**RECURSO DE APELACIÓN – Ministerio Público – Requisitos**

Cuando el Ministerio Público recurre una providencia no solo debe manifestar su inconformidad, sino que también le corresponde indicar la forma en que su intervención tiene una especial relevancia desde el punto de vista constitucional y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de las garantías fundamentales.

**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Contrato estatal**

El artículo 70 de la Ley 80 de 1993[[1]](#footnote-1) admitió la posibilidad de que en los contratos estatales se incluyera cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que pudieran surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Entre tanto, el artículo 71 del mismo estatuto, dispuso que en aquellos contratos en donde no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podría solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO – Asuntos que no son de su competencia – Examen de legalidad de los actos administrativos**

La Corte Constitucional, en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 declaró condicionalmente exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Para los efectos del fallo de constitucionalidad, que está vedado del conocimiento de los árbitros el examen de legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a saber: i) interpretación unilateral del contrato; ii) modificación unilateral del contrato; iii) terminación unilateral del contrato; iv) sometimiento a las leyes nacionales; v) caducidad y vi) reversión. En consonancia, los actos administrativos contractuales excluidos del ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 14, son susceptibles de conocimiento de la justicia arbitral (…) a cláusula compromisoria a través de la cual, las partes de un contrato entregan al conocimiento de los árbitros las controversias que se susciten con ocasión del mismo, opera, siempre y cuando no pretendan controvertir la legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad estatal contratante en ejercicio de las facultades excepcionales previstas por el artículo 14 de la ley 80 de 1993, por tratarse de un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Contra actos administrativos – Pretensión del demandante**

El artículo 77 de la Ley 80 de 1993, permite enjuiciar a través de la acción de controversias contractuales los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual. En consecuencia, la pretensión que contra estos actos dirija el demandante debe encaminarse a su impugnación, no a obtener su convalidación en sede judicial, en tanto de los actos proferidos por la administración emana una presunción de legalidad, que le atribuye un carácter ejecutivo y ejecutorio. (…) los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal. Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 07001-23-31-000-2003-00393-01(35870)**

**Actor: EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA**

**Demandado: TRITO LTDA., Y LIBERTY SEGUROS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas:* *Existencia de clausula compromisoria, falta de jurisdicción e ineptitud de la demanda.*

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por la parte demandante y el representante del Ministerio Público en contra de la sentencia del 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual decidió (fl. 525 a 526, c. ppal 2):

*Primero. Declarar probada la excepción de CARENCIA DE OBJETO para decidir las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA de la demanda, planteada por las sociedades comerciales TRITO LTDA y LIBERTY SEGUROS S.A., de conformidad con los hechos y las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

*Segundo. Declarar probadas las excepciones de CLÁUSULA COMPROMISORIA y FALTA DE JURISDICCIÓN consecuente, para decidir acerca del mérito de las pretensiones CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA, alegadas por las sociedades comerciales TRITO LTDA y LIBERTY SEGUROS S.A.*

*Tercero. Consecuencialmente, inhibirse para conocer de las pretensiones de la demanda, conforme a los hechos y argumentos expuestos en la parte motiva de este fallo.*

*Tercero (sic). Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.*

*Cuarto. Sin costas*

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Empresa de Licores de Cundinamarca, en su calidad de contratante, y la sociedad Trito Ltda., como contratista, suscribieron el contrato 084-98, para la distribución y venta de licores bajo el carácter de distribuidor exclusivo. Las partes convinieron la inclusión de cláusula compromisoria.

Durante la ejecución del contrato la entidad declaró la caducidad del mismo mediante resolución 434 del 1º de noviembre de 2001, como consecuencia del incumplimiento del contratista.

La Empresa de Licores de Cundinamarca pretende se declare el incumplimiento del contratista, la responsabilidad solidaria de la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., se declare la legalidad de los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato, la liquidación judicial del contrato, y como consecuencia se condene al reconocimiento de indemnización de perjuicios, en especial el monto contemplado en la cláusula penal pecuniaria.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 6 de octubre de 2003 (fl. 21 vto., c. ppal. 1), la Empresa de Licores de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de controversias contractuales contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la sociedad Trito Ltda., y la aseguradora Liberty Seguros S.A. (fls. 6 a 21, c. ppal).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fl. 8 a 12, c. ppal):

1.1.1. El 2 de julio de 1999, la Empresa de Licores de Cundinamarca, en su calidad de contratante, y la sociedad Trito Ltda., como contratista, suscribieron el contrato 084-98, cuyo objeto consistió en la venta por parte de la contratante y la compra del contratista de aguardiente Néctar y/o Santafé Ron Añejo y otros productos de la empresa de licores, para su distribución y venta en el Departamento de Arauca bajo el carácter de distribuidor exclusivo. El término de duración del contrato se estipuló en cuatro (4) años contados a partir de su firma, por un valor de doscientos doce millones cien mil pesos ($212.100.000.oo).

1.1.2. Con el fin de dar cumplimiento a las exigencias del contrato, la sociedad TRITO LTDA., suscribió con la compañía Liberty Seguros S.A. el contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales contenido en la póliza n. º 9502275 del 2 de julio de 1999, que amparó el cumplimiento del contrato n. º 084 de 1999 suscrito con la Empresa de Licores de Cundinamarca.

1.1.3. Frente a las circunstancias que se presentaron en el desarrollo del contrato, la parte demandante indicó que en comunicación D.C.731-01 del 1º de octubre de 2001, dirigido a la sociedad Trito Ltda., la Empresa de Licores de Cundinamarca reiteró acerca de la responsabilidad del contratista por el transporte de las mercancías desde el momento de la entrega en fábrica. En consecuencia, recalcó que los daños presentados en la manipulación y presentación del producto una vez retirados de las instalaciones de la empresa son de exclusiva responsabilidad del contratista.

1.1.4. Mediante oficio G-155-2001 de 25 de octubre de 2001, el gerente, subgerente administrativo, subgerente comercial y jefe de la oficina jurídica de la Empresa de Licores de Cundinamarca requirieron a la sociedad Trito Ltda., para que acreditara en el término de tres días, la cancelación total de la deuda existente y a su vez le advirtieron que procederían a hacer uso de las cláusulas exorbitantes del contrato.

1.1.5. En resolución 434 del 1º de noviembre de 2001, la Empresa de Licores de Cundinamarca declaró la caducidad del contrato. La sociedad Trito Ltda., y Liberty Seguros S.A. formularon recursos contra el referido acto administrativo, los cuales fueron decididos mediante resolución n.º 163 de 20 de marzo de 2002.

1.1.6. Los supuestos de incumplimiento que atribuye la entidad demandante a la sociedad contratista son: i) el contratista no suministró una explicación satisfactoria de las razones por las cuales el producto que le había sido entregado para su distribución en el departamento de Arauca, por la Empresa de Licores de Cundinamarca el 10 y 31 de mayo de 2001, fue incautado por las autoridades en la ciudad de Bogotá en el mes de octubre del mismo año. ii) La sociedad contratista comenzó a incumplir reiteradamente las obligaciones que le eran atribuibles de acuerdo a la ley y al contrato, en tanto se abstuvo de efectuar los pagos debidos, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya cancelado la deuda que asciende a mil setecientos veinticinco millones ochocientos ochenta y ocho mil novecientos ochenta pesos ($1725.888.980.oo) y por ello se formuló demanda ejecutiva de mayor cuantía.

1.1.7. La entidad demandante estima los perjuicios causados en la suma de ciento noventa y seis millones ochocientos setenta y un mil pesos ($196.871.000.oo), correspondiente al valor de la cláusula vigésima tercera del contrato (cláusula penal), monto que acorde con la cláusula sexta debe incrementarse en un 10% anual por el número de años de vigencia del contrato. Igualmente reclama los costos financieros que se han causado y seguirán causándose hasta el momento del pago final.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la demandante deprecó las siguientes pretensiones (fl. 6 a 8, c. ppal. 1):

*Primera.- Que se declare que la sociedad TRITO LTDA., antes, hoy TRITO LTDA., S. EN C., incumplió el contrato de distribución n.º 084 de 1999, que tenía por objeto la comercialización y distribución de los licores y productos de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA en el Departamento de Arauca.*

*Segunda.- Que se declare que la compañía LIBERTY SEGUROS S.A., es responsable solidariamente al haber ocurrido el siniestro por incumplimiento del contrato y haber afectado la póliza n.º 9502275.*

*Tercera.- Que se declare la legalidad de la resolución n.º 0434 del 1º de noviembre de 2001, por medio de la cual LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA declaró la caducidad del contrato n.º 084 de 1999 suscrito con la sociedad TRITO LTDA., y además declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del contratista afectando la póliza n.º 9502275, y la legalidad de la resolución 0163 de 20 de marzo de 2002 por medio de la cual se desató el recurso interpuesto y confirmó la resolución n.º 0434 de 2001.*

*Cuarta.- Que se liquide judicialmente el contrato de distribución n.º 084 de 1999, y en dicha liquidación se incluyan las indemnizaciones que resulten a favor de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA.*

*Quinta.- Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la sociedad TRITO LTDA. antes, hoy TRITO LTDA S.EN C., y a la compañía LIBERTY SEGUROS S.A., solidariamente, a indemnizar plenamente a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA los perjuicios de todo orden que con su incumplimiento contractual se hayan causado, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales; y los costos financieros en que ha incurrido mi poderdante como consecuencia del incumplimiento contractual, a más del valor debido, las actualizaciones, los intereses y la sanción del veinte por ciento (20%) del valor del contrato señalada en la cláusula vigésima tercera del contrato 084 de 1999.*

*Sexta.- Que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época del causación del daño y la fecha del pago efectivo de la indemnización, y que deben aplicarse intereses moratorios sobre las sumas liquidas adeudadas por la sociedad TRITO LTDA., antes, hoy TRITO LTDA., S. EN C., por razón de la ejecución del contrato durante todo el periodo de mora, a la tasa doblada del interés corriente.*

*En subsidio de esta pretensión solicito que el monto indemnizatorio se actualice o corrija monetariamente con el fin de compensar al demandante de los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso y que adicionalmente se ordene a pagar intereses puros o legales del 12% anual sobre tal monto de perjuicios ya actualizados y para el mismo periodo.*

*Séptima.- Que la sociedad TRITO LTDA., hoy TRITO LTDA. S. EN. C., y la compañía LIBERTY SEGUROS S.A., solidariamente deben dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que la providencia sea notificada.*

*Octava.- Que la sociedad TRITO LTDA., hoy TRITO LTDA S. EN C. y la compañía LIBERTY SEGUROS S.A., deben pagar en favor del demandante, intereses comerciales sobre las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia, durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de ese término, hasta la fecha del pago efectivo de la condena.*

*Novena.- Que se condene en costas a los demandados.*

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad Trito Ltda., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al estimar que no es responsable del incumplimiento contractual alegado por la entidad demandante.

Controvirtió los hechos invocados en el escrito introductorio, en relación con el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato. Acusó violación del debido proceso de la entidad demandante, hasta el punto que la misma Empresa de Licores de Cundinamarca duda de la legalidad de los actos expedidos, al pedir que se declaren legales. En consecuencia, indicó que en esta oportunidad serían objeto de controversia y oposición en la contestación, *“más, cuando a la misma administración le asistía la facultad ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad, por jurisdicción coactiva, sin tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa”.*

Invocó las siguientes excepciones:

a. Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación previsto por la Ley 640 de 2001 para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse de un asunto conciliable.

b. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Para la fecha en que se celebró el contrato, Trito Ltda., no existía jurídicamente dada su transformación. Como se demandó a Trito Ltda., S. en C., es evidente la falta de legitimación por pasiva, por cuanto no fue la sociedad contratista.

c. Falta de capacidad legal de quien suscribió el contrato. La sociedad Trito Ltda., existió y ejerció su objeto mercantil hasta 1998, cuando se transformó, creándose una nueva sociedad a partir de ese año. Como el contrato fue suscrito en 1999, sostuvo que dicha empresa no tenía capacidad legal para suscribir el contrato referido. No hay prueba de la existencia de la persona jurídica que firmó el contrato, es decir, para el momento de su suscripción TRITO Ltda., no existía, por ello, no puede ser demandada.

d. Ilegalidad de la declaratoria de caducidad del contrato. Se propone en oposición a la pretensión formulada por la entidad demandante en la que reclamó se declarara la legalidad de las resoluciones 434 de 2001 y 163 de 2002. Resaltó que los actos administrativos que declararon y confirmaron la caducidad del contrato no son legales.

Refirió que previamente a que la entidad declare la caducidad contractual debe observarse íntegramente el debido proceso. En este evento, la sociedad demandada alegó que el contratista fue sorprendido con la sanción de caducidad, no existieron apremios por retardo (multas), y se otorgaron términos irrisorios para que el contratista cumpliera.

Señaló que si bien no existe un procedimiento específico previo para la declaración de caducidad, la administración debe permitir el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, además de valorar las pruebas que se aduzcan para justificar ciertas conductas.

e. Vulneración del debido proceso- nulidad del auto admisorio de la demanda. Acusó nulidad procesal de la actuación porque el auto admisorio de la demanda se adicionó por fuera del término de ejecutoria contraviniendo el artículo 311 del C. P. C. A su vez, la comunicación dirigida al demandado para procurar su notificación personal fue errática en tanto identificó la naturaleza del asunto como una reparación directa, cuando la naturaleza es contractual.

f. Falta de liquidación del contrato. No hay excusa para que la administración dejara de liquidar el contrato cuando el acto de declaratoria de caducidad así lo ordenó.

El límite temporal de la competencia de la entidad contratante para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria es hasta el vencimiento del término para practicar la liquidación. Como no lo hizo, es ilegítimo que pretenda mediante la acción contractual obtener su reconocimiento y pago.

Con la pretensión de liquidación judicial del contrato la ELC pretende revivir términos precluidos para obtener el pago de la cláusula penal.

g. Improcedencia de la petición de actualización monetaria. La Empresa de Licores de Cundinamarca incurrió en morosidad en liquidar el contrato, en consecuencia el silencio de la administración no puede imputársele al contratista. No es jurídico ni justo que se pida una indexación cuando la administración es quien ha sido la omisiva.

h. Petición antes de tiempo. La ELC no podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa hasta que por su parte diera cumplimiento al contenido mismo del acto que declaró la caducidad, es decir, hasta que administrativamente mediante la liquidación se estableciera el perjuicio económico realmente padecido.

i. Escogencia inadecuada de la acción. La ELC declaró la caducidad del contrato mediante acto administrativo. En el acto aludido se ordenó la liquidación del contrato y se ordenó hacer exigible la cláusula penal pecuniaria además de afectar la garantía otorgada. La ELC debió acudir a otra vía judicial diferente a la contenciosa contractual para reclamar al contratista lo resuelto en el acto de caducidad.

Resaltó que algunas de las pretensiones incoadas por la parte demandante corresponderían a la acción contractual siempre que la administración no las hubiese hecho en sede administrativa al tenor del mandato de la decisión previa y ejecutoria; otras corresponden a otro tipo de acción que el actor deberá definir.

j. Excepción de contrato no cumplido. Dentro del contrato se pactó expresamente la cláusula compromisoria, por tanto, todas aquellas divergencias surgidas del contrato, debieron ser puestas en conocimiento del tribunal de arbitramento, por ello la existencia de esta cláusula impedía a la ELC hacer uso de la cláusula de caducidad del contrato hasta tanto los árbitros se pronunciaran sobre el presunto incumplimiento del contratista. El contratista no estaba en mora de cumplir sus obligaciones mientras el contratante no cumpliera las suyas.

k. Cosa juzgada penal y administrativa. Frente a las pretensiones que formula el actor, referidas al incumplimiento, la liquidación del contrato, el valor debido y la sanción de la cláusula penal, constituyen cosa juzgada administrativa, pues dichas circunstancias ya fueron decididas por la misma administración conforme al privilegio previo y ejecutorio que la ley le otorgó. En cuanto al valor debido, es el mismo demandante quien aduce que ya formuló el juicio ejecutivo donde reclama el pago del capital, intereses y sanción del artículo 731 del C. de Co.

Las decisiones tomadas frente a la denuncia penal instaurada y la retención de licores en Santander son situaciones que hacen evidenciar la existencia de cosa juzgada penal y administrativa, en donde se demostró la legalidad del producto y las causas por las cuales se transportaba el licor en fechas diferentes y en cantidades fraccionadas.

l. Caso fortuito o fuerza mayor-teoría de la imprevisión contractual. Previo a la declaratoria de caducidad del contrato 084/99 Trito Ltda., puso en conocimiento de la ELC que el incumplimiento endilgado había obedecido a circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito (constantes paros armados, retenciones de mercancía por parte del Estado, hurtos de mercancía, la negativa de las aseguradoras para expedir pólizas que ampararan tales eventos, la falta de comercialización de los productos de la licorera por estar incautadas o retenidas).

m. Falta de acto administrativo aprobatorio de la póliza de cumplimiento. De conformidad con los incisos 1º y 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 17 y 18 del Decreto reglamentario 679 de 1994, el contratante debió haber aprobado la garantía otorgada por el contratista. Dentro del proceso no aparece el acto administrativo aprobatorio de la garantía, por lo cual no puede exigirse valor alguno a la aseguradora.

n. Existencia de cláusula compromisoria de pacto arbitral. Dentro del contrato nº. 084/99 las partes pactaron expresamente una cláusula compromisoria. Antes de declararse la caducidad del contrato era imperioso que la ELC convocara al tribunal arbitral para que este determinara el incumplimiento del contratista.

ñ. Falta de jurisdicción y competencia. El Tribunal Administrativo carece de jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto, toda vez que las partes renunciaron a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, evidenciándose claramente la derogatoria de la jurisdicción contenciosa por voluntad de los sujetos del contrato, para someterse a la jurisdicción arbitral.

o. Indebida representación del demandado-falta de poder para demandar a Trito Ltda. S. en C. Si la ELC otorgó poder para demandar a quien suscribió el contrato, el apoderado no podía entrar a demandar a la sociedad en comandita Trito Ltda., S en C. Existe en el presente caso carencia total de poder para demandar a Trito Ltda. S. en C., en concordancia con el numeral 7 del artículo 140 del C. P. C.

p. Indebida acumulación de pretensiones. Carecerían de razón de ser las normas contractuales que le permiten a la administración, sin acudir al juez del contrato, declarar la caducidad del mismo por incumplimiento del contratista y, en general hacer uso de las cláusulas exorbitantes; imponer multas; establecer el valor de la cláusula penal pactada, si después pretende que la justicia haga declaraciones que la administración ya hizo.

Concluyó que algunas de las pretensiones corresponderían a la acción contractual, únicamente cuando la administración no las hubiere proferido en sede administrativa al tenor del privilegio de la decisión previa y ejecutoria; otras, corresponden a otro tipo de acción. El actor formuló pretensiones dentro de una vía inadecuada, configurándose la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 19 de junio de 2008[[2]](#footnote-2) (fls. 490 a 526, c. ppal), el *a quo* declaró probada la excepción de carencia de objeto para decidir las pretensiones primera, segunda y tercera, y declaró probadas las excepciones de cláusula compromisoria y falta de jurisdicción para decidir acerca del mérito de las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava. En consecuencia se inhibió para conocer de las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró que algunas excepciones podían agruparse bajo la denominación de *“carencia de objeto”* o *“sustracción de materia”,* toda vez que las pretensiones a las que se oponen no pueden ser objeto de valoración en este litigio contractual, dados los hechos y los antecedentes jurídicos.

Con fundamento en las excepciones de falta de competencia e indebida acumulación de pretensiones, precisó:

*Un examen atento de los documentos aportados con la demanda permite concluir, sin asomo de duda alguna, lo siguiente:*

*1. LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA pactó en el contrato 084 de julio 2 de 2000 (cláusula vigésimo octava) la cláusula excepcional de caducidad (artículo 18 de la Ley 80 de 1993).*

*2. Con fundamento en dicha cláusula excepcional, y dado el incumplimiento contractual de la sociedad comercial contratista, LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA profirió en sede administrativa, estando aún vigente el contrato, la resolución 0434 del 1º de noviembre de 2001, en virtud de la cual:*

*a. Declaró la caducidad del contrato 084 de 1999 suscrito entre la ELC y TRITO LTDA.*

*b. Declaró terminado el contrato 084 de 1999 y ordenó su liquidación.*

*c. Exigió el pago de la cláusula penal pecuniaria en su totalidad.*

*d. Declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato afectando la póliza o garantía única suscrita por Seguros Generales Cóndor S.A. (sic)*

*Resulta evidente o indiscutible, entonces, que la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA expidió en sede gubernativa las resoluciones 434 de 2001 y 163 de 2002 (folios 36 al 38 y 53 al 60, C-01), declarando terminado el contrato por incumplimiento del contratista y ordenando su liquidación en sede administrativa, en ejercicio de las facultades que le otorgaba la cláusula vigésima, mediante la cual se había pactado la cláusula excepcional de CADUCIDAD (art. 18 de la Ley 80 de 1993).*

*Transcurridos varios meses después de la ejecutoria de la resolución 163 del 2002 (4 de abril de 2002, folio 66, C-01), la cual agotó la vía gubernativa, pues este acto se limitó a confirmar la resolución 434 de 2001, LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA decidió demandar de esta jurisdicción, por vía de la acción contractual, se declarara el incumplimiento y terminación del contrato 084, suscrito por las partes el 2 de julio de 1999; se declarara la legalidad de dichas resoluciones o actos administrativos (en una especie de revisión sui géneris); se ordenara su liquidación en sede judicial, y finalmente, se concretaran varias condenas a título de perjuicios materiales, actualizaciones, multas e intereses a favor de la empresa actora.*

*Pero además, debe acotarse, que las resoluciones demandadas por la propia administración, con la finalidad expresa de que fuera declarada su “legalidad” en vía judicial, constituían actos administrativos proferidos en sede administrativa, con estribo en facultades excepcionales, conferidas por la ley y el contrato; que tales actos habían sido recurridos y resueltos de manera oportuna en vía gubernativa, no habiendo sido puesta en tela de juicio su juridicidad o legalidad en vía jurisdiccional por las sociedades comerciales aquí demandadas dentro de los términos de caducidad de la acción contractual, única vía que podía ser utilizada conforme al inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.*

*Así las cosas, dichos actos administrativos se encontraban amparados por la presunción de legalidad en el momento en que se reclamó en vía judicial su declaración de legalidad, por parte de la entidad que los había expedido, y gozaban de una especie de “cosa juzgada administrativa”.*

*Resultan entonces, atendibles, los hechos y las razones expuestas por las sociedades demandadas, pues no habiendo sido dichos actos administrativos revocados en vía gubernativa ni atacados o anulados en sede jurisdiccional por los interesados o afectados (contratista y aseguradora), no solamente se encontraban amparados por la presunción de legalidad, sino que habían adquirido en cierta forma una especie de intangibilidad jurídica, que no podía ser modificada por vía de una revisión de legalidad solicitada por la administración, la cual no existe en el ordenamiento jurídico colombiano (repárese en que la actora no solicitó la nulidad, sino que se declarara su legalidad, la cual se presumía y no requería de declaración judicial), pues como ya se precisó, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición y de la acción contractual para pedir su revocatoria o nulidad por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad.*

*(…)*

*Basta entonces lo consignado, para concluir, que las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA, contenidas en la demanda presentada por la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, carecen de objeto, pues la propia entidad demandante las había declarado en vía administrativa en ejercicio de las facultades excepcionales que le conferían la ley contractual a través de la figura de la caducidad. Los actos administrativos que contienen esas declaraciones contractuales, hasta la presente fecha no han sido revocados o anulados, y por tanto, gozan de la presunción de legalidad, reforzada por la firmeza administrativa de los mismos, en razón a que contra ellos no proceden recursos en vía gubernativa, pues ya fueron agotados, ni en vía jurisdiccional, pues los afectados e interesados no demandaron dichos actos dentro del término legal.* (fl. 516 a 518 c. ppal. 2)

En lo concerniente a las excepciones de falta de jurisdicción o competencia y existencia de cláusula compromisoria, el *a quo* concluyó:

*Establecido, entonces, que el contrato de comercialización y distribución de licores 084 del 2 de julio de 1999, suscrito con por LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA y la sociedad comercial TRITO LTDA, se pactó la CLÁUSULA COMPROMISORIA en los términos que se dejaron consignados, y ameritado, que las sociedades comerciales demandadas plantearon en sus escritos de contestación de la demanda, de manera oportuna, junto con otras excepciones, la existencia de la cláusula compromisoria y la consecuente falta de jurisdicción, resulta lógico y jurídico concluir, que obrando de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y en las leyes que desarrollan lo relativo a la justicia arbitral, las partes resolvieron de común acuerdo escoger el mecanismo del ARBITRAMENTO para definir sus diferencias patrimoniales contractuales, debiendo aceptarse por la jurisdicción administrativa, tanto la existencia de la CLÁUSULA COMPROMISORIA como la FALTA DE JURISDICCIÒN consecuente, para conocer de mérito acerca de las pretensiones CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA de la demanda, pues estas no involucran la legalidad de los actos administrativos de la administración, ni el orden público, ni la soberanía nacional, ni el orden constitucional.* (fl. 525, c. ppal. 2)*.*

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, la entidad demandante (fls. 540, 561 a 573, c. ppal. 2) y el representante del Ministerio Público interpusieron y sustentaron recurso de apelación (fls. 543 a 553, c. ppal 2).

La parte demandante recurrió la providencia con fundamento en:

i) Si bien la cláusula vigésima octava del contrato de distribución 084 de 1999, suscrito con Trito Ltda., era una cláusula compromisoria, no era viable la convocatoria de un tribunal arbitral, toda vez que se pretende el control jurídico de actos administrativos, asunto de conocimiento exclusivo del juez natural conforme lo establece el artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

ii) La sociedad demandada Trito Ltda., en ningún momento planteó como excepción la existencia de cláusula compromisoria, como un mecanismo alternativo a este proceso, sino la existencia de una cláusula compromisoria que ha debido activarse previamente a la declaratoria de caducidad del contrato.

iii) El juez debe pronunciarse de fondo sobre todas las pretensiones de la demanda, habiéndose demostrado dentro del proceso las maniobras fraudulentas y engañosas por parte del contratista, así como su reiterado incumplimiento que dio lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

El Procurador 52 Judicial II Administrativo de Arauca se opuso al fallo de primera instancia con sustento en los siguientes argumentos:

i) Además de la existencia dentro del contrato n. º 084/99 de una cláusula contractual que autorizaba en forma expresa a la Administración para hacer uso de la facultad exorbitante que le permitía declarar la caducidad del contrato, también se incluyó otra cláusula donde se establecía que las diferencias de las partes con ocasión de la ejecución, interpretación, modificación, terminación y liquidación del contrato, serían sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

ii) Dada la naturaleza del contrato 084/99, correspondía pactar expresamente la cláusula de caducidad. Una vez cumplido el requisito del pacto expreso, el operador administrativo, en este caso, la Empresa de Licores de Cundinamarca, ante el evento de incumplimiento contractual grave por parte de la sociedad contratista, podía hacer uso de esta cláusula, excluyendo la aplicación de la cláusula compromisoria, la cual se entiende tácitamente derogada.

iii) Los asuntos atinentes a la legalidad, los efectos y el cumplimiento y/o incumplimiento del acto administrativo a través del cual se declara la caducidad de un contrato estatal es competencia exclusiva de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esta competencia se expresa no solo respecto a la definición de su legalidad, sino también en lo que tiene que ver con sus efectos, cumplimiento, incumplimiento y/o liquidación de las prestaciones ordenadas en el referido acto, *“en todos aquellos eventos en que las mismas no se materialicen, se consoliden y/o hagan efectivas dentro del término establecido en el mismo acto y la administración pierda en consecuencia competencia para hacerlo viéndose obligada a solicitar un pronunciamiento judicial a través de una demanda”.*

iv) No debió proferirse fallo inhibitorio sino de fondo sobre los extremos de la *litis*, por cuanto producido el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato n.º 084/99, la cláusula compromisoria no operaba.

v) El fallo incurre en contradicción, toda vez que aún en el evento de que la incompetencia para conocer la jurisdicción contencioso administrativa de este asunto se tipificara, indicaría que el único pronunciamiento posible de parte de la Sala no podría ser otro que el inhibitorio, porque no podría pronunciarse sobre aquellas excepciones del demandado que no tuvieran nada que ver con los argumentos sobre los cuales éste alegaba la falta de competencia.

**3. LOS ALEGATOS**

La parte demandante presentó escrito de alegatos a través del cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda y al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada (fl. 580 a 592 c. ppal. 2)

La demandada LIBERTY SEGUROS alegó de conclusión. Reiteró que la pretensión de la demanda encaminada a que se declare el incumplimiento del contrato no está llamada a prosperar, toda vez que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es incompetente y *“fue relevada a calificar la conducta del contratista Trito Ltda., como quiera que la administración amparada en una competencia legal, ya lo hizo, no pudiéndose en consecuencia, presentarse una calificación contractual doble o simultánea sobre una misma conducta del contratista, pues ello vulneraría el principio del non bis in ídem o de la prohibición de doble enjuiciamiento.”*

A su vez resaltó que esta jurisdicción carece de competencia para liquidar judicialmente el contrato, en tanto, *“la base de tal pretensión, esto es, la resolución n.º 0434 del 1º de noviembre de 2001, y su confirmatoria n.º 0163 del 20 de marzo de 2002, han perdido fuerza ejecutoria, como quiera que hasta la fecha no se conoce ejecución alguna con base en las mencionadas resoluciones, luego por virtud del numeral 3º del artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, tales resoluciones han perdido fuerza ejecutoria, toda vez que han transcurrido más de 5 años sin que la administración haya realizado los actos que correspondan para ejecutarlos”*

Solicitó a su vez que la Corporación tuviera en cuenta el límite del valor asegurado en la póliza de seguro, por el amparo de cumplimiento (fl. 594 a 619 c. ppal. 2).

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación, en uso del traslado especial para alegar de conclusión (fl. 620 a 634 c. ppal. 2), solicitó la modificación del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, en el sentido de declararse inhibido el Tribunal respecto a la tercera pretensión, confirmar el numeral 2º y adicionarlo en el sentido de indicar que opera la falta de jurisdicción respecto de la pretensión primera y segunda de la demanda.

Las razones de su solicitud, se citan en lo pertinente:

*La presunción de legalidad de los actos administrativos*

*Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, es decir, que se presume que están ajustados a derecho y que son obligatorios, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispone el artículo 66 ibídem.*

*De lo anterior se deduce que la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para decir (sic) sobre la declaratoria de legalidad, pues ella se presume, por ministerio de la ley, y en consecuencia, sólo la persona jurídica o natural a la cual le produce efectos adversos a sus intereses está legitimada para controvertir su legalidad a través de las acciones contempladas en el mismo Código, de lo cual se deduce sin mayor análisis, que la entidad que expide el acto que se presume ajustado a la ley no puede válidamente solicitarle al juez administrativo que declare su legalidad.*

*(…)*

*En el caso concreto las pretensiones alegadas por la actora, en especial la contenida en el numeral tercero, que refiere a la declaratoria de legalidad de las resoluciones n.º 0434 del 1 de noviembre de 2001 y 0163 de 20 de marzo de 2002, resulta inocua, pues una pretensión en tal sentido desfigura el presupuesto esencial de la jurisdicción contenciosa, esto es, el de enjuiciar la legalidad de los precitados actos administrativos, sin previa petición de nulidad, a cambio de una declaratoria de legalidad sobre unos actos administrativos que no han sido revocados en vía gubernativa ni atacados o anulados en sede jurisdiccional por los interesados o afectados (contratista y aseguradora), y en razón de ello se encuentran amparados por la presunción de legalidad, los que sólo era posible revisar por vía de acción contractual, si contra ellos se hubiere alegado vicios de legalidad o inconstitucionalidad.*

 *II. De la cláusula compromisoria y sus efectos frente al incumplimiento, liquidación e indemnización de perjuicios derivados de un contrato estatal*

*Para esta Delegada, no existe razón alguna para inferir de manera categórica que por el hecho de haberse pactado en un contrato estatal, la cláusula compromisoria, ello implique de manera tajante la pérdida de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para dirimir asuntos propios de la actividad contractual y de manera particular en lo que corresponde al estudio de legalidad de los actos administrativos proferidos por la Administración con ocasión del contrato estatal.*

*(…)*

*Si bien la ilustración jurisprudencial en cita, resulta suficiente para advertir que el control de legalidad de los actos administrativos expedidos por la administración pública como consecuencia de su actividad contractual, sólo corresponde de manera privativa a la jurisdicción contenciosa administrativa, también lo es, que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales derivadas de dichos actos, sin que ello implique controlar su validez, resulta constitucionalmente legítimo que la justicia arbitral se pronuncie frente a dichos temas, partiendo del supuesto indiscutible de la existencia y validez de la cláusula compromisoria pactada en el contrato estatal.*

*En el caso concreto, no hay duda alguna que las pretensiones cuarta, quinta, sexta y octava, corresponden a reclamaciones de tipo patrimonial derivadas de los actos administrativos expedidos por la entidad contratante en desarrollo de la relación contractual con la firma TRITO LTDA, actos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad, en cuyo caso, resulta perfectamente válido que tales pretensiones de contenido económico sean dirimidas por la justicia arbitral.*

*(…)*

*La competencia atribuida a los árbitros, en el caso concreto, debe traducirse en la facultad para conocer y pronunciarse sobre los efectos económicos de las resoluciones n.º 0434 de 1º de noviembre de 2001 y 0163 de 20 de marzo de 2002, pero en todo limitada en cuanto a ejercer control de legalidad sobre dichos actos administrativos.”*

1. **CONSIDERACIONES**

**Cuestión Previa: Del interés del Ministerio Público para apelar**

Cuando el Ministerio Público recurre una providencia no solo debe manifestar su inconformidad, sino que también le corresponde indicar la forma en que su intervención tiene una especial relevancia desde el punto de vista constitucional y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de las garantías fundamentales[[3]](#footnote-3).

En el presente caso, las razones de la apelación de la Procuraduría se limitaron a cuestionar la decisión del *a quo* de inhibirse de pronunciamiento de fondo, cuando según su apreciación la cláusula compromisoria no operaba al haberse declarado la caducidad del contrato n.º 084/99 mediante acto administrativo, intervención que a juicio de la Sala corresponde al legítimo interés de la entidad demandante, no así del Ministerio Público, comoquiera que no está encaminado a reivindicar el orden jurídico, los derechos fundamentales o el patrimonio público.

Así las cosas, decidirá la Sala el recurso planteado por la parte demandante y no se pronunciará de fondo sobre el promovido por el Ministerio Público que no cumplió con la carga argumentativa suficiente que permita establecer que fue interpuesto en cumplimiento de los fines constitucionales que le fueron asignados.

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. De la jurisdicción para resolver el asunto**

Corresponde a la Sala establecer si la presente controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en consideración al argumento de apelación de la entidad demandante según el cual, pese a haberse incluido en el contrato de distribución 084 de 1999 una cláusula compromisoria, no era procedente la convocatoria de tribunal arbitral, en tanto en este evento se pretende el control jurídico del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, asunto de competencia exclusiva del juez natural en virtud de lo establecido por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

En primer lugar, cabe recordar que la Empresa de Licores de Cundinamarca pretende con el ejercicio de la acción de controversias contractuales: i) se declare el incumplimiento por parte del contratista Trito Ltda., S. en C. del contrato de distribución de licores n.º 084 de 1999, ii) se declare a la compañía LIBERTY SEGUROS S.A. solidariamente responsable al haber ocurrido el siniestro de incumplimiento afectado por la póliza n.º 9502275, iii) se declare la legalidad de la resolución n.º 434 del 1º de noviembre de 2001, por medio de la cual la Empresa de Licores de Cundinamarca declaró la caducidad del contrato n.º 084 de 1999 y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contratista, además la legalidad de la resolución 163 del 20 de marzo de 2002 que resolvió el recurso de reposición formulado contra la resolución 434, iv) la liquidación judicial del contrato y en la misma se incluya la indemnización que resulten a favor de la entidad contratante, v) como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad Trito Ltda. y a Liberty Seguros S.A. a indemnizar plenamente a la ELC los perjuicios de todo orden que con su incumplimiento contractual se hayan causado.

A su vez, la entidad demandante estima los perjuicios causados en la suma de ciento noventa y seis millones ochocientos setenta y un mil pesos ($196.871.000.oo), correspondiente al valor de la cláusula vigésima tercera del contrato (cláusula penal)[[4]](#footnote-4). Igualmente reclama los costos financieros que se han causado y seguirán causándose hasta el momento del pago final.

En el asunto *sub examine* se acredita que la Empresa de Licores de Cundinamarca y la sociedad Trito Ltda., celebraron contrato de distribución n.º 084 de 1999, en el que se convino como objeto:

*Cláusula primera: objeto.- Es la venta por parte de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA y la compra que el CONTRATISTA hace a ésta de Aguardiente Néctar y/o Santafe Ron Añejo y los productos que produzca la Empresa de Licores de Cundinamarca para su distribución y venta en el departamento de Arauca bajo el carácter de distribuidor exclusivo. La Empresa de Licores de Cundinamarca se reserva el derecho de cancelar la exclusividad y nombrar otro distribuidor en el territorio asignado, en el caso que no se preste el servicio, ni cobertura adecuada y pactada en los términos de presente contrato* (fl. 22 a 23 c. ppal. 1).

Igualmente las partes acordaron la inclusión de la cláusula vigésima octava según la cual, las diferencias que surgieren entre las partes serían sometidas a la decisión de un tribunal de arbitraje:

*Cláusula vigésima octava.- Del Arbitramento.- Las diferencias que tengan las partes con ocasión de la ejecución, interpretación, modificación, terminación y liquidación de este contrato, así como de los adicionales que se llegaren a suscribir, será sometida a decisión de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres (3) árbitros designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, que se tendrá como domicilio del mismo. El Tribunal resolverá en derecho dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su instalación con base en la legislación colombiana vigente en el momento de la diferencia, objeto de arbitramento.* (fl. 28-29 c. ppal. 1)

De otro lado, se encuentra acreditado que el contrato de distribución de licores incorporó las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral, además de la caducidad por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista[[5]](#footnote-5).

En consonancia con lo convenido, la Empresa de Licores de Cundinamarca, mediante resolución n.º 434 del 2001, decidió:

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad del contrato n.º 084 de 1999, suscrito entre la Empresa de Licores de Cundinamarca y la sociedad TRITO LIMITADA S. EN C.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Declarase terminado el contrato n.º 084 de 1999 y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentra.*

*ARTÍCULO TERCERO: Exíjase al contratista TRITO LTDA S. EN C. el pago a la Empresa de Licores de Cundinamarca el 100% de la pena estipulada en la cláusula penal pecuniaria.*

*ARTÍCULO CUARTO: Declárase ocurrido el siniestro de incumplimiento y en consecuencia aféctense la póliza n.º 9502275 constituida para garantizar el cumplimiento del contrato expedida por la compañía Seguros Generales Cóndor S.A.*

*ARTÍCULO QUINTO. Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal de la sociedad TRITO LTDA S EN C, ARMANDO RESTREPO RIVADENEIRA o quien haga sus veces.*

*ARTÍCULO SEXTO: Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal de la compañía de Liberty Seguros S.A.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente resolución sólo procede el recurso de reposición ante el Gerente de la Empresa de Licores de Cundinamarca, el cual debe ser interpuesto por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente Resolución.*

*ARTÍCULO OCTAVO. Una vez ejecutoriada la presente resolución se ordenará lo siguiente: 1. Publicación por dos (2) veces en diario de amplia circulación, 2.-Comunicar a la Cámara de Comercio de Arauca y Bogotá 3- Publicación en el Diario Oficial y 4- Comunicará a la Procuraduría General de la Nación.*  (fl. 36 a 38 c. ppal. 1)

A través de la resolución n. º 0163 del 20 de marzo de 2002, proferida con ocasión de los recursos de reposición interpuestos por la sociedad TRITO LTDA S. en C. y por la compañía de seguros Liberty Seguros S. A. contra la resolución 434 citada, el gerente de la Empresa de Licores de Cundinamarca confirmó en todas sus partes la resolución que declaró la caducidad del contrato (fl. 53 a 60 c. ppal.1)

De acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Empresa de Licores de Cundinamarca, la resolución 434 proferida el 1º de noviembre de 2001, quedó ejecutoriada el 4 de abril de 2002 (fl. 66 c. ppal. 1).

A partir de los elementos de convicción referidos, la Sala concluye que las partes del contrato de distribución 084 de 1999, incorporaron una cláusula compromisoria para someter las diferencias surgidas con ocasión del contrato a tribunal arbitral. A la par, dada la tipología contractual[[6]](#footnote-6) incluyeron cláusulas excepcionales, entre ellas, la caducidad del contrato, declarada por la Empresa de Licores de Cundinamarca mediante acto administrativo.

Ahora bien, la Sala conviene en precisar que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993[[7]](#footnote-7) admitió la posibilidad de que en los contratos estatales se incluyera cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que pudieran surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Entre tanto, el artículo 71 del mismo estatuto, dispuso que en aquellos contratos en donde no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podría solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Es del caso señalar que la Corte Constitucional, en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 declaró condicionalmente exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Con ocasión de la sentencia C-1436 de 2000, la Sección Tercera de esta Corporación concluyó, para los efectos del fallo de constitucionalidad, que está vedado del conocimiento de los árbitros el examen de legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a saber: i) interpretación unilateral del contrato; ii) modificación unilateral del contrato; iii) terminación unilateral del contrato; iv) sometimiento a las leyes nacionales; v) caducidad y vi) reversión[[8]](#footnote-8). En consonancia, los actos administrativos contractuales excluidos del ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 14, son susceptibles de conocimiento de la justicia arbitral.

Finalmente incumbe resaltar el criterio unificado de la Sección Tercera de la Corporación frente al reconocimiento de la voluntad de las partes de someter las diferencias que surjan con ocasión del contrato estatal a la justicia arbitral, contenida en pacto expreso y solemne, a través de cláusula compromisoria o compromiso, sin que pueda entenderse invalidada esta manifestación de voluntad por una renuncia tácita cuando acuden al juez institucional del contrato o por su comportamiento procesal[[9]](#footnote-9).

De lo anterior la Sala colige, acorde con el criterio mayoritario de la Sección Tercera, que la cláusula compromisoria a través de la cual, las partes de un contrato entregan al conocimiento de los árbitros las controversias que se susciten con ocasión del mismo, opera, siempre y cuando no pretendan controvertir la legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad estatal contratante en ejercicio de las facultades excepcionales previstas por el artículo 14 de la ley 80 de 1993, por tratarse de un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.

A partir de lo considerado en precedencia, la Sala encuentra que las pretensiones formuladas por la entidad demandante deben agruparse en aquellas susceptibles de conocimiento de la justicia arbitral en razón a la cláusula compromisoria contemplada de mutuo acuerdo en el contrato de distribución y las pretensiones cuyo conocimiento correspondería al juez contencioso administrativo.

La solicitud encaminada a obtener la declaratoria de incumplimiento del contratista, la responsabilidad solidaria de la aseguradora por haberse declarado su incumplimiento, la liquidación del contrato, con el consecuente reconocimiento de perjuicios restringidos al monto correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, además de los costos financieros en que incurrió la entidad, son asuntos que por pacto expreso de las partes deben decidirse por los árbitros. En tal sentido corresponde declarar la excepción de falta de jurisdicción que inicialmente fuera invocada por la parte demandada respecto de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava.

La Sala debe ahora pronunciarse si corresponde a la jurisdicción contenciosa resolver de fondo la pretensión tercera de la demanda, en donde expresamente la entidad demandante solicita *“se declare la legalidad de la resolución n.º 0434 del 1º de noviembre de 2001, por medio de la cual la Empresa de Licores de Cundinamarca declaró la caducidad del contrato n.º 084 de 1999 suscrito por la sociedad Trito Ltda., y además declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del contratista afectando la póliza n.º 9502275, y la legalidad de la resolución 0163 de 20 de marzo de 2002 por medio de la cual se desató el recurso interpuesto y confirmó la resolución n.º 434 de 2001”.*

Para el efecto, impera advertir que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, permite enjuiciar a través de la acción de controversias contractuales los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual. En consecuencia, la pretensión que contra estos actos dirija el demandante debe encaminarse a su impugnación, no a obtener su convalidación en sede judicial, en tanto de los actos proferidos por la administración emana una presunción de legalidad, que le atribuye un carácter ejecutivo y ejecutorio[[10]](#footnote-10).

La Sala ha considerado, en este mismo sentido, que *“los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal.*  *Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio”[[11]](#footnote-11).*

En consecuencia, la Sala deberá declararse inhibida para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda ante su ineptitud, toda vez que si bien esta Jurisdicción se encuentra facultada para pronunciarse acerca de la impugnación de los actos administrativos contractuales proferidos en uso de facultades excepcionales, la forma en que fue dirigida la pretensión de la entidad demandante no admite pronunciamiento, atendiendo lo considerado en precedencia.

1.2. Ahora bien, en tratándose de la falta de jurisdicción ya advertida, no debe perderse de vista que la misma constituye causal de nulidad procesal[[12]](#footnote-12) insaneable de conformidad con el último inciso del artículo 144 del C. de P. C[[13]](#footnote-13). En consecuencia en esta oportunidad se declarará de oficio[[14]](#footnote-14) por la Sala la nulidad parcial de la actuación, en lo que concierne al conocimiento de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, a partir de la providencia de 9 de diciembre de 2003, mediante la cual se admitió el libelo introductorio (f. 78 c.1).

En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá y al hacerlo se advierte que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, vale decir, el 6 de octubre de 2003, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A.

Finalmente y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró 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, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

1.3. Así las cosas, en estricta técnica jurídica, la pretensión de legalidad formulada por la Empresa de Licores de Cundinamarca impide un pronunciamiento de fondo de la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia la Sala modificará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar probada la excepción de falta de jurisdicción respecto a las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda y se declarará inhibida para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda.

2. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia del 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, cuya parte resolutiva quedará así:

*1. Declárese inhibida esta Corporación para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda por los motivos expuestos en la providencia.*

*2. Declárese probada la excepción de falta de jurisdicción respecto a las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.*

*3. Declárese la nulidad parcial de lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual gira la controversia planteada en la demanda.*

*4. En firme esta providencia, ENVIAR el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, 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 6 de octubre de 2003*.

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS**, toda vez que no están probadas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrada Magistrado

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. La sentencia de primera instancia fue aprobada por la sala mayoritaria del tribunal *a quo* con aclaración de voto del magistrado Wilson Arcila Arango (fl. 527 a 529 c. ppal. 2) y salvamento de voto del magistrado Edgar Guillermo Cabrera Ramos (fl. 531 a 536 c. ppal.2)  [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 17 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, con salvamento de voto de los Honorables Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad se unificó la jurisprudencia en torno a la carga argumentativa que debía cumplir el Ministerio Público cuando recurría una decisión, así: “*En efecto, se reitera, el Ministerio Público está llamado a participar de forma activa –como sujeto procesal especial– en los procesos contencioso administrativos, pero siempre circunscrita su actuación a la materialización de los objetivos indicados en el texto constitucional, esto es: i) la defensa del orden jurídico, ii) la protección del patrimonio público o iii) la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los asociados. (…) Como corolario de lo anterior, siempre será susceptible que los agentes del Ministerio Público –como representantes de la sociedad– actúen en el proceso contencioso administrativo, inclusive a través de la interposición de recursos legales, pero deben razonar y justificar de manera expresa la relación que existe entre el mecanismo de impugnación específico y cualquiera –o todos– de los objetivos de intervención delimitados en la Constitución Política de 1991*”. En el mismo sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de septiembre de 2015, exp. 39138, C.P. Hernán Andrade Rincón (E); Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, exp. 37118, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 33597, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, con aclaración de voto de los Honorables Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth; Subsección A, sentencia del 1 de octubre de 2014, exp. 30577, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-3)
4. En la cláusula vigésima tercera del contrato de distribución n.º 084 de 1999, se dispuso: *En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del presente contrato, las relacionadas con las cuotas mínimas de compra, atendida la previsión contenida en el parágrafo de la cláusula segunda de este contrato, uso indebido de nombres, marcas y logotipos, ausencia de los informes que se mencionan a lo largo del presente contrato, venta fuera del territorio asignado o falta de pago de los productos vendidos o de los impuestos que se generen con ocasión del presente contrato, dará derecho a LA EMPRESA para cobrar ejecutivamente a EL CONTRATISTA, a título de pena, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del presente contrato, o la modificación por el año vigente que sufra con posterioridad. El pago de esta suma se hará sin necesidad de requerimiento judicial o privado alguno, y se hará sin perjuicio de las facultades excepcionales de la EMPRESA y de las acciones judiciales para obtener la total indemnización de los perjuicios que sufra.*

*PARAGRAFO ÚNICO. – EL CONTRATISTA tendrá de igual manera derecho a exigir de LA EMPRESA, sin requerimiento judicial o privado alguno, el pago de la cláusula penal estipulada, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de esta.* (fls. 27-28 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-4)
5. *Cláusula vigésima-. De la caducidad.- La Empresa podrá declarar la caducidad del presente contrato, sin necesidad de requerimiento alguno, cuando se presente incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA.*

*Cláusula vigésima primera.- Cláusulas excepcionales.- En este contrato se entienden incorporadas las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, en los términos de la Ley 80 de 1993. (fl. 27 c. ppal).*  [↑](#footnote-ref-5)
6. De conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal se pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. En consonancia, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que la distribución de licores departamentales constituye el ejercicio de un monopolio rentístico, a la luz de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, por lo que resulta imperativa la inclusión de cláusulas excepcionales (Sentencia de 28 de agosto de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), exp. 37279). [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Así se consideró en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación, del 18 de abril de 2013, exp. 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.  [↑](#footnote-ref-9)
10. De conformidad con el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo: “*los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”.* A su vez el artículo 66 de la misma normativa dispone que los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver en sentencia de 8 de julio de 2016, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, exp. 28885, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

 [↑](#footnote-ref-11)
12. Al tenor de lo previsto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo serán causales de nulidad en los procesos regidos por esta normativa, las previstas en el Código de Procedimiento Civil. A su vez, el numeral 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción. [↑](#footnote-ref-12)
13. El artículo 144 citado exceptuó de saneamiento la nulidad procesal originada por la ausencia de jurisdicción al disponer en el último inciso: *“No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo*[*140*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil_pr005.html#140)*, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”* (subrayas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-13)
14. En virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C. de P. C., que en su texto consagró: “*En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe”.* [↑](#footnote-ref-14)