluso derogar la correspondiente cláusula compromisoria que previamente hubieren convenido de manera expresa y por escrito en relación con el respectivo contrato estatal, será necesario entonces que tal alteración, cambio, modificación o derogatoria sea convenida también de manera expresa y por escrito –independientemente que tal acuerdo nuevo conste en un solo escrito o en varios–, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él. No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral –cuestión que por igual debe predicarse en cuanto se trate del acuerdo por cuya virtud se disponga la modificación o derogatoria de dicho pacto–, lejos de responder a un simple capricho del legislador o peor aun a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto que a partir de su perfeccionamiento dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

CLAUSULA COMPROMISORIA - Naturaleza autónoma / CLAUSULA COMPROMISORIA - Sus efectos subsisten frente a eventos como la nulidad absoluta o la inexistencia del contrato que la contiene / CLAUSULA COMPROMISORIA - Permanece incólume si no se ha modificado por las partes de manera expresa y por escrito

Según lo desarrollan de manera precisa los parágrafos de los artículos 116 de la Ley 446 de 1998 y 118 del Decreto 1818 de 1998, la autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características y en

virtud de ella se determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga. (...) hay que admitir entonces que dicha cláusula debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convinieron nada han decidido de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la importancia y alcances de la autonomía de la cláusula compromisoria, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.32871.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118

CARACTER AUTONOMO DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Si con posterioridad las partes no pactan nada expreso y escrito para alterar, modificar o eliminar su vigencia, su carácter es vinculante a ellas / CONTRATO ESTATAL CON CLAUSULA COMPROMISORIA DE PACTO ARBITRAL - Diferencias de las partes las dirime tribunal de arbitramento / FACULTAD DE LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL - Cuando han convenido cláusula compromisoria no pueden escoger unilateral y a su libre albedrio el juez administrativo o tribunal de arbitramento que debe conocer conflicto / COMPETENCIA DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Juez que debe conocer las diferencias de las partes en el contrato estatal con cláusula compromisoria de pacto arbitral / ALCANCES DE LA AUTONOMIA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Reiteración jurisprudencial

Si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, lo cual permite resaltar que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, cada parte podrá ocurrir entonces ante la justicia arbitral en procura de una decisión que dirima las controversias o litigios existentes para con su contraparte, sin que tal facultad signifique que esa parte interesada en una solución de índole judicial pueda escoger válidamente entonces y de manera unilateral y a su libre albedrío entre formular su demanda ante los jueces institucionales de lo contencioso administrativo o, porque sencillamente así lo prefiera y lo decida, solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento.

PACTO ARBITRAL - Efectos procesales / EFECTOS PROCESALES DE SUSCRIBIR PACTO ARBITRAL - Habilita la competencia de los árbitros para conocer los litigios que se susciten en el futuro entre las partes / EFECTOS PROCESALES DE SUSCRIBIR PACTO ARBITRAL - Deroga la jurisdicción y competencia de los jueces institucionales o permanentes /

EFFECTOS PROCESALES DE SUSCRIBIR PACTO ARBITRAL - Deben conocer los árbitros cuando las partes voluntaria y conscientemente lo acuerdan

Si las partes de un contrato estatal acuerdan la celebración de una cláusula compromisoria, con lo cual deciden de manera consciente y voluntaria, tanto habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre dichas partes y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, como, a la vez, derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que si éstos últimos advierten la existencia de la correspondiente cláusula compromisoria, de manera directa y primae facie, perfectamente podrían y deberían rechazar la demanda que les sea presentada por carecer de jurisdicción y de competencia –para evitar que sus actuaciones resulten afectadas de los vicios de nulidad consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.– sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la demanda proponga la respectiva excepción

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140, NUMERAL 1

NULIDAD PROCESAL POR JUEZ INSTITUCIONAL - Debe declararla cuando se evidencien causales de falta de jurisdicción y competencia para conocer de contrato estatal donde se pactó cláusula compromisoria

En cuanto resulta evidente que los vicios contemplados en los aludidos numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., afectarían de nulidad la actuación procesal que llegare a desplegar el juez institucional o permanente que decidiere admitir la demanda y darle curso al proceso a pesar de la existencia de una cláusula compromisoria que estuviere abarcando válidamente el objeto del litigio planteado, mal podría considerarse entonces que esos vicios tan graves que la propia ley procesal califica de insubsanables (artículo 144 C. de P. C.), sencillamente desaparecerían o dejarían de afectar la validez del proceso sencillamente porque la parte demandada hubiere omitido –de manera deliberada o por simple descuido– proponer la excepción correspondiente.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 NUMRALES Y1 Y 2 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144

RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Cambio de jurisprudencia / RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Improcedente así la parte demandada no interponga la excepción de falta de jurisdicción / RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA - Elimina el sentido de suscribir un pacto arbitral por dejar al arbitrio unilateral de las partes la escogencia de la jurisdicción a la que van a acudir para dirimir sus conflictos / MODIFICACION O ELIMINACION DE CLAUSULA COMPROMISORIA DE PACTO ARBITRAL - Procedente sólo

mediante celebración de nuevo acuerdo o convenio expreso y escrito, revestido de las mismas formalidades exigidas para suscribirlo / JUSTICIA ARBITRAL - Competente para conocer conflictos de las partes en contrato estatal cuando se pacte en la cláusula compromisoria de pacto arbitral

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria por el sólo hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio unilateral de cada parte –de un lado la que por su cuenta decide presentar la demanda y de otro lado, que en últimas es quien tiene el poder decisorio sobre la materia, la demandada que no invoca la excepción– la escogencia de la jurisdicción a la cual van a acudir a pesar de haber convenido, con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, de tal manera que en todos esos casos habría que admitir también que existen entonces dos jurisdicciones diferentes con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que lo cierto es que sólo existe una jurisdicción para el conocimiento y decisión de tales conflictos. (...) la única vía que las partes tienen para modificar, alterar o derogar de manera válida el pacto arbitral por su decisión, necesariamente la constituye la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original. Ciertamente, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la decisión de los conflictos que surjan de un contrato estatal, para someterlo en cambio a la decisión de la justicia arbitral, ninguna de ellas tendrá la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral: sólo tienen un camino a seguir y ese es el de someterse a la decisión arbitral.

PRINCIPIOS DE PLANEACION E IGUALDAD PRECONTRACTUAL - Se vulneran por admitir la posibilidad de las partes de disponer libremente la aplicación de la renuncia tácita / RENUNCIA TACITA - Su aceptación infringe los principios de planeación e igualdad precontractual

Si para el momento en que la entidad pública efectuó los estudios previos de la contratación estatal y con fundamento en ellos concluyó que en el futuro contrato resultaba necesaria y/o pertinente la inclusión de una cláusula compromisoria como medio efectivo para la solución alternativa de los conflictos que se presentaran en razón de la celebración, ejecución y/o liquidación del respectivo contrato estatal, naturalmente resultaría lesivo al principio de igualdad frente a los demás proponentes que se admitiera la posibilidad de su libre disposición mediante la aplicación de la renuncia tácita. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los principios de planeación e igualdad precontractual, consultar sentencia de 1 de febrero de 2012, Exp. 22464, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Sociedad Procilco contenía cláusula

compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - Contempló varios mecanismos de solución de conflictos como el arreglo directo, la amigable composición y de no llegarse a un acuerdo el pacto arbitral / ARREGLO DIRECTO Y AMIGABLE COMPOSICION - No lograron acuerdo entre las partes ni dejaron sin efectos cláusula compromisoria

La propia Ley vigente para el momento de la celebración del contrato autorizó el acuerdo de las partes por medio del cual se decidió someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia. (...) Se observa que la cláusula estipulada por las partes en el Contrato No. 1293 se refirió a varios mecanismos de solución de conflictos, cuya aplicación fue prevista en forma secuencial, así: a) el arreglo directo, b) la amigable composición y c) “en caso de no llegarse a la composición amigable, el asunto se someterá al Tribunal de Arbitramento en desarrollo de las normas legales que regulan la materia” (...) advierte el Despacho que en el caso que se examina las partes entraron en conversaciones durante largo tiempo para tratar de conciliar sus diferencias, asunto que no lograron, como tampoco llegaron a un acuerdo de dejar sin efectos la cláusula compromisoria (...) En el presente caso también se encuentra acreditado que la amigable composición no tuvo cabida, según se indicó en comunicación del 14 de noviembre de 2001 emitida por Procilco Ltda.

FACULTAD DE JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Puede declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción / DEBER IMPERATIVO DE JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - De pronunciarse en la sentencia sobre excepciones que encuentre probadas / EXCEPCION PROBADA - Debe declararla el juez del conocimiento cuando la encuentre en el proceso aunque no hubiere sido propuesta en la oportunidad procesal / EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION O COMPETENCIA – El hecho de no proponerse al contestar la demanda no desaparece el pacto arbitral ni sana la nulidad procesal

Como es bien sabido, el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A., impone el deber, manera imperativa, para los jueces de lo Contencioso Administrativo, de pronunciarse en la sentencia tanto sobre las excepciones que hubieren sido propuestas como sobre aquellas otras que se encuentren probadas. (...) La disposición legal transcrita constituye fundamento suficiente para concluir que en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de una cláusula compromisoria, el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar dicha excepción en la sentencia cuando la encuentre probada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, por manera que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto, en realidad, el silencio de la parte demandada. Desde esta perspectiva cabe reiterar entonces que por el solo hecho de que no se haya propuesto de manera expresa la excepción de falta de jurisdicción y/o de competencia o no se haya contestado la demanda, no desaparece el pacto arbitral y menos se sana la nulidad que llevan consigo las

anotadas ausencias de falta de jurisdicción y de competencia del juez institucional para conocer del respectivo litigio.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 162 INCISO 2

CONTRATO ESTATAL - La ley autoriza que el acuerdo de las partes pueda someterse a decisión de particulares / DECISION DE ARBITROS - Pueden conocer controversias de las partes del contrato estatal / CLAUSULA COMPROMISORIA - No pudieron las partes dejarlas sin efectos

La propia Ley vigente para el momento de la celebración del contrato autorizó el acuerdo de las partes por medio del cual se decidió someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia. (...) la cláusula estipulada por las partes en el Contrato No. 1293 se refirió a varios mecanismos de solución de conflictos, cuya aplicación fue prevista en forma secuencial, así: a) el arreglo directo, b) la amigable composición y c) “en caso de no llegarse a la composición amigable, el asunto se someterá al Tribunal de Arbitramento en desarrollo de las normas legales que regulan la materia”.(...) También advierte el Despacho que en el caso que se examina las partes entraron en conversaciones durante largo tiempo para tratar de conciliar sus diferencias, asunto que no lograron, como tampoco llegaron a un acuerdo de dejar sin efectos la cláusula compromisoria. (...) En el presente caso también se encuentra acreditado que la amigable composición no tuvo cabida, según se indicó en comunicación del 14 de noviembre de 2001 emitida por Procilco Ltda., en la cual dio cuenta de la negativa del INPEC, presentada en reunión del 8 de noviembre de 2001.

NULIDAD PROCESAL - Propuesta por contratante por la no aplicación de la cláusula compromisoria al considerar la renuncia tácita / NULIDAD PROCESAL - No se propuso como excepción ante juez contencioso administrativo de primera instancia

Dentro del proceso se resolvió el incidente de nulidad procesal propuesto por el INPEC por la no aplicación de la cláusula compromisoria por considerar su renuncia tácita, aspecto en el cual no hubo acuerdo entre las partes, si bien se adoptó por el Tribunal a quo, teniendo en cuenta que en su oportunidad no se presentó la excepción correspondiente, interpretación que no resulta pertinente a la luz de la jurisprudencia vigente de esta Corporación.

RENUNCIA A CLAUSULA COMPROMISORIA - Improcedente por no comunicar entidad contratante de manera clara y expresa su voluntad de otorgar competencia al juez natural para conocer las controversias suscitadas entre él y su contratista / CLAUSULA COMPROMISORIA - Vigente por no acreditarse acuerdo entre las partes que la modificara o dejara sin efecto / FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA - De jurisdicción contencioso administrativa por existencia de cláusula compromisoria suscrita entre las partes y vigente por cambio de

jurisprudencia / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Debe resolver las diferencias de las partes cuando esta voluntad se plasma en el contrato

Se tiene probado que la sociedad contratista, en atención a los costos que acarrearía el Tribunal de Arbitramento, solicitó al INPEC mediante comunicación de 14 de noviembre de 2001 “considerar la alternativa de acudir al juez natural del contrato para que sea en esa instancia donde se dirima el conflicto contractual surgido por la no ejecución de la obra”, asunto que, a juicio del Despacho NO terminó siendo aceptado por el INPEC, debido a que no quedó plasmado en ninguna comunicación la decisión clara y precisa de esa entidad estatal de aceptar la propuesta del contratista para acudir al juez natural, así como tampoco el INPEC manifestó su voluntad de modificar o dejar sin efecto la cláusula de solución de controversias (...) Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias que se suscitaban en torno al contrato de obra debieran ser resueltas a través del mecanismo del Tribunal de Arbitramento, circunstancia que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de jurisdicción y de competencia

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA - De juez contencioso, resolvió incidente de nulidad procesal propuesta por demandada / INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL - Resuelto por el a quo erróneamente al estimar que frente al caso se configuró renuncia tácita de la cláusula compromisoria por no interponerse excepción de falta de jurisdicción / FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA - Negada por juez de primera instancia al fallar incidente de nulidad procesal sin estar facultado por existir clausula compromisoria vigente / NULIDAD PROCESAL DECRETADA DE OFICIO – Por juez contencioso administrativo de segunda instancia / NULIDAD PROCESAL DE OFICIO - Al no impugnarse a pesar de la negativa del juez administrativo de primera instancia / NULIDAD PROCESAL DE OFICIO – De todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia para conocer asunto sometido con anterioridad a pacto arbitral por suscribirse cláusula compromisoria

Dentro del proceso se resolvió el incidente de nulidad procesal propuesto por el INPEC por la no aplicación de la cláusula compromisoria por considerar su renuncia tácita, aspecto en el cual no hubo acuerdo entre las partes, si bien se adoptó por el Tribunal a quo, teniendo en cuenta que en su oportunidad no se presentó la excepción correspondiente, interpretación que no resulta pertinente a la luz de la jurisprudencia vigente de esta Corporación (...) en el presente caso NO existen elementos de juicio suficientes para mantener en firme aquello que en su momento entendió y decidió el Tribunal a quo al desatar el incidente de nulidad promovido en relación con la competencia en el sub lite, puesto que en esa decisión se apoyó en un agotamiento o fracaso del arreglo directo, lo cual no se erige en una modificación de la respectiva cláusula compromisoria (...) en esta oportunidad el Despacho se encuentra en el deber declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia por encontrar

configuradas las aludidas causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., por falta de jurisdicción y de competencia

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140, NUMERAL 1 Y 2

NULIDADES INSANEABLES - Debe declararlas el juez de oficio en cualquier momento del proceso / NULIDAD INSANEABLE DE OFICIO - Dado que la falta de jurisdicción y competencia no se alegó en la apelación / EXISTENCIA DE CLAUSULA COMPROMISORIA EN CONTRATO DE OBRA – Aparta del conocimiento al juez contencioso administrativo por falta de jurisdicción y competencia

A la luz de lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido la configuración de la misma, hay lugar a su decreto en esta oportunidad, a pesar de que el tema no haga parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Entonces, se reitera que ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que se carece de jurisdicción y competencia para conocer el asunto. (...) Si bien es cierto que en la perspectiva de la tesis Jurisprudencial que aquí se sigue, según los términos expuestos y explicados, no resulta legalmente posible que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca y decida de fondo en aquellos casos concretos como el que ahora se examina, se impone precisar que tal imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo deviene de la Jurisprudencia adoptada con la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulan la materia, a cuya observancia no puede sustraerse el Despacho. Téngase presente que la aplicación imperativa de las normas legales aludidas, entre las cuales se encuentran tanto aquellas que establecen y reconocen los efectos y las características de la cláusula compromisoria, las que definen cuál es el juez competente para conocer de determinados litigios, como aquellas que consagran las causales de nulidad procesal que son insubsanables y que obligan al juez a declararlas de manera oficiosa cuando encuentre configurado uno de tales vicios, dice relación directa e inmediata con el deber que la Constitución Política le impone a los Jueces de la República de respetar y observar la garantía fundamental del Debido Proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 145

RENUNCIA TACITA DEL PACTO ARBITRAL - Cambio jurisprudencial / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE RENUNCIA TACITA DE PACTO ARBITRAL - No hay lugar a entenderla si la demandada no ha excepcionado por falta de jurisdicción y competencia al existir pacto arbitral y el demandante acude a ejercer acción ante juez institucional o permanente

Para el Despacho resulta importante precisar, tal como también lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera en el aludido fallo de abril 18 de 2013, que el cambio de jurisprudencia que se ha adoptado, en el sentido de concluir que no hay lugar a entender como una renuncia tácita al pacto arbitral en los eventos en los cuales la parte demandada no ha interpuesto la correspondiente excepción de falta de jurisdicción o competencia en atención a la existencia del referido pacto arbitral, cuando la parte demandante ha acudido a ejercer su acción ante los jueces institucionales o permanentes, es un cambio que en principio está llamado a desplegar la totalidad de sus efectos en cuanto se trate de procesos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 contentiva del nuevo “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, sin que por razón de la entrada en aplicación de dicha normativa necesariamente se deban dejar de lado, por completo, los análisis, los argumentos y las valoraciones que llevaron a la Corporación a admitir y a efectuar la referida variación frente a la postura jurisprudencial pre-existente. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la renuncia tácita al pacto arbitral, consultar providencia de unificación de 18 de abril de 2013 Exp.17859 MP. Carlos Alberto Zambrano

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01054-01(28951)

Actor: PROCILCO LIMITADA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Referencia: NULIDAD PROCESAL DE OFICIO - ACCION CONTRACTUAL

Encontrándose el asunto para fallo, el Despacho advierte la configuración de dos causales de nulidad procesal insaneables, como lo son la falta de jurisdicción y de competencia funcional, contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual procederá a decretarlas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 9 de mayo de 2002, la sociedad Procilco Ltda., en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-¹:

PRIMERA. *Que se declare responsable a EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, con domicilio principal en Bogotá, por el incumplimiento del contrato: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE UNA CABAÑA PENITENCIARIA CON CAPACIDAD DE CIEN CELDAS BIPERSONALES PARA LA PENITENCIARIA DE ACACIAS META, identificado con el número 1293, suscrito en Bogotá, en el año 1998 entre PROCILCO LTDA y el INPEC.*

SEGUNDA. *Que consecuentemente se condene al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios –daño emergente y lucro cesante– a la sociedad comercial de responsabilidad limitada denominada PROCILCO LTDA., domiciliada en Bogotá, la suma de MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.985'765.646,00).*

¹ De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 65 de 1993, vigente para la época de la demanda, se dispuso:

“El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, (...).” (La subraya no es del texto).

TERCERA. *Que como consecuencia de lo anterior se decrete la terminación del contrato No. 1293/98.*

CUARTA. *Que se actualice el valor de los perjuicios, a la fecha de la sentencia y del pago efectivo de los mismos por parte del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.*

QUINTA. *A la sentencia que ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”*

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Entre el INPEC y la sociedad Procilco Ltda., se suscribió el Contrato de Obra No. 1293 el 27 de agosto de 1998, con el objeto de construir una cabaña penitenciaria con capacidad para cien (100) celdas bipersonales, en la Colonia Agrícola de Acacías en el Departamento del Meta.

2.2. El 15 de septiembre de 1998, el INPEC canceló a la Procilco Ltda., la suma de \$246'749.999 correspondiente al 50% del valor del contrato, por concepto de anticipo.

2.3. El Contrato No. 1293 fue suspendido en diversas oportunidades, según consta en las actas respectivas.

2.4. El 5 de noviembre de 1998 el INPEC hizo entrega oficial de los terrenos para la construcción del proyecto correspondiente al Contrato No. 1293 de 1998, pero no los entregó en la Colonia Oriental de Acacías sino en la Penitenciaría Nacional de la Picota ubicada en Bogotá.

2.5. La sociedad contratista trabajó en la obra de la Penitenciaría Nacional la Picota hasta el 13 de noviembre de 1998, día en que se le impidió el acceso a la misma.

2.6. El 30 de noviembre de 1998 el INPEC comunicó a Procilco Ltda., que la cabaña contratada se debía construir en la Penitenciaría Nacional de El Barne – Tunja, para lo cual se firmó el otrosí correspondiente, el 7 de diciembre de 1998.

2.7. El 1º de febrero de 1999 se llevó a cabo el Comité Técnico del INPEC, en el cual se autorizó abrir el Libro de Obra correspondiente y dar inicio a las obras accesorias de la Penitenciaría de El Barne, cuyo presupuesto no se había tramitado aún por la entidad.

2.8. El 17 de febrero de 1999, el Comité Técnico del INPEC ordenó realizar una modificación radical al proyecto de la Penitenciaría de El Barne, con el argumento de que el diseño no obedecía al perfil de los internos en ese establecimiento carcelario.

2.9. El 15 de marzo de 1999, la Subdirección de Construcciones del INPEC formalizó la solicitud de un nuevo diseño, estableciendo un plazo perentorio de 15 días calendario para su entrega.

2.10. El 23 de marzo de 1999, Procilco Ltda., radicó nuevamente el presupuesto correspondiente a la segunda modificación solicitada por el INPEC, fecha en la que, por otra parte, la sociedad contratista recibió orden verbal de suspender las obras, acto que quedó registrado en el Libro de Obra.

2.11. El 9 de abril de 1999, la sociedad contratista presentó los planos correspondientes a la segunda modificación del proyecto de El Barne y se firmó nueva acta de suspensión, con fecha 4 de enero de 1999 y vigencia hasta el 9 de abril del mismo año, así como se suscribió a la vez otra nueva acta de suspensión.

2.12. El 11 de octubre de 1999, el INPEC se negó a firmar un acta de reinicio de obra, manifestó que las obras se habían iniciado desde el 21 de septiembre

de 1998, lo cual a juicio de la sociedad demandante era totalmente falso puesto que el acta correspondiente se firmó el 21 de diciembre de 1998 y la obra se suspendió 13 días después por causas ajenas a la contratista.

2.13. Nueve meses después, el 9 de mayo de 2000, el INPEC citó a la sociedad contratista para la liquidación del contrato, como consecuencia de lo cual las partes sostuvieron dos reuniones sin llegar a conclusión alguna.

2.14. El 22 de mayo de 2001 el INPEC notificó a Procilco Ltda., acerca de un proyecto de liquidación del contrato, elaborado por la oficina jurídica de esa entidad.

2.15. El 31 de mayo de 2001, Procilco Ltda., rechazó de plano el proyecto de la liquidación del contrato por considerar que el INPEC desconoció sus derechos como contratista.

2.16. El 28 de noviembre de 2001 el INPEC dio respuesta a la comunicación de Procilco Ltda., advirtió que fue el contratista el que no aportó la documentación necesaria para la liquidación y decidió cerrar la vía de diálogo para la solución de las diferencias.

2.17. Finalmente, el 8 de mayo de 2002, la sociedad demandante procedió a presentar la demanda; reclamó el pago de las actividades ejecutadas en la Colonia Penal del Oriente de Acacias, en la Penitenciaría Nacional de La Picota y en la Penitenciaría Nacional de El Barne, así como presentó un cuadro de liquidación de perjuicios descontando el valor del anticipo recibido, los cuales, de acuerdo con su liquidación, ascendieron a la suma de \$1.985'765.646, por concepto de daño emergente y lucro cesante, correspondiente a costos indirectos mensuales causados en 43 meses, costo de la disponibilidad de los equipos, intereses moratorios del 2% mensual, así como el valor de la inversión en las obras adelantadas.

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto calendarado el seis (6) de junio de 2002 (folio 48, cuaderno 1).

3.2. En la contestación a la demanda el INPEC negó los hechos referidos a las fechas de las firmas de las actas de suspensión; aceptó los hechos relacionados con las pruebas documentales aportadas en cuanto a lo contenido en los documentos y solicitó estar a lo que se pruebe en relación con los demás hechos.

3.3. El INPEC formuló las siguientes **excepciones:** **i)** caducidad de la acción contractual habida cuenta que transcurrieron más de dos años a partir del 30 de noviembre de 1999, fecha en que se ha debido liquidar el contrato (4 meses para la liquidación bilateral y 2 más para la unilateral), de acuerdo con la fecha de terminación del contrato; el INPEC observó que la acción contractual caducó el 29 de noviembre de 2001, dos (2) años y seis (6) meses después de la terminación ocurrida el 30 de mayo de 1999; **ii)** pleito pendiente, la cual se configuró por la demanda que presentó el INPEC ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicada bajo el No. 201 -2911, expediente que fue remitido al Tribunal Administrativo del Meta.

3.4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

3.5. Incidente de nulidad

El 22 de octubre de 2002, el INPEC promovió un incidente de nulidad procesal y solicitó que se declarara inválido todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, para lo cual manifestó lo siguiente:

“A nuestro sentir no se agotó el procedimiento establecido en la cláusula compromisoria (ley para las partes) por lo tanto considero que el Tribunal no es competente para dirimir la controversia.”
(folio 2 cuaderno 9)

Por su parte, Procilco Ltda., solicitó rechazar la pretensión de nulidad con fundamento en la realidad fáctica y procesal acreditada y observó que los mecanismos de solución de controversias fueron agotados, por lo cual concluyó que la controversia es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Para el efecto presentó un recuento de los hechos ocurridos en los meses de noviembre y diciembre de 2001, en los cuales, a su juicio, se evidenció el agotamiento de los mecanismos de solución de controversias pactados entre las partes, así:

- El 6 de noviembre de 2001, el INPEC realizó un Comité en el cual decidió dar por concluida la etapa de arreglo directo.
- El 7 de noviembre de 2001, Procilco Ltda., envió comunicación, en la cual manifestó que *“las partes de común acuerdo decidimos proceder a dar cumplimiento a la segunda etapa como mecanismo de solución directa previsto en el contrato, como es la amigable composición”* y adjuntó el poder otorgado a la abogada Guerly Lozada Cuéllar, *“para que sea tenida en cuenta como miembro del comité de amigables componedores”* (folio 80, cuaderno 9).
- El día 8 de noviembre de 2001 se realizó una reunión entre las partes en la cual tuvo lugar la negativa para conformar el Comité de amigables componedores.
- El día 14 de noviembre de 2001 Procilco Ltda., dirigió una comunicación al INPEC, en la cual se refirió a la reunión realizada y manifestó que:

“Agotados los dos mecanismos de arreglo directo estipulados en el contrato para la solución de controversias, continúa como último mecanismo de solución según el contrato, el tribunal de arbitramento el cual no puede ser agotado o procedente para el contratista teniendo en cuenta los altos costos económicos para

las partes y ante la negativa de la entidad a través de la Jefe Jurídica para cancelar o colaborar con el contratista en la cancelación de este servicio.

Las anteriores razones, como representante legal de la empresa Procilco Ltda., me asiste el deber de considerar la alternativa de acudir al juez natural del contrato para que sea en esa instancia donde se dirima el conflicto contractual surgido por la no ejecución de la obra y ante el incumplimiento prolongado de la entidad.” (folios 82 y 83, cuaderno 9).

- El día 28 de noviembre de 2001, la entidad estatal contratante dio respuesta a la comunicación de noviembre 14 de 2001, en la cual explicó que el INPEC siempre tuvo la voluntad de conciliar y que fue el contratista quien no aportó los documentos para la respectiva liquidación del contrato y, según la sociedad demandante, en esa comunicación el INPEC “*decidió cerrar la vía del diálogo*”.
- El 10 de diciembre de 2001, Procilco Ltda., solicitó cotización de los costos del Tribunal de Arbitramento por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la cual recibió el 17 de diciembre de 2001, por la suma de \$52'376.999, valor que debía ser pagado por partes iguales, no obstante lo cual, según afirmó Procilco Ltda., “*Al respecto el INPEC, por conducto de la doctora GLORIA GUTIERREZ VIANA jefe jurídica de manera verbal manifestó que la entidad no contaba con recursos para dicho pago*”.

Mediante providencia de enero 30 de 2003, el Tribunal *a quo* negó el incidente de nulidad formulado, con fundamento en las pruebas documentales allegadas, ante las cuales consideró lo siguiente: **i)** Observó el *a quo* que previamente a acudir a ésta Jurisdicción las partes trataron de solucionar directamente las diferencias contractuales “*y si bien faltaba acudir al Tribunal de Arbitramento, al parecer este no se logró por el elevado costo esto significaba, es decir que no hubo falta de interés para llegar a un acuerdo, sino por el contrario se agotaron todos los mecanismos previos*”; y **ii)** el INPEC no presentó la excepción correspondiente en el proceso y por el hecho de haber acudido al Juez natural del contrato, las partes dejaron sin efecto la cláusula compromisoria pactada”. (Folio 8, cuaderno 9).

En la referida providencia de 30 de enero de 2003, una vez se consideraron las posiciones de las partes, y los documentos aportados, el Tribunal *a quo* resolvió “*negar el incidente de nulidad formulado*”, decisión que no fue recurrida por parte alguna.

3.6. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el veinticinco (25) de agosto de dos mil cuatro (2004), en la cual declaró probada la excepción de caducidad, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

3.7. El recurso de apelación.

La **parte demandante** impugnó la sentencia de primera instancia, sustentó y alegó de conformidad.

En los **alegatos de conclusión**, la parte demandante se detuvo en el oficio de 28 de noviembre de 2001 como punto de partida para computar el término de caducidad de la acción y argumentó que con anterioridad a ese pronunciamiento del INPEC era imposible jurídicamente recurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, por cuanto existía de por medio una cláusula compromisoria en el mencionado contrato, por lo cual alegó que el Tribunal *a quo* ha debido observar que el período contractual se agotó el día 28 de noviembre de 2001, cuando el INPEC lo dio por terminado, dejando en libertad a la firma contratista para recurrir al Juez Natural del Contrato.

El INPEC, obrando como **parte demandada**, presentó los alegatos de conclusión en los cuales solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

3.8. Otras actuaciones.

La parte demandante presentó solicitud de prelación para el fallo por la situación de quiebra e inejecución de obligaciones de la sociedad demandante, la cual fue negada por el Tribunal *ad quem*, mediante auto del 7 de junio de 2006, teniendo en cuenta que no se presentaban los supuestos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Mediante auto de 26 de marzo de 2009, la Sala aceptó el impedimento que manifestó la señora Magistrada Myriam Guerrero de Escobar, quien se declaró impedida por haber conocido del proceso en instancia anterior.

II. CONSIDERACIONES

1.- Renuncia tácita de la cláusula compromisoria. Unificación de jurisprudencia.

La Sección Tercera de esta Corporación, en su Sala Plena, mediante providencia del 18 de abril de 2013² modificó y unificó la tesis jurisprudencial que se venía aplicando con anterioridad en el sentido de considerar que había lugar a concluir que las partes habrían convenido una renuncia tácita respecto de la cláusula compromisoria solemnemente pactada en un contrato estatal.

En esta decisión se efectuará un recuento de las razones que llevan a concluir que se han configurado las dos aludidas causales de nulidad insaneable que imposibilitan proferir fallo de fondo en segunda instancia, según el siguiente orden: **i)** el alcance jurídico del pacto arbitral; **ii)** la jurisprudencia anteriormente existente acerca de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria solemnemente convenida; **iii)** la irrenunciabilidad tácita de la partes a la cláusula compromisoria; **iv)** el caso concreto; **v)** de la proyección en el futuro

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

inmediato del cambio de jurisprudencia en relación con la no renuncia tácita del pacto arbitral.

2. Alcance jurídico del pacto arbitral.

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso.

En el aludido Decreto 1818 de 1998 también se definieron las dos modalidades del pacto arbitral, así: la cláusula compromisoria, que corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros. Así se concluye del contenido del artículo 118 ibídem:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Del contenido de la anterior disposición también se puede concluir que la cláusula compromisoria encuentra su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: *“La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere”*

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes entre las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. Así lo prevé el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998:

“COMPROMISO. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;*
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;*
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél”.*

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la

naturaleza del pacto arbitral y concluía que el mismo siempre debía ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, consistía en habilitar la competencia de los árbitros. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

“1. El pacto arbitral

Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C.

1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.

Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso defieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2º artículo 2º Decreto 2279 de 1989).

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que

directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3º artículo 2º del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado”³.

La Sección Tercera también profundizó sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y venía estableciendo en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción. En providencia del 8 de junio de 2006, señaló:

*“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116⁴ y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes** (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).*

La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco.

⁴ ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. “...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”. Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo.”⁵ (Se resalta)

Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó:

“(…) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una “[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas.⁶

...

Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación.

*En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. **Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer***

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006. Exp: 32.398, Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso, modalidades que comportan características propias que bien vale la pena recordar para diferenciar sus alcances.

Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁷ las partes acuerdan someter “eventuales diferencias” que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii).** Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de “eventuales diferencias”, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos.

(...).

En otras palabras, la **cláusula compromisoria** ha de pactarse en forma previa a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen, ya sea en el mismo texto o en acto separado, mientras que ante la existencia cierta de una determinada controversia habrá lugar a pactar un **compromiso** en los términos del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998.

Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la **cláusula compromisoria** debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una

⁷ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

*valoración rigurosa de su contenido (...)*⁸.

Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tenía que la cláusula compromisoria requería una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejaran su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, *“voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado”*⁹, razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

Era igualmente dable concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito.

Respecto del compromiso pactado por las partes de un contrato estatal, cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones de esta Corporación:

“(...) la solemnidad del pacto arbitral -tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento¹⁰ en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 33. 670.

⁹ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp: 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁰ De conformidad con las previsiones del artículo 251 del C. de P. C., *“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”*.

que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.”¹¹

3. Recuento jurisprudencial acerca de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria.

Hasta el 18 de abril de 2013 la Jurisprudencia de la Sala había venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria cuando a pesar de haber acordado llevar las diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decide formular su demanda ante la Jurisdicción institucional de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no propone la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia de 16 de junio de 1997 –expediente 10.882–¹²,

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10.882, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097–, ocasión en la cual se sostuvo:

“2º.- La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 acogida por esta Sección, dijo:

‘De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

De esta manera el fundamento de la nulidad que alegan las recurrentes carece de sustento legal, por cuanto se basa en la existencia de la cláusula compromisoria y se dijo arriba que esa cláusula le da derecho al demandado para proponer la correspondiente excepción previa que, al no proponerla, no puede, según el mencionado artículo 10º, alegarla como causal de nulidad.

De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. Inclusive estando constituido el Tribunal de arbitramento las partes pueden de común acuerdo terminarlo como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279, cuando prevé la cesación de sus funciones “por voluntad de las partes” (Subrayas fuera de texto).

Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda

renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.

Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar.”¹³ (Se Resalta).

En esa decisión la Sala precisó que la oportunidad para alegar la falta de jurisdicción la constituye el momento de contestar la demanda, de manera que con posterioridad ya no será posible proponerla. Esta línea de pensamiento se reiteró el 4 de septiembre de 2003, por parte de la Sección Tercera en el expediente número 10.883; allí se dijo lo siguiente:

“En la cláusula décima novena del contrato 048 de 1987, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Rómulo Tobo Uscátegui - Luis Antonio Mancilla González, se dispuso que las divergencias que se suscitaran en relación con el mismo y que paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras se someterían a la decisión de árbitros.

“Con fundamento en la existencia de la citada cláusula compromisoria el Tribunal se inhibió para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en el tercer proceso acumulado, con el objeto de que se declarara que el IDU había incumplido el contrato y que se habían presentado circunstancias que determinaron el rompimiento del equilibrio financiero.

“La Sala considera que es competente para decidir las citadas pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.

(...)

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de marzo 19 de 1998, exp. 14.097, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad, y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

(...)

Aplicados los razonamientos anteriores al presente caso, se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.”¹⁴
(Negrillas fuera de texto)

Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia de 26 de febrero de 2004 – expediente 25.094- ocasión en la cual la Sección Tercera señaló que efectivamente se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato formula demanda judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte contesta la demanda sin alegar la excepción de falta de jurisdicción. En esa oportunidad, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una “renuncia” a ella, introduciendo así una variante conceptual al tema, pues en las providencias anteriores se había hablado de que dicha actitud era equivalente a una “derogación” o “modificación” de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y de su contestación:

“Alega el recurrente que la cláusula compromisoria es inexistente porque fue rescindida por las partes cuando la señora Ortiz Uribe presentó demanda ante la jurisdicción

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10.883, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

contencioso administrativa y la sociedad demandada no la contestó oportunamente.

(...)

‘1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento.

Precisó además que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

(...)

La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria.

La doctrina ha resaltado la condición de que el demandado invoque la existencia de la cláusula compromisoria para sustraer del conocimiento del juez estatal el asunto, en desarrollo del principio dispositivo que rige el arbitraje.”¹⁵

En otra situación se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la misma Sección Tercera aplicó, en la sentencia de marzo 18 de 2004, expediente 15.936, los mismos efectos a la falta de contestación de la demanda, es decir, la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula arbitral de la misma forma que si se hubiere producido una contestación pero sin que se alegase la excepción de falta de jurisdicción:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp.25.094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

“Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la Sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso.”¹⁶

Nuevamente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934– la Sala reiteró que si se notificaba el auto admisorio de la demanda al demandado y este no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esta ocasión se analizó un evento poco usual en cuanto el demandante advirtió que con dicho acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, pues sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción; frente a esta situación, la Sala explicó lo siguiente:

“Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral -salvo que se dijese [que] no se renuncia en forma expresa- y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1.602 C. C.)

‘En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp.15.936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones.”¹⁷

En pronunciamientos más recientes la Sala reiteró la posición aludida, tal como lo evidencia la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente número 18.395, en la cual se realizó una recapitulación de los pronunciamientos judiciales sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria y de los escenarios procesales en los que era aplicable:

“Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones:

De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2005, exp.27.934, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.”¹⁸

4. Irrenunciabilidad tácita de la partes a la cláusula compromisoria. Cambio de jurisprudencia.

La Sala en su providencia de unificación del 18 de abril de 2013 recogió la tesis que había sostenido hasta el momento, así:

“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular.”¹⁹

Ahora bien, siguiendo los parámetros de la decisión de unificación que se acaba de referir, resulta importante para la Sala mencionar las siguientes razones que refuerzan el fundamento del mencionado cambio de tesis jurisprudencial:

i).- El carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria. Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito esencial de la cláusula compromisoria, tal como en diversas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sección Tercera:

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“Bajo estos razonamientos y sin desconocer que los contratos estatales deben constar por escrito para que puedan perfeccionarse, de conformidad con las exigencias de los artículos 39 y 40 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, cabe resaltar que aún en aquellos casos previstos en el derecho privado en que resulta perfectamente válida la formación de negocios jurídicos consensuales –los cuales, según lo dispuesto por la ley civil¹, se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes-, resulta perfectamente admisible la posibilidad de que las partes pacten cláusula compromisoria, toda vez que nada les impide que, de común acuerdo, convengan a través de un documento que las controversias que se susciten con ocasión del contrato –aun el consensual, se repite-, sean sometidas a conocimiento de un tribunal de arbitramento.

Esta afirmación encuentra respaldo en el hecho incuestionable de que el pacto arbitral –bien en la modalidad de cláusula compromisoria o bien en la alternativa del compromiso-, constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independiente del contrato mismo que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos.

*Según la normatividad vigente en el país sobre la materia, la solemnidad del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, puesto que, en la primera de dichas normas, al hacer referencia a la ‘cláusula compromisoria’, de manera clara se precisó que por tal ha de entenderse “... el pacto contenido en un **contrato** o **documento** anexo a él ...” y, en la segunda disposición en cita, al ocuparse de regular aspectos propios del ‘compromiso’, se establece que “[e]l compromiso podrá estar contenido **en cualquier documento** como telegramas, télex, fax u otro medio semejante”.*

De conformidad con las normas aludidas que en la actualidad regulan la materia, se tiene entonces que por regla general la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda

constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.

Es por ello que al ocuparse de regular la forma que puede revestir el compromiso, el citado artículo 119 del Decreto 118 de 1998 señala que el mismo puede "... estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante".

Con mayor razón deberá admitirse que la cláusula compromisoria se encuentra efectivamente pactada cuando ella ha sido prevista en el pliego de condiciones, comoquiera que éste consta por escrito y su contenido, una vez puesto a consideración de los interesados, se convierte en obligatorio para la entidad y para los participantes, en cuanto se erige en la ley de la licitación o del concurso y en la ley del contrato, puesto que entra a formar parte de él, a tal punto que sus previsiones o exigencias han de servir también para interpretar las cláusulas del contrato, desentrañar su sentido o definir sus divergencias.

Así pues, dada su naturaleza autónoma, en materia de contratación estatal la cláusula compromisoria podrá subsistir y está llamada a producir plenos efectos jurídicos en cuanto conste por escrito, sin ningún otro tipo de formalidad, independientemente de que ese escrito sea, o no, el mismo que contenga las cláusulas del contrato estatal al cual se refiera dicha cláusula.

*En este orden de ideas se impone señalar que además de la forma escrita, obligatoria para los contratos estatales, los únicos requisitos que en cuanto a contenido debe incorporar la cláusula compromisoria, corresponden a la identificación, clara y precisa, de: **i)** las partes y **ii)** el contrato al cual habrá de aplicarse o referirse la misma”²⁰.*

Así pues, si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a las cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación.

Nótese que mediante la tesis que acogió la Sala Plena de la Sección Tercera no se está sosteniendo en modo alguno que el pacto arbitral debidamente celebrado entre las partes de un contrato estatal se torne en inmodificable e inderogable para ellas, aunque así quieran hacerlo de manera conjunta; naturalmente se entiende que así como la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal para el trámite, conocimiento y decisión de las controversias que surjan entre quienes se encuentren vinculadas al mismo, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán observar

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871.

y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral.

De esta manera, para que las partes de un contrato estatal puedan alterar, cambiar, modificar o incluso derogar la correspondiente cláusula compromisoria que previamente hubieren convenido de manera **expresa y por escrito** en relación con el respectivo contrato estatal, será necesario entonces que tal alteración, cambio, modificación o derogatoria sea convenida también de manera **expresa y por escrito** –independientemente que tal acuerdo nuevo conste en un solo escrito o en varios–, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él.

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral –cuestión que por igual debe predicarse en cuanto se trate del acuerdo por cuya virtud se disponga la modificación o derogatoria de dicho pacto–, lejos de responder a un simple capricho del legislador o peor aun a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto que a partir de su perfeccionamiento dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

ii).- La naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria. Como es bien sabido, según lo desarrollan de manera precisa los parágrafos de los artículos 116 de la Ley 446 de 1998 y 118 del Decreto 1818 de 1998, la autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características y en virtud de ella se determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga. Sobre este particular la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

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

*3. La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. **Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas.** Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra “Tratado de arbitraje privado interno e internacional”, publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: “Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera*

la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato.”²¹

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

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

“Artículo 8. Efectos del convenio de arbitraje

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

²¹ Cita tomada de Monroy Cabra, Marco: “Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia”, revista de la Cámara de Comercio de Bogotá N° 58, de 1985, p. 42. En su libro “Arbitraje comercial, nacional e internacional”, publicado por Legis en 1998, 2ª. edición, el mismo Monroy Cabra adhiere definitivamente a la postura moderna, al afirmar, en la página 94: “La cláusula compromisoria es un verdadero contrato con efectos propios, los cuales se realizan fundamentalmente con la realización del compromiso. La cláusula compromisoria no es una estipulación accesoria al contrato en el cual está contenido, sino un verdadero contrato. La doctrina está acorde en que la nulidad del contrato principal no tiene necesariamente que afectar la cláusula compromisoria.”

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

“Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

“Artículo 21.

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

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

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

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

“1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria (...)”²² (Resalta la Sala)

También la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente la importancia y los alcances de la autonomía de la

²² Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cláusula compromisoria, como lo refleja el pronunciamiento que al respecto contiene la ya citada sentencia de diciembre 4 de 2006:

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

Lo anterior sirve para significar que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente”²³.

En consecuencia, resulta claro que si los efectos que en el mundo jurídico genera y está llamada a producir la cláusula compromisoria son de tal importancia y envergadura que incluso, por razón de su autonomía, la misma pervive o subsiste aunque no ocurra igual con el contrato que le hubiere dado origen –ora por razón de su nulidad, ora por la inexistencia de tal contrato–, con mayor razón hay que admitir entonces que dicha cláusula debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convinieron nada han decidido de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

La inferencia o deducción que llegare a realizar el juez institucional o permanente, a partir de algunas conductas procesales e individuales de las

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871,

partes del respectivo contrato estatal, para concluir que cada una de esas partes habría decidido, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente nunca hubieren convenido algo expreso y por escrito al respecto, desconocería abiertamente el carácter autónomo que particulariza a la cláusula compromisoria.

Así pues, si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, lo cual permite resaltar que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, cada parte podrá ocurrir entonces ante la justicia arbitral en procura de una decisión que dirima las controversias o litigios existentes para con su contraparte, sin que tal facultad signifique que esa parte interesada en una solución de índole judicial pueda escoger válidamente entonces y de manera unilateral y a su libre albedrío entre formular su demanda ante los jueces institucionales de lo contencioso administrativo o, porque sencillamente así lo prefiera y lo decida, solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento.

iii).- Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar. En modo alguno puede perderse de vista que si las partes de un contrato estatal acuerdan la celebración de una cláusula compromisoria, con lo cual deciden de manera consciente y voluntaria, tanto habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre dichas partes y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, como, a la vez, derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que si éstos últimos advierten la existencia de la correspondiente cláusula compromisoria, de manera directa y *prima facie*, perfectamente podrían y deberían rechazar la demanda que les

sea presentada por carecer de jurisdicción y de competencia –para evitar que sus actuaciones resulten afectadas de los vicios de nulidad consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.– sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la demanda proponga la respectiva excepción.

Así pues, en cuanto resulta evidente que los vicios contemplados en los aludidos numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., afectarían de nulidad la actuación procesal que llegare a desplegar el juez institucional o permanente que decidiere admitir la demanda y darle curso al proceso a pesar de la existencia de una cláusula compromisoria que estuviere abarcando válidamente el objeto del litigio planteado, mal podría considerarse entonces que esos vicios tan graves que la propia ley procesal califica de insubsanables (artículo 144 C. de P. C.), sencillamente desaparecerían o dejarían de afectar la validez del proceso sencillamente porque la parte demandada hubiere omitido –de manera deliberada o por simple descuido– proponer la excepción correspondiente.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria por el sólo hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio unilateral de cada parte –de un lado la que por su cuenta decide presentar la demanda y de otro lado, que en últimas es quien tiene el poder decisorio sobre la materia, la demandada que no invoca la excepción– la escogencia de la jurisdicción a la cual van a acudir a pesar de haber convenido, con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, de tal manera que en todos esos casos habría que admitir también que existen entonces dos jurisdicciones diferentes con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que lo cierto es que sólo existe una jurisdicción para el conocimiento y decisión de tales conflictos.

Ciertamente, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la decisión de los conflictos que

surjan de un contrato estatal, para someterlo en cambio a la decisión de la justicia arbitral, ninguna de ellas tendrá la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral: sólo tienen un camino a seguir y ese es el de someterse a la decisión arbitral.

iv) El respeto a los principios de planeación e igualdad precontractual. Si para el momento en que la entidad pública efectuó los estudios previos de la contratación estatal y con fundamento en ellos concluyó que en el futuro contrato resultaba necesaria y/o pertinente la inclusión de una cláusula compromisoria como medio efectivo para la solución alternativa de los conflictos que se presentaran en razón de la celebración, ejecución y/o liquidación del respectivo contrato estatal, naturalmente resultaría lesivo al principio de igualdad frente a los demás proponentes que se admitiera la posibilidad de su libre disposición mediante la aplicación de la renuncia tácita. Al respecto la Sección Tercera ha señalado lo siguiente:

“En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse

con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.”²⁴

v).- La facultad-deber del juez de lo contencioso administrativo de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción. Como es bien sabido, el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A., impone el deber, manera imperativa, para los jueces de lo Contencioso Administrativo, de pronunciarse en la sentencia tanto sobre las excepciones que hubieren sido propuestas como sobre aquellas otras que se encuentren probadas, de conformidad con los siguientes términos:

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”.

La disposición legal transcrita constituye fundamento suficiente para concluir que en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de una cláusula compromisoria, el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar dicha excepción en la sentencia cuando la encuentre probada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, por manera que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto, en realidad, el silencio de la parte demandada.

Desde esta perspectiva cabe reiterar entonces que por el solo hecho de que no se haya propuesto de manera expresa la excepción de falta de jurisdicción y/o de competencia o no se haya contestado la demanda, no desaparece el pacto arbitral y menos se sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de falta de jurisdicción y de competencia del juez institucional para conocer del respectivo litigio.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de febrero de 2012, exp. 22.464, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Así pues, esta conclusión obliga a reafirmar que la única vía que las partes tienen para modificar, alterar o derogar de manera válida el pacto arbitral por su decisión, necesariamente la constituye la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.

5. El caso concreto.

El Despacho encuentra pertinente advertir la presencia de la siguiente cláusula contenida en Contrato No. 1293 de 27 de agosto de 1998²⁵:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Las partes contratantes para solucionar sus diferencias observarán el siguiente procedimiento: a) Arreglo Directo: las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. B) Fracasada la etapa anterior acudirán a la amigable composición para lo cual cada parte nombrará un amigable componedor. C) En caso que no se llegare a la composición amigable, el asunto se someterá al Tribunal de Arbitramento en desarrollo de las normas legales que regulan la materia, Ley 80 de 1993, arts. 70, concordante arts. 73 y 74. D.L. 2279 de 1989, L23 de 1991; D 2651 de 1991.

Al respecto se debe tener presente que la Ley 446 de 1998²⁶, dispuso:

“Artículo 116. Cláusula Compromisoria. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

²⁵ Suscrito en vigencia de la Ley 446 de 1998, con fecha anterior a la expedición del Decreto 1818 de septiembre 7 de 1998, mediante el cual, en desarrollo de la Ley citada, se expidió el estatuto de los medios alternativos de selección de conflictos.

²⁶ Publicada el 8 de julio de 1998.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."

De conformidad con lo anterior se encuentra que la propia Ley vigente para el momento de la celebración del contrato autorizó el acuerdo de las partes por medio del cual se decidió someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia.

En el acápite anterior se presentó el análisis de la jurisprudencia vigente, y se reiteró que la Cláusula Compromisoria en el contrato estatal debe ser expresa y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa, exigencia que se aplica también para la modificación de la Cláusula Compromisoria y la renuncia a la misma, según se explicó en detalle.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto acerca de la disposición contractual comentada, con base en lo que se aprecia de las pruebas, el Despacho se referirá al pacto de solución de controversias y a las comunicaciones que las partes tuvieron acerca de su aplicación.

Se observa que la cláusula estipulada por las partes en el Contrato No. 1293 se refirió a varios mecanismos de solución de conflictos, cuya aplicación fue prevista en forma secuencial, así: **a)** el arreglo directo, **b)** la amigable composición y **c)** *"en caso de no llegarse a la composición amigable, el asunto se someterá al Tribunal de Arbitramento en desarrollo de las normas legales que regulan la materia"*.

Al respecto se encuentra también que en este caso particular, dentro del proceso se resolvió el incidente de nulidad procesal propuesto por el INPEC por la no aplicación de la cláusula compromisoria por considerar su renuncia tácita, aspecto en el cual no hubo acuerdo entre las partes, si bien se adoptó por el Tribunal *a quo*, teniendo en cuenta que en su oportunidad no se presentó

la excepción correspondiente, interpretación que no resulta pertinente a la luz de la jurisprudencia vigente de esta Corporación, como se explicó en detalle.

También advierte el Despacho que en el caso que se examina las partes entraron en conversaciones durante largo tiempo para tratar de conciliar sus diferencias, asunto que no lograron, como tampoco llegaron a un acuerdo de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, según se observa en las siguientes comunicaciones:

- Comunicación de febrero 8 de 2001, contentiva de las precisiones en relación con el oficio UMIC 0068 (folios 301 a 306, cuaderno 3), en la cual Procilco Ltda., indicó en relación con los términos del arreglo directo, lo siguiente:

“Es necesario, tanto para el INPEC., como para PROCILCO LTDA., poner término a esta etapa de arreglo directo, no puede tomarse esta situación de manera indefinida en el tiempo. En caso de resultar fracasada la etapa de arreglo directo es obligatorio para las partes, recurrir al segundo mecanismo de la amigable composición.”

- Comunicación de 7 de noviembre de 2001, en la cual Procilco Ltda., informó que *“las partes de común acuerdo decidimos proceder a dar cumplimiento a la segunda etapa como mecanismo de solución directa previsto en el contrato, como es la AMIGABLE COMPOSICIÓN, para definir la controversia (...) Para tal fin (...) me permito presentar el nombre de la abogada Guerly Lozada Cuéllar, para que sea tenida en cuenta por la entidad y forme parte como miembro del comité de amigables componedores (...).”* (Folio 344, cuaderno 3).

En el presente caso también se encuentra acreditado que la amigable composición no tuvo cabida, según se indicó en comunicación del 14 de noviembre de 2001 emitida por Procilco Ltda., en la cual dio cuenta de la negativa del INPEC, presentada en reunión del 8 de noviembre de 2001 (folio 346, cuaderno 3), así:

“Por las anteriores razones, como representante legal de la empresa Procilco Ltda., me asiste el deber de considerar la alternativa de acudir al juez natural del contrato para que sea esa instancia donde se dirima el conflicto contractual surgido por la no ejecución de la obra y ante el incumplimiento prolongado de la entidad.”

Así pues, se tiene probado que la sociedad contratista, en atención a los costos que acarrearía el Tribunal de Arbitramento²⁷, solicitó al INPEC mediante comunicación de 14 de noviembre de 2001 *“considerar la alternativa de acudir al juez natural del contrato para que sea en esa instancia donde se dirima el conflicto contractual surgido por la no ejecución de la obra”*, asunto que, a juicio del Despacho **NO** terminó siendo aceptado por el INPEC, debido a que no quedó plasmado en ninguna comunicación la decisión clara y precisa de esa entidad estatal de aceptar la propuesta del contratista para acudir al juez natural, así como tampoco el INPEC manifestó su voluntad de modificar o dejar sin efecto la cláusula de solución de controversias, por manera que ha de concluirse que la misma permaneció vigente, con independencia de que el INPEC hubiera optado por romper el diálogo directo y demandar la liquidación del contrato por la vía judicial, a lo cual procedió por el *“corto tiempo”* que quedaba para presentar la demanda, según se observa de las comunicaciones contenidas en los siguientes oficios: Oficio No. 7130-0JU-4461 de 28 de noviembre de 2001 (folios 348 a 351, cuaderno 3) y Oficio No. 7130-0JU-0078-078 de 9 de enero de 2002 (folios 355 y 356, cuaderno 3), ninguna de las cuales contiene una manifestación de voluntad del INPEC que permita concluir acerca de la decisión de derogar o modificar la estipulación contractual por la cual se decidió asignar competencia al Tribunal de Arbitramento, en caso de que se presentaran diferencias que no se hubieran solucionado en las etapas de arreglo directo y amigable composición.

²⁷ *“(…) teniendo en cuenta los altos costos económicos para las partes y ante la negativa de la entidad a través de la Jefe Jurídica para cancelar o colaborar con el contratista en la cancelación de este servicio”* (comunicación de noviembre 14 de 2001, folio 82, cuaderno 5).

Por lo anterior, siguiendo las reglas de interpretación de los contratos previstas en el artículo 1622 del Código Civil²⁸ y manteniendo en su integridad la Jurisprudencia vigente del Consejo de Estado acerca de la improcedencia de la renuncia tácita de cláusula compromisoria, el Despacho advierte que en este caso **NO** se puede dar por probada una renuncia a la aplicación de dicha cláusula compromisoria, teniendo en cuenta que las comunicaciones cruzadas entre las partes, no tuvieron la fuerza de derogar el acuerdo contractual, toda vez que sólo se refieren, de una parte, a los altos costos que demandaba la conformación del Tribunal de Arbitramento y, de otra, a la consideración acerca del agotamiento del tiempo requerido para evitar la caducidad de la acción.

Así las cosas, en el presente caso **NO** existen elementos de juicio suficientes para mantener en firme aquello que en su momento entendió y decidió el Tribunal *a quo* al desatar el incidente de nulidad promovido en relación con *la* competencia en el *sub lite*, puesto que en esa decisión se apoyó en un agotamiento o fracaso del arreglo directo, lo cual no se erige en una modificación de la respectiva cláusula compromisoria, amén de que en aras del deber de coherencia procesal que se exige tanto de la actuación de las partes como en el contenido de las decisiones judiciales, el Despacho debe declarar la nulidad de lo actuado, teniendo en cuenta que no se acepta modalidad alguna de renuncia tácita a la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta la jurisprudencia vigente.

Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias que se suscitaban en torno al contrato de obra debieran ser resueltas a través del mecanismo del Tribunal de Arbitramento, circunstancia

²⁸ "ARTICULO 1622. "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte."

que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de jurisdicción y de competencia, independientemente de que la cláusula compromisoria no se hubiere propuesto como excepción en la contestación de la demanda y de que la nulidad posteriormente impetrada no hubiere prosperado en su momento,

Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido la configuración de la misma, hay lugar a su decreto en esta oportunidad, a pesar de que el tema no haga parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Entonces, se reitera que ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que se carece de jurisdicción y competencia para conocer el asunto.

La conclusión de la existencia de la cláusula compromisoria impide a esta Jurisdicción Especializada conocer legalmente del conflicto surgido en el presente caso concreto, por carecer de jurisdicción y de competencia, corresponde a la explicación expuesta por la Sección Tercera en providencia del 3 de septiembre de 2008, así:

“En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra, ante los jueces institucionales del Estado, situación que no se da en este evento, cuando una de las partes reclama su aplicación.”

En este sentido, aun cuando en el sub - examine llamamiento en garantía cumple con los requisitos de forma exigidos en los artículos 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, y además se acreditó la existencia de la relación contractual que fundamenta tal figura, se debe tener en cuenta que precisamente en dicho contrato se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento del Tribunal de Arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con relación a la póliza de seguro, por lo tanto la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento alguno sobre esas diferencias, como quiera que la existencia de esta cláusula excluye la competencia de ésta, dado que quien debe conocer del asunto es un Tribunal de Arbitramento.

()

En igual sentido, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la Jurisdicción Contenciosa²⁹, por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria³⁰.

Si bien es cierto que en la perspectiva de la tesis Jurisprudencial que aquí se sigue, según los términos expuestos y explicados, no resulta legalmente posible que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca y decida de fondo en aquellos casos concretos como el que ahora se examina, se impone precisar que tal imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo deviene de la Jurisprudencia adoptada con la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulan la materia, a cuya observancia no puede sustraerse el Despacho.

²⁹ Así lo dijo la Sección Tercera en auto de 10 de junio de 2004, Expediente 25.010: “Por lo tanto, al haberse acreditado la existencia de la cláusula compromisoria y la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma, la Sala concluye que esta jurisdicción no se podría pronunciar sobre la eventual responsabilidad del asegurado surgida con fundamento en la mencionada póliza y en consecuencia, no era procedente aceptar el llamamiento en garantía formulado”. Y al respecto también se pueden consultar los siguientes datos: Expedientes 24.567, 25.614. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Así como en auto de 17 de febrero de 2005. Expediente 28.150. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

³⁰ Auto del 3 de septiembre de 2008. Expediente: 34.629, Ruth Stella Correa Palacio.

Téngase presente que la aplicación imperativa de las normas legales aludidas, entre las cuales se encuentran tanto aquellas que establecen y reconocen los efectos y las características de la cláusula compromisoria, las que definen cuál es el juez competente para conocer de determinados litigios, como aquellas que consagran las causales de nulidad procesal que son insubsanables y que obligan al juez a declararlas de manera oficiosa cuando encuentre configurado uno de tales vicios, dice relación directa e inmediata con el deber que la Constitución Política le impone a los Jueces de la República de respetar y observar la garantía fundamental del Debido Proceso.

Agréguese a lo anterior que la medida que aquí deberá proferirse no impide la solución de la controversia contractual citada en la referencia, sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción que de manera válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente, lo cual supone respetar tanto la voluntad que de manera espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes, al convenir una cláusula compromisoria como mecanismo para resolver los conflictos que surjan de su contrato estatal, como los efectos procesales que a dicha cláusula atribuye la ley, sin que esas partes puedan ahora desconocer su propio pacto y sin más, de manera unilateral, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la solución de sus controversias.

Tal como ya se ha dejado expuesto, el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción o sin competencia, de conformidad con los dictados de sus numerales 1 y 2, a cuyo tenor:

*“Artículo 140.- **Causales de nulidad.** El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

“1.- Cuando corresponde a distinta jurisdicción.

“2.- Cuando el juez carece de competencia”.

A su turno se tiene que el inciso final del artículo 144 del mismo Estatuto Procesal establece la imposibilidad de que puedan sanearse las nulidades que se configuren por razón de falta de jurisdicción o de competencia funcional, de conformidad con los siguientes términos:

“No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional” (se deja resaltado).

Añádase a lo anterior que el juez de la causa se encuentra en el deber legal de declarar, de manera oficiosa, las nulidades procesales que advierta con anterioridad a la expedición de la sentencia correspondiente, según lo ordena el artículo 145 del referido Código de Procedimiento Civil:

“Artículo 145.- Declaración oficiosa de la nulidad. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1º y 2º del artículo 320. (...) en caso contrario, el juez la declarará” (las negrillas no son del texto original).

Así las cosas y dado que las normas legales transcritas, por ser procesales, *“... son de derecho público y orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento ...”*, según los precisos y perentorios mandatos del artículo 6º de esa misma Codificación, en esta oportunidad el Despacho se encuentra en el deber declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia por encontrar configuradas las aludidas causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., por falta de jurisdicción y de competencia.

En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., no sin antes precisar, con el fin de garantizar la efectividad del derecho

fundamental de acceso a la administración de justicia, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es el 9 de mayo de 2002.

Lo anterior en cumplimiento de las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo³¹, a cuyo tenor:

“En caso de falta de jurisdicción o competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o juzgado que ordena la remisión.”

Adicionalmente y siguiendo las directrices trazadas por la Corte Constitucional en su Sentencia C-662 de 2004³², se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

6. De la proyección en el futuro inmediato del cambio de jurisprudencia en relación con la no renuncia tácita del pacto arbitral.

Para el Despacho resulta importante precisar, tal como también lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera en el aludido fallo de abril 18 de 2013, que el cambio de jurisprudencia que se ha adoptado, en el sentido de concluir que no hay lugar a entender como una renuncia tácita al pacto arbitral en los eventos

³¹ La transcrita disposición del inciso 3º de artículo 143 del Código Contencioso Administrativo encuentra total y plena correspondencia en la disposición del artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, según el cual:

“En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.”

³² Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: **“SEGUNDO.** Declarar inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.” (Se subraya)

en los cuales la parte demandada no ha interpuesto la correspondiente excepción de falta de jurisdicción o competencia en atención a la existencia del referido pacto arbitral, cuando la parte demandante ha acudido a ejercer su acción ante los jueces institucionales o permanentes, es un cambio que en principio está llamado a desplegar la totalidad de sus efectos en cuanto se trate de procesos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 contentiva del nuevo *“Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”*, sin que por razón de la entrada en aplicación de dicha normativa necesariamente se deban dejar de lado, por completo, los análisis, los argumentos y las valoraciones que llevaron a la Corporación a admitir y a efectuar la referida variación frente a la postura jurisprudencial pre-existente.

Ciertamente, en los casos en los cuales haya lugar a la aplicación de las normas contenidas en la mencionada Ley 1563, al juez de lo Contencioso Administrativo en general y al Consejo de Estado en particular les corresponderá examinar y definir los alcances de dichas normas legales, puesto que podría concluirse acerca de la existencia de una antinomia en cuanto, de un lado, el parágrafo del artículo 21 determina que *“[l]a no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”*, pero, por otro lado, en el inciso 2º de su artículo 3º se precisa que *“[e]l pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*, a lo cual el parágrafo de ese mismo artículo 3º añade que *“[s]i en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”*.

Además, la definición sobre el alcance de las normas aludidas de la Ley 1563 y de aquellas que resulten relacionadas o conexas con las mismas, como es natural, también deberá consultar otras disposiciones procesales que integran

el contexto normativo en las cuales aquellas se encuentran inmersas, puesto que en modo alguno podrá dejarse de lado la consideración –de la mayor importancia, por cierto– de que aun ante la no interposición de excepciones por parte de la demanda –lo cual podría incluir la no formulación de la excepción de existencia de pacto arbitral– al Juez de lo Contencioso Administrativo le compete declararlas de oficio cuando las encuentre debidamente acreditadas en el proceso, tal como lo determina el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, tanto en el numeral 6 de su artículo 180 como, particularmente, en el inciso 2º de su artículo 187 en el cual se dispone, de manera mandatoria, que “[e]n la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”.

En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá³³, no sin antes precisar, con el fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es el 9 de mayo de 2002. Adicionalmente y según las directrices trazadas por la Corte Constitucional en su Sentencia C-662 de 2004³⁴, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

En mérito de lo expuesto,

³³ El Contrato No. 1293 de 27 de agosto de 1998 no fijó la sede del Tribunal de Arbitramento, sin embargo es claro que la ciudad de Bogotá corresponde al domicilio de la entidad demandada.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: **“SEGUNDO. Declarar inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.”** (Se subraya)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual giran las controversias planteadas en la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., para lo de su cargo y señalar que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, es decir 9 de mayo de 2002.

TERCERO: SEÑALAR el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ