NULIDADES INSANEABLES – Competencia del funcionario judicial para declarar de oficio

La Sala precisa que los artículos 145 y 306 del Código de Procedimiento Civil, establecen que una vez el funcionario judicial encuentre como probados los hechos constitutivos de una nulidad insanable o de una excepción al momento de proferir sentencia deberá reconocerla y declararla de oficio, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, excepciones éstas que deben ser alegadas oportunamente a efectos de que el juez pueda proceder a declararlas. Tal disposición guarda armonía con lo reglado también en el inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, que en su tenor literal enseña que “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. “De esta forma, se entiende que fue el mismo legislador quien le otorgó al juez la competencia y el deber de declarar de oficio las nulidades insanables o excepciones que encontrara probadas salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES –** **Jurisdicción arbitral**

De acuerdo con lo dicho, es evidente que la ley le impone al juez verificar oficiosamente si esta es la jurisdicción llamada a conocer de una determinada controversia, para lo cual, la Sala considera que se estará en presencia de un evento de falta de jurisdicción en aquellos casos en que un proceso judicial ha sido puesto en conocimiento a un Juez perteneciente a una especialidad diferente a la instituida en el ordenamiento jurídico; para tal efecto, es preciso advertir que si bien es cierto que la jurisdicción, como tal, hace referencia a una de las tres ramas del poder público, a la cual se le ha encomendado la administración de justicia; el diseño constitucional colombiano establece diversas “jurisdicciones”, las cuales deben ser entendidas como ramificaciones dentro del poder judicial del Estado, razón por la cual se configura una falta de jurisdicción, a título ejemplificativo, cuando el ordenamiento jurídico disponga que el conocimiento de un asunto corresponde a la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, habiendo sido adelantado éste ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o, cuando habiéndose suscrito cláusula compromisoria o compromiso, una de las partes de dicho negocio jurídico acude a los jueces institucionales para demandar una controversia reglada por tales pactos; conforme se explicará a continuación. Sobre el alcance de la figura del pacto arbitral como instrumento procesal que abre las puertas para que el conocimiento de la acción de controversias contractuales sea de conocimiento de los jueces ad-hoc, por vía de un Tribunal de Arbitramento… En este orden de ideas, siendo la suscripción de la cláusula compromisoria o el compromiso una habilitación expresa y por escrito de las partes para que sus controversias sean conocidas por particulares investidos con jurisdicción ad-hoc, debe reiterarse la tesis expuesta por el pleno de la Sección Tercera en providencia de 18 de abril de 2013, en donde precisó que dada la solemnidad constitutiva del pacto arbitral, en un documento por escrito contentivo de una manifestación expresa y conjunta de las partes sobre la habilitación a los particulares para impartir justicia, se debía proceder del mismo modo para que este se entendiera derogado, es decir, extendiendo nuevamente un documento en donde las partes de manera explícita dejan sin efecto –total o parcialmente- la habilitación para acudir ante la justicia arbitral. De este modo, la Sección recogió la anterior tesis según la cual bastaba el silencio de la parte demandada, al momento de contestar la demanda, para entender derogado tácitamente la jurisdicción arbitral y, seguidamente, derivar de dicho mutismo la aquiescencia del accionado en el trámite del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, la cláusula arbitral no se constituye en jurisdicción alternativa a la de los jueces institucionales según la voluntad unilateral de las partes sino que, por el contrario, genera el efecto de sustraer del conocimiento de los jueces un asunto de manera definitiva, siempre que conserve validez dicho negocio jurídico, de allí que provenga el vicio de nulidad, por falta de jurisdicción, cuando se actúe en contravía de lo pactado en la cláusula.

**CLÀUSULA ARBITRAL – Vigencia – Efectos – Correcta derogación**

La cláusula vigésima quinta establece los mecanismos para la solución de controversias entre las partes, las cuales se diferencian según fuese el motivo de la controversia, ya que si éstas surgen por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidos utilizando mecanismos agiles de solución, mientras que si se trata de diferencias insalvables – como en este caso -, la decisión de las partes fue la de consignar expresamente una cláusula compromisoria por medio de la cual la entidad y el consorcio contratista han convenido que esas diferencias serán sometidas de común acuerdo a la jurisdicción arbitral a fin de solucionar sus controversias. La Sala advierte que si bien la parte demandante afirma que solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, sin embargo la apoderada de la SED manifestó la falta de voluntad de la entidad para someterse al tribunal arbitral, y que la entidad no prestaba su consenso para tal fin, lo que trajo como consecuencia que el centro de arbitraje devolviera las diligencias; en el plenario no obra documento suscrito por las partes en donde se hubiere derogado expresamente la cláusula arbitral en comento, y a partir del cual colegir que las partes contratantes manifestaron su voluntad de renunciar expresamente a la cláusula compromisoria pactada, razón por la cual se entiende que el pacto arbitral continúa vigente y cuyos efectos no pueden ser desconocidos unilateralmente por una de las partes. En conclusión, la vigencia y efectos de la cláusula compromisoria pactada se justifica por las siguientes razones a saber: *a).-* La administración pública en desarrollo del principio de planeación que rige toda la actividad contractual estimó pactar la cláusula compromisoria en el contrato No 142 del 23 de diciembre de 2003. b) Las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de sus facultades constitucionales y legales expresamente acordaron someter las controversias insalvables que eventualmente pudieran surgir entre ellas con ocasión del citado contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento. c) Las controversias surgidas en razón del contrato No. 142 no se encuentran contempladas dentro de las excepciones a la justicia arbitral, es decir no hacen referencia a actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. d) De las pruebas arrimadas al plenario no se logró acreditar que las partes hubieran renunciado expresamente al pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima quinta del contrato No 142. e) El juez contencioso administrativo no puede restarle eficacia jurídica a la cláusula compromisoria convenida entre las partes. f) En los términos previstos en el artículo 306 y 145 del Código de Procedimiento Civil, es deber del juez contencioso administrativo declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción o las nulidades insanables que observe.

**NULIDADES ABSOLUTAS – Función**

Se podría contra argumentar en este asunto, que a raíz de la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la parte actora quedó como apelante único, lo que implicaría en principio no hacerle más gravosa la situación de aquel - reformatio in pejus -; sin embargo este principio admite como excepción, además del evento en “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”; en todos aquellos casos cuando se está en presencia de las denominadas nulidades absolutas – sustanciales o adjetivas – que son sanciones que prevé la ley para aquellos trámites judiciales o negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta – sustancial o adjetiva - es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas. Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, donde se incurrió en la causal de nulidad insaneable prevista en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C., en concordancia con el inciso 2º del numeral 6 del artículo 144 y 145 ibídem, normas que resultan aplicables en este caso por virtud del mandato expreso del artículo 267 del C.C.A y 308 del CPACA, el decreto oficioso de la nulidad absoluta conlleve la violación del principio de la reformatio in pejus, porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.

**DECLARACIÓN DE NULIDAD – Falta de competencia**

En conclusión, la Sala encuentra demostrado que en el presente asunto ésta jurisdicción carece de competencia para resolver las controversias originadas en la celebración y ejecución del contrato No 142 de 23 de diciembre de 2003 celebrado entre las partes, de forma tal que procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado en este asunto, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, en adelante y como consecuencia de lo anterior, declarar probada la falta de jurisdicción y ordenara remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que se adelante el correspondiente procedimiento arbitral. Para el efecto, en atención a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 95 del Código General del Proceso, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia los interesados deberán promover los trámites correspondientes al proceso arbitral.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E)**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02168-01(38860)**

**Actor: CONSTRUCTORA CANAÁN S.A Y OTROS**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Contenido: Descriptor: Falta de jurisdicción por existencia de cláusula compromisoria dentro del contrato estatal /Restrictor:/ Competencia del funcionario judicial para declarar de oficio las excepciones o nulidades insaneables que encuentre probadas /La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral/El pacto arbitral - la cláusula compromisoria y el compromiso /Renuncia al pacto arbitral ­a la Cláusula Compromisoria.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 03 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Se advierte que la parte demandada también interpuso el recurso de apelación, pero por auto de 24[[1]](#footnote-1) de noviembre de 2010, se le declaró desierto por no haberlo sustentado en los términos de ley.

El Tribunal declaró parcialmente incumplido el contrato de obra No. 142 de 2003 suscrito entre el Consorcio Canaán – EGL 2004 y la Secretaría de Educación Distrital y consecuencialmente condenó al Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital a pagar las sumas de $ 3.196.925.69 y 15.865.517.52, por concepto de intereses causados con ocasión del pago tardío en las actas parciales de obra e intereses por créditos de tesorería y de sobregiros bancarios contabilizados entre 25 de mayo y 26 de septiembre de 2005, respectivamente.

Finalmente negó las restantes pretensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

En demanda presentada el 28 de noviembre de 2006, por el Consorcio Canaán – EGL 2004 contra el Distrito Capital – Secretaría de Educación, la demandante solicitó que se ordenara el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal No. 142 de 2003, ocurrido como consecuencia del aumento inusitado y grave del precio del acero.

Solicitó además que la entidad demandada incumplió el contrato estatal, al no cumplir en la oportunidad contractual con el pago del precio del contrato; se ordene el pago del valor de las mayores obras ejecutada y se reconozcan y paguen los gastos financieros en que incurrió el consorcio para atender los pagos de ejecución de las obras, por el tardío desembolso del anticipo, por la mora en los pagos. (fols. 12 a 20 C.1)

**2. Hechos**

2.1. Entre el Consorcio Canaán – integrado por las firmas Canaán S.A., y Edgar Gómez Lucena y Asociados se celebró el contrato de obra No. 142 suscrito el 23 de diciembre de 2003, cuyo objeto consistía en *“la ejecución de la construcción por fases de la I.E.D. El Uval, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra”, ubicado en la carrera 3 Este No. 101ª – 01 Sur de la localidad No 5 de Usme”.*

2.2. La duración del contrato era de trescientos (300) días calendario. En la cláusula primera del referido contrato se dispuso que las obligaciones del constructor se ejecutarían *“…de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados a la Secretaría de Educación por el Diseñador responsable Esguerra & Useche”.*

2.3. El 25 de marzo de 2004, se suscribió el “acta de iniciación de obras”, desconociéndose lo previsto en el pliego de condiciones y lo pactado en la cláusula primera del contrato, toda vez que estos documentos suponían la consecución de la licencia de construcción a la iniciación de las obras y la obligación del contratista se concretaba a realizar los trámites faltantes para la actualización de la misma.

2.4. Sin embargo, el Consorcio Canaán – EGL 2004, se vio en la obligación de realizar los trámites de la licencia en un tiempo que sobrepasó las previsiones establecidas en las normas vigentes, porque la licencia de construcción fue expedida en 151 días hábiles, cuando lo previsible para dicho trámite eran 45 días hábiles de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 1052 de 1998. Acordándose en el pliego de condiciones y en el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato que, *“El constructor será responsable de los trámites faltantes para la actualización de la licencia de construcción antes de la fecha de iniciación de las obras”.* En consecuencia, la obligación del contratista se circunscribía a realizar la terminación de los trámites de actualización, sin embargo terminó realizando los trámites de una licencia nueva y no de su actualización, en razón a que aquella no había sido expedida.

2.5. Durante la realización del trámite de la licencia de construcción el proyecto urbanístico fue modificado de manera importante, por incumplimiento de normas urbanísticas por parte de la entidad solicitante, en las siguientes zonas:

* Se modificó el plano de parqueaderos y acceso a los mismos.
* Se modificaron los aislamientos y antejardines, obligando a desplazar el inicio de rampas y escaleras a partir del antejardín.
* Se eliminaron las obras que correspondían a canchas y circulaciones que se encontraban en la zona de control ambiental contra la quebrada “La Chuniza” – Sector norte del proyecto -.
* Se modificaron los trazados del cerramiento perimetral, ya que algunos de estos abarcaban zonas de aislamientos.

2.6.- Todo lo anterior condujo a que existieran diferencias urbanísticas entre el proyecto original con el que fue preparada la oferta presentada y las obras que quedaron aprobadas por la curaduría No 3 en la licencia de construcción, la cual se materializó a través de la resolución No. 0430055 del 25 de marzo de 2004; y significó para el contratista la asunción de unos costos que en ningún momento pueden ser de su responsabilidad, pues no fueron incluidos ni presupuestados en la oferta presentada, los cuales se discriminan en el párrafo 7 del numeral 3 de los hechos de la demanda.[[2]](#footnote-2).

2.7. Iniciada la obra, procediéndose a la cimentación e inicio de excavaciones. La implantación arquitectónica del proyecto obligó a realizar movilizaciones de tierra que al momento de excavar se tradujeron para el contratista en incrementos superiores al 32% del número de metros cúbicos incluidos en la oferta inicial, lo que constituye mayor cantidad de obra. De igual manera los movimientos de tierra, rellenos, taludes y tratamientos previstos para las obras de urbanismo, estuvieron muy por encima de los niveles de terreno y en otros los cortes de taludes superaron ampliamente, los que muestran los cortes y alzados del proyecto, generando mayores cantidades de obra en esta actividad.

 2.8. Que el tema de obras no previstas, quedó consignado en el numeral 2.1.6. del pliego de condiciones; y plasmado en la cláusula 3.4 del Contrato. En la revisión de planos y especificaciones técnicas, se encontró que algunos de los ítems de construcción no estuvieron contemplados y en consecuencia el 22 de noviembre mediante acta fueron compensadas. Sin embargo, no se comprende el por qué obras no previstas hechas con posterioridad, no fueron compensadas o no pueden compensarse si fueron indispensables para el adecuado funcionamiento del Centro Educativo; obras que procede seguidamente a relacionar.[[3]](#footnote-3)

2.9. Afirma, que las obras que no se ejecutaron en razón a la limitante que comportó la licencia de construcción expedida para el proyecto, no eran no previstas, sino que correspondían a mayores y menores cantidades de obra y en consecuencia debían trasladarse allí los valores que por la ejecución del proyecto tuvo que asumir el contratista.

2.10. De otra parte se le trasladó al contratista la demora en los pagos, pues se pactó en las cláusulas 8ª y 9ª, la entrega de un anticipo del 40% del valor del contrato dentro de los 30 días siguientes al cumplimiento de los requisitos legales y presupuestales a que hubiere lugar, y tres pagos parciales contra actas de recibo parcial de cada una de las etapas previstas, es decir, a los 150, 240 y 300 días calendario siguientes a la firma del acta de iniciación de obras; sin embargo la entidad no efectuó el desembolso de manera oportuna, tal como a continuación se detalla.[[4]](#footnote-4)

2.11. Que la mora en el pago y la imposibilidad de obtener la autorización para el desembolso del anticipo, pues fue dado un mes después del inicio, impidieron al contratista negociar y contratar previamente el suministro y entrega de materiales necesarios para la ejecución de la obra, ocasionando la pérdida del equilibrio financiero y la carga de asumir las alzas demostrables de insumos que habrían podido congelarse.

2.12. Dice que como fue de público conocimiento, entre el primer y segundo semestre del 2004, se presentaron fenómenos imprevisibles como el alza sustancial del precio del hierro y del acero de refuerzo, originados en eventos de economía global y comercio exterior con la República de China, los cuales propiciaron alzas imposibles de prever y en consecuencia sin obligación de soportar.

2.13. En consideración al plan de contingencia que hubo de implementarse para recuperar el mayor tiempo que se tomó en la ejecución de mayores cantidades de obra, obras adicionales y no previstas, que significó para el consorcio mayores gastos administrativos, de equipos y materiales, se debe reconocer por parte de la Secretaria de Educación los costos que seguidamente se relacionan por no ser imputables al contratista.[[5]](#footnote-5)

2.14. Debido al desequilibrio económico del contrato generado en todos los aspectos motivo de reclamación, el contratista recurrió al sistema financiero a fin de apalancar económicamente el proyecto y cumplir con la entrega de las obras encomendadas en el tiempo acordado y cometer también los compromisos de pago con proveedores y subcontratistas, incrementando el desequilibrio del contrato por causas imputables a la entidad y procede a relacionar las cifras.[[6]](#footnote-6)

2.15. El 11 de julio de 2005, las partes suscribieron el acta de liquidación del Contrato No 142 de 2003, en la cual se dejó expresa y concreta reserva sobre los aspectos que son objeto de las pretensiones de la demanda.

2.16. Que conforme a la cláusula vigésima quinta del contrato No 142 de 2003, la demandante solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de ser reconocidas en esta jurisdicción las pretensiones patrimoniales, no obstante en diligencia del 29 de septiembre de 2006, la apoderada de la SED manifestó la falta de voluntad de la entidad para someterse al trámite arbitral, alegando que la convocatoria debía realizarse de común acuerdo entre las partes, y que la SED no prestaba su consenso para tal fin.

**3.- El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda y noticiado del demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas y propuso como excepciones las que denominó: “Inexistencia de la obligación”; “Falta de causa”; Buena fe y la genérica”.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad ésta que sólo fue aprovechada por las partes.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Mediante sentencia del 03 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, declaró parcialmente incumplido el contrato de obra No. 142 de 2003 suscrito entre el CONSORCIO CANAÁN – EGL 2004 y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, y consecuencialmente condenó a la entidad demandada al pago de la suma de $ 3.196.925.69 por concepto de intereses causados con ocasión del pago tardío en las actas parciales de obra y a la suma de $ 15.865.517.52, por concepto de intereses por créditos de tesorería y de sobregiros bancarios contabilizados entre 25 de mayo y 26 de septiembre de 2005; negando las demás pretensiones de la demanda y sin condena en costas.

Para tomar estas decisiones el Tribunal, luego de estudiar los presupuestos procesales de caducidad y la legitimación en la causa; de transcribir algunos apartes del pliego de condiciones, de algunas cláusulas del contrato de obra No. 142 del 23 de diciembre de 2003 y del contrato Modificatorio Uno suscrito el 24 de diciembre de 2004, expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal diciendo que la modalidad de pago pactada en el contrato de obra No 142 de 2003 fue la de “Precio Global Fijo sin reajuste”, según la cual el contratista se obligaba para con la administración a ejecutar las obras, según las cantidades e ítems contemplados en el pliego de condiciones y el contrato, que para el caso en cuestión se encontraban relacionadas en el anexo técnico 1 y formulario No. 3.

En consecuencia el contratista debía cumplir con la construcción de la IED EL UVAL en un plazo de 330 días y por un valor de $ 4.139.837.554 como quedó finalmente previsto debido a la modificación que posteriormente se realizó al contrato inicial, sin que hubiera lugar a la cuantificación de obras por cantidades ejecutadas, en la medida que la modalidad era la de precio global, de suerte que de antemano la administración en ejercicio del principio de planeación, estructuró y cuantificó la obra en las cantidades y medidas descritas en el pliego, teniendo como fundamento la elaboración de los diseños y demás estudios previos que identificaron en su totalidad los ítems necesarios para poder llevar a cabo la construcción de la institución educativa.

Si bien es cierto que el valor del contrato debió ser ampliado, por la inclusión de nuevas cantidades, no contenidas en los ítems relacionados en cada uno de los capítulos de los que se conformó la obra, lo anterior no implica que la modalidad de pago – precio global- se hubiese modificado, en razón a que el motivo o causa del Contrato Modificatorio Uno, fueron circunstancias sobrevinientes, en donde la realización de estas obras no previstas, eran necesarias para el adecuado cumplimiento de la obligación contractual y que no podían ser reconocidas mediante la cláusula de compensación, esto es, disminuyendo porcentajes en otros ítems de menor importancia.

Esto es claro, porque en los hechos de la demanda se afirma que la referida compensación se efectuó el 22 de noviembre de 2004, fecha que resulta próxima al 11 de marzo de 2005, cuando se suscribió el acta final de la obra, por lo que para la Sala y dentro de un concepto de razonabilidad, que para el 22 de noviembre de 2004 la obra estaba adelantada y resultaba más complicado entrar a reducir porcentajes en ítems de menor importancia, por lo que no era viable realizar la compensación.

Por lo anterior, la administración procedió a reconocerle al contratista las obras no previstas pero necesarias; para eso se suscribió el contrato modificatorio No. 1 que trajo consigo la adición presupuestal, que permitió equilibrar la relación contractual, reconociendo para el contratista las obras que ejecutó y no se encontraban contenidas en los anexos del contrato 142 de 2003.

Aduce la demandante que en este caso se estructura el rompimiento del equilibrio financiero del contrato porque es un hecho de público conocimiento que entre el primer y segundo semestre del 2004, se presentaron fenómenos imprevisibles como el alza sustancial del precio del hierro y del acero de refuerzo, originado en eventos de economía global y comercio exterior con la República de China, los cuales propiciaron alzas imposibles de prever y en consecuencia sin obligación de soportar.

Considera el Tribunal que la anterior circunstancia, no puede tenerse como un hecho notorio a la luz de lo normado en el inciso segundo del artículo 177 del C. de P.C., porque aquellos son acontecimientos evidentes, que se convierten en verdades axiomáticas propias, que tienen tal difusión en un medio dado que se hacen incontestables y que llevan a tal grado de certeza que resulta superior a la convicción que nace de la prueba misma, cuestión que no puede predicarse del alza del hierro y del acero, porque primeramente, no reúne las condiciones de ser público y sabido por el juez y el común de personas con una cultura mediana, pues bien pudo ser conocido únicamente por el circulo de constructores y proveedores de éstos y segundo porque aun cuando tuviera la connotación de notorio, que se repite no la tiene, lo cierto es que dentro del acervo probatorio no reposa ningún reporte que dé cuenta de los mayores costos sufragados por el contratista con ocasión de la alegada alza, por tal motivo la solicitud debe ser negada ante el incumplimiento de la carga de la prueba impuesta a la parte actora, en los términos del artículo 177 del C.P.C.

Para dilucidar el tema de la de declaratoria de incumplimiento del contrato 142 de 2003 por el no pago oportuno de las actas parciales de obra y la procedencia del reconocimiento de los gastos financieros, al haber incurrido en mora la entidad en el pago de las actas parciales números 5, 6 y 7, porque a pesar de no haberse pactado un plazo para su pago, solicita el demandante que en este caso debe dársele aplicación al artículo 885 del Código de Comercio, según el cual pasados 30 días de presentada la cuenta de cobro la administración debía cancelar su valor; el Tribunal comienza haciendo la distinción entre el retardo y la mora, y transcribe apartes de una sentencia de ésta Corporación referente a dicha distinción; para concluir diciendo que en el presente caso, la entidad sólo incurrió en retardo porque no se pactó plazo para el pago de las cuentas y porque el contratista nunca constituyó a la entidad en mora, por lo que procede a darle aplicación a lo previsto en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 80 de la ley 80, que fuera modificado tácitamente por el artículo 6 de la ley 598 de 2000, esto es liquidando un interés igual al DTF y tomado como base los días de retardo reportados por el perito en su dictamen.

En cuanto a los costos financieros reclamados por los demandantes, como consecuencia del pago tardío de las cuentas representados en los intereses que por concepto de créditos de tesorería y de sobregiros bancarios contabilizados entre febrero de 2004 y junio de 2006 cuya suma asciende según el dictamen pericial a $ 76.036.203.11, el Tribunal accedió a su reconocimiento parcial, es decir, únicamente sobre los costos financieros que tuvo que sufragar el contratista, durante el lapso en que la Secretaría de Educación se abstuvo de girar en término el pago de las actas parciales de obra.

Finalmente, en lo concerniente a las mayores cantidades de obras realizadas por el contratista, el a quo, el a quo considera que existe imposibilidad material para acceder a su reconocimiento, no solo por la naturaleza del precio global inmerso en la forma de pago, sino también porque las afirmaciones expuestas en la demanda y los documentos en los que reposan las actas parciales de obra, ponen en evidencia que durante la última etapa de ejecución de la obra emergieron condiciones sobrevinientes que alteraron las cantidades y los ítems de obra previstos, que a la postre fueron efectivamente reconocidos por la administración a través de la respectiva adición presupuestal y la parte actora no logró mediante los medios de prueba allegados, llevar la certeza al Tribunal, que las obras por él realizadas y no reconocidas por la administración, eran distintas de las ya canceladas en acta de 22 de noviembre, luego incumplieron nuevamente con la carga procesal del artículo 177 del C.P.C.

Desestima el a quo el dictamen pericial practicado por el ingeniero civil, el cual tuvo por objeto realizar unas nuevas mediciones en los ítems y cantidades de obra ejecutados por el contratista, aquel se encuentra estructurado de manera absolutamente inadecuada, pues la parte actora pasó por alto su interés en la práctica de la prueba y dejó que el perito estructurara el contenido de su informe, sin tener en ningún momento como parámetro los 22 capítulos, y los ítems de los cuales estaba conformada la obra durante el proceso precontractual y contractual, de suerte que las nuevas mediciones y los totales reportados por el perito no logran dar al Tribunal la certeza suficiente de cuáles fueron las cantidades y los ítems de obra ejecutados por el contratista que no fueron objeto de reconocimiento por parte de la administración, por lo que resulta inútil entrar analizar el contenido de una prueba que no proporciona convicción alguna de que se trata de la misma obra materia de controversia.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto las partes demandante y demandada interpusieron el recurso de apelación,[[7]](#footnote-7) a quienes se les ordenó por auto[[8]](#footnote-8) de 09 de julio de 2010, que sustentaran dentro del término de 3 días el recurso, siendo sustentado oportunamente por la parte actora[[9]](#footnote-9), guardando silencio la parte demandada y como consecuencia de lo anterior, por auto[[10]](#footnote-10) de 24 de noviembre de 2010, se admitió el recurso de apelación incoado por los demandantes y se dispuso **declarar desierto** el impetrado por la parte demandada.

Inicia su argumentación la parte actora señalando que la sentencia que se impugna se sustentó en normas no aplicables al caso concreto; en la indebida valoración de los medios de prueba; entre otras consideraciones. Dice que no se comparte la decisión de instancia en cuanto a la tasa utilizada para liquidar la mora en el pago de las actas de obra 4, 5 y 6 del contrato No 142, ni tampoco el período de mora el cual difiere sustancialmente no sólo con el determinado por el perito, sino con aquel aceptado por la demandada en sus alegatos de conclusión.

Si bien, el incumplimiento del contrato por parte de la demandada logró su demostración y aceptación por parte del Tribunal, éste acudió al artículo 6º de la ley 598 de 2000, para liquidar los intereses norma declarada parcialmente inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 384 de 2003 y cuya unidad de materia no le es aplicable a los contratos estatales.

Debe recordarse en este punto específico, es decir, la mora en el pago de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, que existe norma especial (artículo 4º, inciso final del numeral 8º de la Ley 80 de 1993), norma vigente y aplicable por su especialidad a la luz de los principios hermenéuticos al caso concreto, de manera que la tasa aplicable es la del doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Por lo que solicito se liquide la mora en el pago de las referidas actas, con base en las disposiciones antes expuestas y por otra parte se tome el periodo aceptado por la parte demandada.

En cuanto al reconocimiento de los gastos financieros, el tribunal tuvo en cuenta la experticia pero de manera parcial, sin explicar la razón por la cual los demás perjuicios financieros demostrados pericialmente no fueron reconocidos, a pesar de estar probados, porque resulta incomprensible a la luz de los principios probatorios, que un dictamen que no es materia de objeción se deje huérfano de valoración; recordando que la parte demandada no formuló reparo no objeción alguna al dictamen y por ende con mayor rigurosidad el juez debió valorarlo y fundar su decisión acompasado con los demás medios probatorios.

No es cierto que la prueba no diera convicción de que se tratara de la misma obra objeto de controversia, pues de un lado, con la demanda se aportaron las memorias de la misma, y el perito, realizó su trabajo de campo en el IED EL UVAL, como se extrae claramente de la experticia. En consecuencia, la razón expuesta por el Tribunal para no valorar el dictamen que demostró la variación del acero, el valor de las obras adicionales y de las mayores cantidades de obra, no es cierta, y por ende constituye una vía de hecho que pulveriza el derecho sustancial de mis mandantes de ser reparados y compensados patrimonialmente ante la ocurrencia de un fenómeno como el desequilibrio del contrato por variación de precios del contrato estatal, y por otra parte para ser compensados con el valor de las obras adicionales y mayores cantidades ejecutadas y no pagadas por la SED.

Insiste el recurrente, que está probado hasta la saciedad que el contrato de obra No. 142 de 2003, celebrado bajo la modalidad de precio global fijo como forma de pago, tuvo hechos sobrevinientes que obligaron al contratista a ejecutar mayor cantidad de obras y obras adicionales, algunas de ellas compensadas por la SED pero de manera parcial como lo demostró el peritaje.

Otro aspecto que merece claridad es sobre la duda de la Sala del Tribunal de si en las cantidades reclamadas están contempladas las obras reconocidas en el acta de compensaciones del 22 de noviembre de 2004, al respecto podemos afirmar que ellas no son parte de las cantidades en discordia, lo cual se puede evidenciar al verificar que la descripción de los ítems y cantidades que constituyen el acta de compensaciones, que se trascribe a continuación, no se encuentran en las mayores cantidades de obra ejecutada y no pagada por la entidad contratante que se relacionaron en los cuadros de mayores cantidades de obra, obras no previstas y obras adicionales arriba transcritos que son los mismos relacionados en la demanda.

IV. El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

**V. CONSIDERACIONES.**

Previo a decidir, debe pronunciarse la Sala sobre la satisfacción de los presupuestos procesales que permitan abordar de fondo la cuestión litigiosa puesta a su consideración, verificando, en primer lugar, si esta es la Jurisdicción llamada a conocer de esta controversia.

**5.1. Competencia del funcionario judicial para declarar de oficio las nulidades insaneables o excepciones que encuentre probadas.**

La Sala precisa que los artículos 145 y 306 del Código de Procedimiento Civil, establecen que una vez el funcionario judicial encuentre como probados los hechos constitutivos de una nulidad insaneable o de una excepción al momento de proferir sentencia deberá reconocerla y declararla de oficio, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, excepciones éstas que deben ser alegadas oportunamente a efectos de que el juez pueda proceder a declararlas.

Tal disposición guarda armonía con lo reglado también en el inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, que en su tenor literal enseña que “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.”.

De esta forma, se entiende que fue el mismo legislador quien le otorgó al juez la competencia y el deber de declarar de oficio las nulidades insaneables o excepciones que encontrara probadas salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

**5.2. La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral.**

De acuerdo con lo dicho, es evidente que la ley le impone al juez verificar oficiosamente si esta es la jurisdicción llamada a conocer de una determinada controversia, para lo cual, la Sala considera que se estará en presencia de un evento de falta de jurisdicción en aquellos casos en que un proceso judicial ha sido puesto en conocimiento a un Juez perteneciente a una especialidad diferente a la instituida en el ordenamiento jurídico; para tal efecto, es preciso advertir que si bien es cierto que la jurisdicción, como tal, hace referencia a una de las tres ramas del poder público, a la cual se le ha encomendado la administración de justicia; el diseño constitucional colombiano establece diversas “jurisdicciones”, las cuales deben ser entendidas como ramificaciones dentro del poder judicial del Estado[[11]](#footnote-11), razón por la cual se configura una falta de jurisdicción, a título ejemplificativo, cuando el ordenamiento jurídico disponga que el conocimiento de un asunto corresponde a la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, habiendo sido adelantado éste ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o, cuando habiéndose suscrito cláusula compromisoria o compromiso, una de las partes de dicho negocio jurídico acude a los jueces institucionales para demandar una controversia reglada por tales pactos; conforme se explicará a continuación.

Sobre el alcance de la figura del pacto arbitral como instrumento procesal que abre las puertas para que el conocimiento de la acción de controversias contractuales sea de conocimiento de los jueces ad-hoc, por vía de un Tribunal de Arbitramento, la Sala Plena de Sección ha tenido oportunidad de señalar las siguientes consideraciones en providencia de 6 de junio de 2013:

*“****La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral. El pacto arbitral[[12]](#footnote-12).***

*En el derecho administrativo colombiano las controversias surgidas de las relaciones contractuales del Estado no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contenciosa administrativa. Precisamente, con el ánimo de garantizar a los asociados, la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negóciales del Estado, y con el propósito de obtener, la seguridad jurídica necesaria para mantener la suficiente fluidez en el trafico jurídico y la confiabilidad indispensable en las instituciones, se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestra legislación[[13]](#footnote-13), pero sobre todo acentuado, con la entrada en vigencia de la constitución política[[14]](#footnote-14) de 1991, un complejo sistema de justicia alternativa, que en materia de litigios contractuales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes, con ocasión de la actividad contractual y, de la utilización de ser del caso, de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, amigable composición, transacción y cualquiera otra de los previstas en la ley[[15]](#footnote-15), sin que de manera alguna puedan ser estos mecanismos, objeto de restricciones o limitaciones por la administración o por cualquier interesado, prohibiéndose de manera expresa por el ordenamiento actitudes de esta naturaleza[[16]](#footnote-16).*

*En este contexto, se destaca por su utilidad, necesidad y procedencia la figura del arbitramento[[17]](#footnote-17), la cual, fundada en razones de planeación del contrato y autonomía y voluntariedad de las partes que se concretan en el denominado pacto arbitral[[18]](#footnote-18) permiten dar vida jurídica a la posibilidad de que árbitros habilitados juzguen las diferencias surgidas de la relación negocial del Estado[[19]](#footnote-19).*

*El consentimiento forjado para la administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, y consolidado en el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato mismo, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado compromiso, en ambos casos, con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias[[20]](#footnote-20).*

*Esta orientación se deduce sin mayores dificultades de la redacción de los artículos 68 y 69 de la ley contractual del Estado, disposiciones incorporadas en los artículos 226 y 227 del decreto 1818 de 1998 y en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, al disponer precisamente que las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a cualquiera de los mecanismos anteriormente señalados, o incorporando en los contratos, estipulaciones que privilegien este tipo de soluciones, frente a los conflictos y discrepancias que surjan de la relación contractual.*

*Esta decisión del legislador, de retomar los senderos de la solución directa y pacífica de las diferencias contractuales, se acentúa en la redacción del artículo 69 del mencionado estatuto, al indicar, que las autoridades, no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales, ni establecer prohibiciones en torno a la posibilidad de acudir al arbitramento, para resolver los conflictos que se presenten en todo lo relacionado con los contratos del Estado. Esto es, se abren todas las posibilidades para que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerden cuando lo consideren, habilitar árbitros para que diriman las diferencias o litigios emanados de la relación contractual****[[21]](#footnote-21)****.*

*De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares, en concordancia con los artículos 70 a 72 de la ley 80 de 1993 incorporados en los artículos 228 a 230 del decreto 1818 de 1998 o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de*

*la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversia que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible[[22]](#footnote-22). Habilitación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbítrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso y a las cuales acude la administración a partir de los razonables análisis y justificaciones sustentadas en la planeación del negocio mismo. Esto es, que la decisión de acudir a esta habilitación tiene adicionalmente sus soportes en el principio de planeación de los contratos públicos.*

*En este sentido, se puede sostener que esta forma alternativa de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la administración, debidamente soportada en los estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual, aceptada por la otra parte negocial, consentimiento este, que es aceptado y reconocido por la Constitución Política en el inciso cuarto del su artículo 116, como un mecanismo valido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido, la autonomía de la voluntad[[23]](#footnote-23), entonces, es el sustento supremo del mecanismo arbitral; su indiscutible base de carácter material, que determina los alcances, limitaciones y sobre todo conforma el ámbito de sus competencias funcionales[[24]](#footnote-24). Indica la disposición que “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”.*

*El principio se retoma, así mismo en la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", al desarrollar el anterior precepto constitucional, sin embargo, la ley estatutaria lo hace bajo la advertencia, en su artículo 8 de proclamar como una regla fundamental para la administración de justicia el de la alternatividad de mecanismos para la solución de los conflictos entre los asociados, destacándose entonces, la tendencia a abandonar como vía única frente a los de los litigios, la de la solución jurisdiccional tradicional y aceptándose otras alternativas, entre ellas la de la administración de justicia por árbitros habilitados por las partes dentro de los términos de la constitución y la ley. Es así como, en el artículo 13 No 3 de esta misma codificación estatutaria al referirse al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares determina que la justicia en Colombia, puede ser ejercida entre otros por los árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.*

*Esto es, al elevarse a norma suprema y ser esta desarrollada por la ley estatuaria de la administración de justicia, en el sentido de que las partes de un contrato, pueden habilitar árbitros para conformar tribunales tendientes a resolver conflictos con fuerza vinculante y de carácter judicial, en asuntos que puedan ser susceptibles de transacción, se incorpora al ordenamiento constitucional, un típico principio negocial, fundamentador de la capacidad constructiva de la autonomía de la voluntad, como es el de la habilitación consensuada para instituir autoridades y sobre todo para determinarles el contenido sustancial de sus competencias[[25]](#footnote-25).*

*La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negóciales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial[[26]](#footnote-26), siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiere considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomendaron justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho.*

*Esto con una limitante trascendental, la de que tan solo es procedente en los litigios que pudieren ser objeto de transacción entre las partes, lo cual excluye[[27]](#footnote-27), en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual[[28]](#footnote-28).*

*En la perspectiva estrictamente legal, esta es la orientación que las normas reguladoras del arbitramento le otorgan a la institución[[29]](#footnote-29), al aceptarla como una habilitación de árbitros, a particulares, para que actuando a través de tribunales, por ellos conformados, definan con fuerza de decisión judicial un conflicto entre partes interesadas[[30]](#footnote-30). Se trata en términos de la ley de “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, así como también en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012).*

*El consentimiento de las partes contratantes tendiente a la habilitación de árbitros, en consecuencia la renuncia a la jurisdicción contenciosa y la conformación de los tribunales pertinentes se solemniza a través de pactos arbítrales que pueden según las circunstancias adoptar la modalidad de cláusula compromisoria y compromiso, así se deduce de la redacción del artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, el 117 del decreto 1818 de 1998 y los artículos 4º y 6º de la Ley 1563 de 2012.*

*La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales[[31]](#footnote-31) litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente*

*aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de las materias que se someterían a conocimiento de ellos[[32]](#footnote-32).*

*Esta intención también puede estar contenida en documento anexo al contrato caso en el cual para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.*

*La cláusula compromisoria, tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes[[33]](#footnote-33). (Artículo 70 de la ley 80 de 1993, 228 del decreto 1818 de 1998 en concordancia con el 118 y 120 de este mismo decreto, artículo 4º del Decreto 2279 de 1989 y artículos 4º y 5º de la Ley 1563 de 2012)*

*El compromiso, que igualmente es un negocio jurídico autónomo, al contrario de lo que ocurre con la cláusula compromisoria, tiene como punto de partida la existencia[[34]](#footnote-34) de un litigio presente y determinado emanado de un contrato estatal, se trata por lo tanto de un pacto en el cual las partes acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual a la decisión de los árbitros y relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo[[35]](#footnote-35).*

*En general el pacto arbitral goza de plena autonomía en cualquiera de sus modalidades, ordenando en virtud del artículo 116 constitucional de manera excepcional y transitoria la*

*jurisdicción que asumirá los litigios acordados por las partes. En este sentido, el pacto debe ser no solo reconocido por las autoridades, sino respetado y acatado con toda la fuerza e intensidad que el ordenamiento constitucional le brinda, en especial cuando se intenten acciones o mecanismos procesales por fuera de sus parámetros materiales. La existencia del pacto enerva cualquier posibilidad de actuación por parte de las autoridades contencioso administrativas en cuanto la configuración de una clara hipótesis de ausencia sustancial de jurisdicción para actuar válidamente en relación con los litigios que le fueren puestos a su consideración.”[[36]](#footnote-36)*

En este orden de ideas, siendo la suscripción de la cláusula compromisoria o el compromiso una habilitación expresa y por escrito de las partes para que sus controversias sean conocidas por particulares investidos con jurisdicción ad-hoc, debe reiterarse la tesis expuesta por el pleno de la Sección Tercera en providencia de 18 de abril de 2013, en donde precisó que dada la solemnidad constitutiva del pacto arbitral, en un documento por escrito contentivo de una manifestación expresa y conjunta de las partes sobre la habilitación a los particulares para impartir justicia, se debía proceder del mismo modo para que este se entendiera derogado, es decir, extendiendo nuevamente un documento en donde las partes de manera explícita dejan sin efecto –total o parcialmente- la habilitación para acudir ante la justicia arbitral[[37]](#footnote-37).

De este modo, la Sección recogió la anterior tesis según la cual bastaba el silencio de la parte demandada, al momento de contestar la demanda, para entender derogado tácitamente la jurisdicción arbitral y, seguidamente, derivar de dicho mutismo la aquiescencia del accionado en el trámite del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, la cláusula arbitral no se constituye en jurisdicción alternativa a la de los jueces institucionales según la voluntad unilateral de las partes sino que, por el contrario, genera el efecto de sustraer del conocimiento de los jueces un asunto de manera definitiva, siempre que conserve validez dicho negocio jurídico, de allí que provenga el vicio de nulidad, por falta de jurisdicción, cuando se actúe en contravía de lo pactado en la cláusula. Sobre tales cuestiones reflexionó la providencia de 18 de abril de 2013 en los siguientes términos:

*“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 ha de decidir el conflicto entre ellas 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 puede conocer y decidir sobre el particular.*

***En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C****.”[[38]](#footnote-38)* (Resaltado propio)

**5.3- La solución del caso concreto**

Revisado el expediente se encuentra demostrado que el 23 de diciembre de 2003 se celebró entre el Consorcio demandante y la entidad demandada el Contrato de obra No. 142, por virtud del cual aquel se obligó a realizar la ejecución de las obras de construcción de la I.I. El Uval, ubicado en la carrera 3 este No. 1010 A – 01 sur de la localidad No. 5 de Usme de Bogotá D.C., por el sistema de precio global sin reajustes.[[39]](#footnote-39)

En la cláusula vigésima quinta acordaron que las diferencias o controversias insalvables originadas con ocasión de su celebración se someterían a la decisión de un tribunal de arbitramento en los siguientes términos:

*"****VIGÉSIMA QUINTA DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES:*** *Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, serán sometidas de común acuerdo a un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros designados de común acuerdo entre las partes o en su defecto, por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual sesionará en Bogotá y fallará en derecho, de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes”.*

Como se observa, la cláusula vigésima quinta establece los mecanismos para la solución de controversias entre las partes, las cuales se diferencian según fuese el motivo de la controversia, ya que si éstas surgen por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidos utilizando mecanismos agiles de solución, mientras que si se trata de diferencias insalvables – como en este caso -, la decisión de las partes fue la de consignar expresamente una cláusula compromisoria por medio de la cual la entidad y el consorcio contratista han convenido que esas diferencias serán sometidas de común acuerdo a la jurisdicción arbitral a fin de solucionar sus controversias.

La Sala advierte que si bien la parte demandante afirma que solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, sin embargo la apoderada de la SED manifestó la falta de voluntad de la entidad para someterse al tribunal arbitral, y que la entidad no prestaba su consenso para tal fin, lo que trajo como consecuencia que el centro de arbitraje devolviera las diligencias; en el plenario no obra documento suscrito por las partes en donde se hubiere derogado expresamente la cláusula arbitral en comento, y a partir del cual colegir que las partes contratantes manifestaron su voluntad de renunciar expresamente a la cláusula compromisoria pactada, razón por la cual se entiende que el pacto arbitral continúa vigente y cuyos efectos no pueden ser desconocidos unilateralmente por una de las partes.

En conclusión, la vigencia y efectos de la cláusula compromisoria pactada se justifica por las siguientes razones a saber:

*a).-* La administración pública en desarrollo del principio de planeación que rige toda la actividad contractual estimó pactar la cláusula compromisoria en el contrato No 142 del 23 de diciembre de 2003.

b) Las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de sus facultades constitucionales y legales expresamente acordaron someter las controversias insalvables que eventualmente pudieran surgir entre ellas con ocasión del citado contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento[[40]](#footnote-40).

c) Las controversias surgidas en razón del contrato No. 142 no se encuentran contempladas dentro de las excepciones a la justicia arbitral, es decir no hacen referencia a actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

d) De las pruebas arrimadas al plenario no se logró acreditar que las partes hubieran renunciado expresamente al pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima quinta del contrato No 142.

e) El juez contencioso administrativo no puede restarle eficacia jurídica a la cláusula compromisoria convenida entre las partes.

f) En los términos previstos en el artículo 306 y 145 del Código de Procedimiento Civil, es deber del juez contencioso administrativo declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción o las nulidades insaneables que observe.

Se podría contra argumentar en este asunto, que a raíz de la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la parte actora quedó como apelante único, lo que implicaría en principio no hacerle más gravosa la situación de aquel - reformatio in pejus -; sin embargo este principio admite como excepción, además del evento en “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”; en todos aquellos casos cuando se está en presencia de las denominadas nulidades absolutas – sustanciales o adjetivas – que son sanciones que prevé la ley para aquellos trámites judiciales o negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.

Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta – sustancial o adjetiva - es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.

Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, donde se incurrió en la causal de nulidad insaneable prevista en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C., en concordancia con el inciso 2º del numeral 6 del artículo 144 y 145 ibídem, normas que resultan aplicables en este caso por virtud del mandato expreso del artículo 267 del C.C.A y 308 del CPACA, el decreto oficioso de la nulidad absoluta conlleve la violación del principio de la reformatio in pejus, porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único[[41]](#footnote-41).

En conclusión, la Sala encuentra demostrado que en el presente asunto ésta jurisdicción carece de competencia para resolver las controversias originadas en la celebración y ejecución del contrato No 142 de 23 de diciembre de 2003 celebrado entre las partes, de forma tal que procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado en este asunto, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, en adelante y como consecuencia de lo anterior, declarar probada la falta de jurisdicción y ordenara remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que se adelante el correspondiente procedimiento arbitral.

Para el efecto, en atención a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 95 del Código General del Proceso, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia los interesados deberán promover los trámites correspondientes al proceso arbitral.[[42]](#footnote-42).

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

**R E S U E L V E**

**REVOCAR** la sentencia del 03 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción.

**SEGUNDO: REMITIR** una vez en firme esta decisión, el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para todos los efectos legales, debe tomarse como fecha de presentación de la demanda el 28 de noviembre de 2006.[[43]](#footnote-43)

**TERCERO: INFÓRMESELE** a los interesados que, de conformidad con el numeral 4º del artículo 95 del Código General del Proceso, cuentan con el término de 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia para promover los trámites correspondientes al proceso arbitral.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Aclaro Voto Cfn**

**Rad. 45.215-15**

1. Folios 318 y 319. C. 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 22. C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folio 24, ib. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folio 26, ib. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folio 28. C.1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver párrafo final pág. 28, ib. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 283 y 284. C. 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 292, ib. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 293 a 311, ib. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 318 y 319, ib. [↑](#footnote-ref-10)
11. Como lo ha puesto de presente la jurisprudencia constitucional al señalar que apelando a razones de naturaleza política o de eficiencia en la administración de justicia se optó por ramificarla en jurisdicciones especiales: “La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley.

Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado.

Conforme a lo anterior, la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”. Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2000. M.P.: Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-11)
12. El control de constitucionalidad y legalidad de la actividad de la administración: Aproximación a la justicia contencioso administrativa en Colombia. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Febrero 26 de 1998. C.p Daniel Suarez Hernández Exp No 11477. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. " La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que Laubadere define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2° del Código Judicial de 1.931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2ª de 1.938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1.970) y de Comercio (Decreto 410 de 1.971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica. "Mediante una de estas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4ª de 1.964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: "Artículo 13.- Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la ley 2ª. de 1.938, las diferencias que se presenten con los contratistas. "Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos administrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2ª de 1.938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial. " Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1.976 y en el 76 del Decreto 222 de 1.983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será "en la forma prevista en el Código de Comercio", y en ambos se ordena que "el fallo será siempre en derecho". [↑](#footnote-ref-13)
14. Constitución Política de Colombia. Artículo 116 “…. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad, en los términos que determine la ley.” [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 80 de 1993. Artículo 68º.- De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Parágrafo.- Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 80 de 1993. Artículo 69º.- De La Improcedencia De Prohibir La Utilización De Los Mecanismos De Solución Directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Múltiples son las definiciones de lo que se entiende por arbitramento o arbitraje. El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, define el arbitraje como un “...mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...”. Otra definición señala que “...es una figura jurídica que consiste en la resolución de las diferencias surgidas entre dos o más personas por un tercero a cuya decisión se someten las partes libre y voluntariamente...”. ALBANES MEMBRILLO, Antonio. El Arbitraje y el Contrato de Seguro. En: Revista Española de Derecho de Seguros, Nº 55, Madrid, julio-septiembre, 1988, p. 64. Otra definición también cercana al Derecho de Seguros indica que es “...el escenario procedimental al cual las partes contratantes, en desarrollo de su autonomía privada, alternativamente acuden en procura de resolver, con carácter definitivo, sus controversias –potenciales o puras y simples- confiando su resolución a particulares denominados árbitros que, transitoriamente, por imperio de la Ley, son investidos de los mismos poderes inherentes a los jueces y magistrados ordinarios (justicia estática). El Arbitraje y la Mediación en el Derecho de Seguros: Visión Comparada –Arquetipos de Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos Derivados del Contrato de Seguro-. Ponencia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros – ACOLDESE en el marco del IV Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA-CILA, celebrado en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 1995, p. 9. Una visión más global acerca de la definición de arbitraje la encontramos en las siguientes citas: “...es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas –por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica- a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas...”. FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis & CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Derecho Mercantil Internacional. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 709; “...Se entiende por arbitraje la institución de una justicia privada merced a la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción de Derecho Común, con el objeto de resolverlos por parte de individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar...”. ROBER, Jean. L’Arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé. Paris: Dalloz, 1983, p. 3 y “...el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión...”. BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1994, p. 4. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 115 de la Ley 446 de 1998. Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

“Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.” Artículo incorporado en el Decreto 1818 de 1998, artículo 117, publicado en el Diario Oficial No. 43.380, del 07 de Septiembre de 1998, “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993. **Artículo  70º.-** *De la Cláusula Compromisoria.*En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramiento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltran Sierra. “La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental” [↑](#footnote-ref-20)
21. El contrato del Estado frente a la justicia arbitral. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 de 2000. Mp Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp No 16973. [↑](#footnote-ref-22)
23. La Jurisprudencia Constitucional ha resaltado el papel determinante, que tiene en este asunto la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decidirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual, de optar por su uso. Corte Constitucional. Sentencia C – 294 de 1995. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1997. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 27 de 2002. C.p María Elena Giraldo Gómez Exp No 21040. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . “Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulen las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar o la congruencia del laudo o su eventual nulidad” [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 7 de 2002. C.p Jesús María Carrillo Ballesteros Exp No21943. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. “Esta misma Sala ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, 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. El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta, autoriza, patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la Ley y todas las garantías procésales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios”. [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales". [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional. Sentencia T -058 de 2009. Mp Jaime Araujo Rentería. “.. debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltrán Sierra. “De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación "no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, \_"... Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”. [↑](#footnote-ref-28)
29. “...La Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 29 de 1969 que declaró exequibles los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931 y la Ley 2ª de 1938, expresó que: ‘El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...”. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional Sentencia C-242 de 1997 Mp. Hernando Herrera Vergara el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”*.* [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. “Dicho de otra manera, cuando las partes deciden suscribir la cláusula compromisoria, aún no existe el conflicto, por lo que surge para los árbitros la libertad, obviamente dentro de los límites que les fija la ley, para resolver sobre las cuestiones litigiosas que les son puestas a su consideración; al paso que en tratándose del compromiso, entre las partes ya existe el conflicto, y por tanto, éstas delimitan de modo preciso el ámbito de competencia de los árbitros”. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Julio 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 19333. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. “Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, debe entenderse que se extiende a los conflictos derivados del contrato que le sirvió de fuente, pero, con las limitaciones que imponen la Constitución y la ley. De igual manera, cabe precisar que aun cuando en el pacto arbitral, o en las pretensiones de la demanda, o en la correspondiente contestación, se propongan al conocimiento del tribunal de arbitramento asuntos que por disposición legal escapan a su competencia, es igualmente procedente la causal que se estudia, porque, como se indicó, la competencia la delimitan las partes, pero, con sujeción a la Constitución y la ley”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 17951. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-33)
34. Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998. “...El documento de compromiso, que tiene lugar cuando se han presentado diferencias entre las partes...” MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Bogotá: 8ª Edición, Editorial ABC, 1983, p. 445; “...Mediante un compromiso, después que el litigio haya surgido...” DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil. Volúmen Segundo. Parte Especial. Bogotá: 6ª Edición, Editorial Colinther, 1985, p. 821; “...Las partes, mediante el contrato de compromiso, pueden someter al conocimiento y decisión de árbitros o arbitradores las controversias existentes entre ellas, específicamente determinadas...” MONROY CABRA, Marco Gerardo. Consideraciones sobre el Arbitraje Comercial en Colombia. En: Alternativas a la Justicia Institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1986, p. 43; “...Mediante...el compromiso, las partes deciden someter a la consideración de la justicia arbitral las desaveniencias existentes que sean objeto de delimitación convencional...” JARAMILLO J, Carlos Ignacio. Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 267. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera, Auto de 6 de junio de 2013.. Exp. 45922. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia Bogotá D.C, de 22 de enero de 2014, rad. 27.245; posición reiterada en la sentencia de 3 de diciembre de 2015, rad. 53.265. MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Providencia de 18 de abril de 2013. Exp. 17859. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 2 a 11. C. 6 pruebas. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de diciembre de 2015, rad. 53.265. MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de enero de 2011, rad. 16326. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-41)
42. Artículo 95. “*INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y OPERANCIA DE LA CADUCIDAD. No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos: (…) 4. Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Reverso del folio 43. C. 1. [↑](#footnote-ref-43)