**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Sentencia de unificación – Vinculatoriedad - Renuncia tácita – Cláusulas excepcionales**

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en torno a la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria mediante la cual las partes de un contrato estatal decidan incorporarla, con el objeto de atribuir a la justicia arbitral, jurisdicción y competencia para que sean los árbitros así habilitados los que diriman los conflictos delimitados en el pacto respectivo, cláusula que –de acuerdo con la normativa del Decreto 1818 de 1998 - de modo alguno puede ser desconocida por las partes del contrato estatal mediante la figura de la renuncia tácita. Al respecto, la Sala reflexionó: “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”. En igual sentido, la Sección Tercera acogió la tesis jurisprudencial de conformidad con la cual la Justicia Arbitral cuenta con la facultad para decidir sobre la validez de todos aquellos actos administrativos contractuales diferentes a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto ellos no comportan el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal. En su oportunidad, la Sala señaló: “Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009 , la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000: ‘… la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión …’. “Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘… la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública …’ , lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral (…)”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00949-01(46141)**

**Actor: GRUPO ANTIOQUEÑO DE APUESTAS GANA S.A.**

**Demandado: BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA**

**Referencia: NULIDADES PROCESALES INSANEABLES - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas:** CLÁUSULA COMPROMISORIA - Nulidad en procesos iniciados en vigencia del Código Contencioso Administrativo

Encontrándose el asunto para fallo, el Despacho advierte la configuración de dos causales de nulidad procesal insaneables, como son la falta de jurisdicción y de competencia funcional, contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en atención a la existencia de cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Concesión No. 037 de mayo de 2006[[1]](#footnote-1), aplicable a las diferencias por razón de la imposición de multas por parte de la entidad contratante, asunto materia de la controversia en este proceso[[2]](#footnote-2).

Lo anterior en atención a que tratándose del contrato estatal no cabe la renuncia tácita a la jurisdicción competente, de acuerdo con la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expuesta en la providencia de 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, con ponencia del señor Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En apoyo de la aplicación de las referidas causales de nulidad, dentro del presente proceso judicial, se observa que la jurisdicción arbitral ha sido determinada por las partes contratantes en este caso y que ella presenta importantes diferencias frente la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entre otros aspectos, por razón de la voluntariedad en que se funda la habilitación de los árbitros y la transitoriedad o temporalidad de su potestad para administrar justicia[[3]](#footnote-3), de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

*“Artículo**116 C.P.****:****La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura[[4]](#footnote-4), la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

*“El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

*“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

*“****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.****”* (La negrilla no es del texto).

El Despacho debe acogerse a la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, según la cual frente al contrato estatal no cabe la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta, además, que no puede derogar ni desconocer la jurisdicción arbitral que las partes designaron como competente para conocer de la controversia que se ventila en el presente litigio.

Con el propósito de fundar la referida decisión se realiza un recuento de los antecedentes y de los soportes que dan lugar a ella:

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 14 de julio de 2008, el Grupo Antioqueño de Apuestas S.A. GANA S.A.[[5]](#footnote-5), en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la Beneficencia de Antioquia.

“*1. Son nulas las Resoluciones Nos. 000081 y 000127 de mayo 31 y agosto 14 de 2007, respectivamente, por medio de las cuales la Beneficencia de Antioquia impuso a GANA S.A. una multa por valor de Doscientos noventa y seis millones de pesos ($296’000.000) y resolvió el recurso de reposición impuesto.*

“*2. Como consecuencia de la declaración anterior, y en calidad de restablecimiento del derecho, se ordene a la Beneficencia de Antioquia la devolución de la suma de $296’000.000, o las que haya recibido hasta la fecha en que se profiera la decisión, con los intereses y la corrección monetaria que corresponda según la ley, contando desde la fecha del pago hasta la restitución efectiva.*

“*3. La sentencia que se expida sobre esta demanda deberá ser ejecutoriada y cumplida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo*”*[[6]](#footnote-6).*

De conformidad con la demanda, la cuantía estimada del proceso es superior a los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que la sociedad actora pretende la devolución de $296’000.000 que es la suma equivalente a la multa impuesta por la Beneficencia de Antioquia.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** La sociedad GANA S.A. suscribió con la Beneficencia de Antioquia el Contrato de Concesión No. 037 de mayo de 2006, para la explotación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Antioquia.

**2.2.** La cláusula decimocuarta del contrato estableció la posibilidad de imponer multas de forma directa por parte de la entidad contratante al concesionario, ante el incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones.

**2.3.** La Beneficencia de Antioquia, mediante Resolución 000081 del mayo 31 de 2007, impuso a GANA S.A. una multa de $296’000.000. Frente a dicha medida, la actora interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de forma negativa, mediante la Resolución 000127 del 14 de agosto de 2007.

**2.4.** La concesionaria GANA S.A. suscribió un compromiso de pago el 14 de marzo de 2008 con el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación por el valor total de la multa.

**2.5.** Durante el proceso de licitación, la sociedad GANA S.A.cuestionó la competencia de la entidad concedente para declarar directamente el incumplimiento del contrato y para imponer sanciones.

**2.6.** Según narró la demandante se presentó una violación al debido proceso por parte de la entidad concedente al momento de imponer la sanción por la falta de legalidad y tipificación de los hechos que dieron lugar a la misma y por la violación al principio de equidad, al no haber considerado la proporcionalidad entre el hecho y el correctivo aplicado.

**3. La providencia impugnada**

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 29 de marzo de 2012, declaró la nulidad de las Resoluciones demandadas y ordenó a la Beneficencia de Antioquia restituir a la sociedad GANA S.A. la suma pagada por la multa impuesta[[7]](#footnote-7)*.*

**4. El recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la Beneficencia de Antioquia interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia[[8]](#footnote-8), reiterando la competencia de la entidad para imponer multas y resaltando el acuerdo de voluntades de las partes al respecto.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

En este estado, el Despacho considera imperativo examinar la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión No. 037, suscrito en mayo de 2006, en contexto con las controversias que se plantean en la demanda, habida cuenta que de existir un acuerdo que obligue a las partes a someter el respectivo litigio a la justicia arbitral no procede seguir conociendo de la *litis* y, por el contrario, se advierte que bajo tal supuesto debe anularse la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que la competente para conocer de las diferencias es la justicia arbitral.

**1. Jurisdicción competente**

El asunto en cuyo seno se generó la controversia planteada en el presente proceso lo constituye la impugnación de los actos administrativos mediante los cuales la Beneficencia de Antioquia declaró el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la sociedad GANA S.A., e impuso una multa, decisión que fue confirmado posteriormente[[9]](#footnote-9). Se cuestiona en este caso la competencia de la entidad concedente para fijar directamente multas y, de igual forma, se discute la violación al debido proceso y al principio de equidad.

**2. El caso concreto**

En primer lugar, se observa que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento en que se celebró el contrato, dispuso:

*“Artículo 70.- De la cláusula compromisoria[[10]](#footnote-10). En los contratos estatales[[11]](#footnote-11) 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”.*

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en torno a la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria mediante la cual las partes de un contrato estatal decidan incorporarla, con el objeto de atribuir a la justicia arbitral, jurisdicción y competencia para que sean los árbitros así habilitados los que diriman los conflictos delimitados en el pacto respectivo, cláusula que –de acuerdo con la normativa del Decreto 1818 de 1998 - de modo alguno puede ser desconocida por las partes del contrato estatal mediante la figura de la renuncia tácita.

Al respecto, la Sala reflexionó:

*“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”[[12]](#footnote-12).*

En igual sentido, la Sección Tercera acogió la tesis jurisprudencial de conformidad con la cual la Justicia Arbitral cuenta con la facultad para decidir sobre la validez de todos aquellos actos administrativos contractuales diferentes a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto ellos no comportan el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal.

En su oportunidad, la Sala señaló[[13]](#footnote-13):

*“Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009[[14]](#footnote-14), la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:*

*‘… la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir:* ***a)*** *interpretación unilateral del contrato;* ***b)*** *modificación unilateral del contrato;* ***c)*** *terminación unilateral del contrato;* ***d)*** *sometimiento a las leyes nacionales;* ***e)*** *caducidad y* ***f)*** *reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión …’.*

*“Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘… la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública …’[[15]](#footnote-15),* ***lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14*** *(en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993,* ***de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral*** *(…)”.* (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

En el caso concreto, el Despacho advierte que en la cláusula vigesimosexta del Contrato de Concesión No. 037 de mayo de 2006 se establece:

“*VIGESIMOSEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las partes acuerdan que para la solución de las diferencias y discrepancias que surjan de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de este contrato, acudirán a los procedimientos de transacción, amigable composición o conciliación establecidos por la Ley. En caso de que dichos mecanismos no sean efectivos, las diferencias, conflictos o controversias relativas a este contrato, serán sometidas a la decisión de tres (3) árbitros Colombianos, designados por la Cámara de Comercio de Medellín, quienes fallarán siempre en derecho y siguiendo las normas del centro de arbitraje de dicha cámara. El tribunal funcionará en Medellín, en las instalaciones del centro de arbitraje*”*.*

Se tiene presente que el Decreto 1818 de 1998 estableció en su artículo 118[[16]](#footnote-16):

“*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*”.

Al margen se anota que en el mismo sentido se encuentran definiciones similares incorporadas en la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el estatuto de arbitraje nacional e internacional -y se derogaron los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 de la contratación estatal- referidas al pacto arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso[[17]](#footnote-17).

Por otra parte, el Despacho precisa que no se encuentra este caso en el ámbito de cláusulas excepcionales del régimen de la contratación estatal, que son las comprendidas en el artículo 14 de la misma Ley 80, excluidas de la competencia arbitral, tal como se estableció en la sentencia de unificación de la Sección tercera del Consejo de Estado[[18]](#footnote-18).

**3. Tránsito de Legislación**

Las decisiones que se adoptan en este proveído se apoyan en la aplicación del Código de Procedimiento Civil, por virtud del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y de la regla aplicable en el tránsito de legislación, de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, normas que, en su orden disponen:

“*Artículo**267 C.P.C****.*** *En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo*”*.*

“*Artículo**308. C.P.A.C.A Régimen de transición y vigencia****.****El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

***“****Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

“*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior*”.

El Despacho no desconoce la aplicación general e inmediata del Código General del Proceso, no obstante, en este caso se encuentra frente a una excepción legislativa sobre las demandas y procesos en curso.

**4. Conclusiones**

La medida que aquí deberá proferirse no impide la solución de la controversia 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 la voluntad que en forma espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes al celebrar el contrato, el cual es una ley para las partes, en los términos del artículo 1602 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

El Despacho considera que no puede desconocer la cláusula compromisoria como mecanismo para resolver los conflictos que surjan en el marco del respectivo contrato y en el de su liquidación, tal como fue pactada entre las partes del presente proceso, como tampoco se deben pasar por alto los efectos procesales que a dichas cláusulas atribuye la ley, en torno a la jurisdicción competente.

En igual forma, el Despacho se acoge a la sentencia de unificación en la cual se desestimó la posibilidad de una conducta procesal tácita para renunciar a la jurisdicción arbitral[[19]](#footnote-19).

Por otra parte, se advierte que 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*”*.[[20]](#footnote-20).*

A su turno, se observa 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 de 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 imperativo de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, al verificar la configuración de las aludidas causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C. y en consecuencia, ordenará la remisión del expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para que las partes desplieguen el tramite arbitral correspondiente, si a bien lo tienen.

Es de importancia en el presente caso, con el fin de garantizar la efectividad del Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, establecer que para los efectos de la caducidad de la acción se debe tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, el 14 de julio de 2008.

Lo anterior en cumplimiento de las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo[[21]](#footnote-21), 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*”*.*

Ahora bien, acerca del término para activar la acción arbitral, no existió una norma en el Código de Procedimiento Civil, por lo cual el Despacho acude a establecer el término prudencial[[22]](#footnote-22), el cual fija en este caso en 20 días, siguientes a la ejecutoria del presente auto.

Por otra parte, para efectos de la interrupción de la caducidad de la acción frente al procedimiento arbitral, que es autónomo del proceso que ahora se conoce, se hace notar que el Despacho ha hecho coincidir el término prudencial que se acaba de determinar con el referido en el Código General del Proceso, que si bien no aplica, el Despacho lo encuentra razonable, de acuerdo con el artículo 95 del C.G.P., el cual se cita a continuación:

“*Artículo 95 C.G.P.****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.***

“*5. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, siempre que la causa de la nulidad sea atribuible al demandante.*

“*En el auto que se declare la nulidad se indicará expresamente sus efectos sobre la interrupción o no de la prescripción y la inoperancia o no de la caducidad.*

“*6. Cuando el proceso termine por desistimiento tácito.*

“*7. Cuando el proceso termine por inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicia*”*.*

En mérito de lo expuesto, el Despacho

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

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 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 Medellín, 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, 14 de julio de 2008[[23]](#footnote-23).

**TERCERO: SEÑALAR** el plazo de veinte (20) 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, si a bien lo tienen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

SFGT/ 2C

SMBG

1. El día de la firma no aparece legible en la copia del contrato, folio 190 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. La demanda se presentó el 14 de julio de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C- 170 de 2014.

*“Sus características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: (i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia. (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación. (…) En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. (---) (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, ‘no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadore’. (iv) Es excepcional,**pues ‘existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas’. (…) En este orden de ideas, son inmanentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal“.* [↑](#footnote-ref-3)
4. **NOTA: Sustituida la expresión *"Consejo Superior de la Judicatura"* por la de "*Comisión Nacional de Disciplina Judicial"*, de acuerdo con el artículo**[**26**](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62130#26)**, Acto Legislativo 02 de 2015.** [↑](#footnote-ref-4)
5. En adelante denominada GANA S.A. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 2 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 251 a 261 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 263 a 268 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 55 y 56, 84 y 85 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. [Derogado por el artículo 118, Ley 1563 de 2012](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366#118). [↑](#footnote-ref-10)
11. Contratos definidos para estos efectos, de conformidad con el articulo 2 y el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por razón de que una cualquiera de sus partes es una entidad estatal de las establecidas en la ley, de acuerdo con el criterio orgánico allí adoptado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36.252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem. [↑](#footnote-ref-15)
16. Derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012, para aquellos procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia, así:

“*Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.*

“*Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Artículos 3º a 6º de la Ley 1563 de 2012. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicación: 17.859 (R-0035), actor: Julio César García Jiménez, demandado: departamento de Casanare. [↑](#footnote-ref-18)
19. Bajo la cual las partes obraron en este proceso judicial, esto es, antes de la expedición del Código General de Proceso, al haberse interpuesto el recurso de apelación antes del 1º de enero de 2014. [↑](#footnote-ref-19)
20. El Código General del Proceso, no aplicable en el trámite del recurso interpuesto con anterioridad a su entrada en vigencia, introdujo algunas variantes a la falta de competencia, así:

“Artículo 133 CGP. *Causales de nulidad*.

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“1. Cuando el juez actúe en el proceso **después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.**

“(…)”.

“Artículo 138 CGP.**“*Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada.***

*“****Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.***

*“La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas”.*

*“El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.”* [Negrilla y subraya no son del texto].

*“Artículo 624. CGP*

*“Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:*

*"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

*“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. 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”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: *“****SEGUNDO.*** *Declarar inexequible 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). [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 14 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-23)