**CLÁUSULA COMPROMISORIA - Elementos esenciales**

Cláusula compromisoria reúne los dos elementos esenciales del pacto arbitral, a saber: “i) (la) intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) hacerlo constar por escrito, en cuanto las normas legales vigentes lo establecen como requisito indispensable de la cláusula compromisoria –artículo 70 y 71 de la Ley 80 de 1993”.

**PACTO ARBITRAL - Renuncia tácita**

(..) el hecho de haber acudido a la jurisdicción contencioso administrativa para someter a su conocimiento la presente demanda, sin que la accionada hubiera efectuado manifestación expresa en torno a la existencia de la cláusula compromisoria, no constituye una renuncia tácita al pacto arbitral, pues tal y como lo definió la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial, para que tal renuncia sea válida se requiere que sea mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a la justicia arbitral, es decir, que debe tratarse de una manifestación de voluntad expresa, en la misma forma en que lo hicieron inicialmente.

**FALTA DE JURISDICCION - Sin expresa voluntad de las partes - Pacto arbitral**

Así las cosas, no se observa dentro del expediente manifestación expresa de voluntad de las partes tendiente a derogar los efectos de la cláusula contenida en el contrato n.º 1060 de 1999, razón por la cual debe entenderse que seguía siendo su deseo someter las controversias suscitadas a un cuerpo colegiado especial, como el tribunal de arbitramento, sobre todo si se tiene en cuenta que lo ahora pretendido es que esta jurisdicción provea frente al presunto daño derivado del incumplimiento del referido contrato, que derivó en un desequilibrio económico; y respecto de la legalidad de las resoluciones por medio de las que Invías liquidó unilateralmente el contrato objeto de controversia. Se advierte entonces que tanto el a quo como esta Corporación carecen de jurisdicción para conocer de las pretensiones de la demanda. En esa medida, encuentra el despacho que se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 1 del artículo 140 del C.P.C. de falta de jurisdicción, la cual, en concordancia con lo dispuesto por el último inciso del artículo 144 y el artículo 145 del mismo Código, es insaneable.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

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

**Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00427-02(34819)**

**Actor: CONSORCIO MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Encontrándose el expediente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, se advierte la configuración de una causal de nulidad procesal insaneable de todo lo actuado, por lo que se procederá a declararla.

**ANTECEDENTES**

1. El 17 de febrero de 2004, las sociedades Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Ltda. y Otero Construcciones e Ingeniería Ltda., integrantes del consorcio Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Ltda. y Otero Construcciones e Ingeniería Ltda., mediante apoderado, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Instituto Nacional de Vías-Invías (f. 4-51, c. 1), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*1. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS, incumplió el contrato No 1060/99 y sus adicionales celebrados entre ese Instituto y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSTRUCTORES ASOCIADOS LTDA. Y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada- para la rehabilitación y conservación del Puente Puerto Salgar de la carretera Honda-Río Ermitaño, al no haber actualizado el valor del referido contrato, en virtud del desequilibrio financiero que allí se produjo, generado como consecuencia del error en la información económica suministrada por el INVÍAS, al fijar como techo del valor de las ofertas un presupuesto oficial basado en precios del año 1998, para ejecutar una obra en el año 2000.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se fije como valor fiscal inicial del contrato la suma de $663.139.952,00, que corresponde a los precios actualizados a enero del año 2000, tomando como referencia el incremento en el índice a los precios al consumidor, durante el periodo comprendido entre el mes de octubre de 1998 y el mes de enero del año 2000, y en virtud de ello se condene al INVÍAS a reconocer y pagar a las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA la suma de $72.607.577, que corresponden a la diferencia entre el valor fiscal inicial –fijado con base en precios a octubre de 1998- y el valor actualizado de éste a precios de enero de 2000. Valor este que deberá indexarse aplicando el incremento en el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, o con el método que a criterio de ese Honorable Tribunal resulte satisfactorio para el logro de ese propósito.*

*3. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS incumplió el contrato de Obra No. 1060/99 y sus adicionales, celebrados entre esta institución y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada-, para la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de La Carretera Honda-Río Ermitaño, al haber generado una mayor permanencia del contratista en la Obra, con todos los sobrecostos que de esa circunstancia se derivaron para el contratista y que, consecuentemente, configuraron un desequilibrio contractual.*

(…)*.*

*5. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS incumplió el contrato No. 1060/99 y sus adicionales celebrados entre ese Instituto y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada-, para la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de La Carretera Honda-Río Ermitaño, al haberse negado al pago de las mayores cantidades de obra que fueron ejecutadas por el Contratista y recibidas a satisfacción por el INVÏAS, pero no contempladas en la oferta, en virtud de los errores contenidos en la información suministrada por el INVÍAS en desarrollo de la Licitación No SCV-058-99, que condujo a la celebración del referido contrato.*

(…).

*7. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS incumplió el contrato de Obra No. 1060/99 y sus adicionales, celebrados entre ese Instituto y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada-, para la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de La Carretera Honda-Río Ermitaño, al haberse negado a pagar los reajustes de las mayores cantidades de obra que fueron ejecutadas por el Contratista y recibidas a satisfacción por el INVÍAS, pero no contempladas en la oferta, en virtud de los errores contenidos en la información suministrada por el INVÍAS en desarrollo de la Licitación No SCV-058-99, que condujo a la celebración del referido contrato; reajuste este que se causa en virtud de la mayor extensión del plazo contractual, por razones enteramente imputables a la responsabilidad de la Entidad Contratante.*

(…)*.*

*9. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS incumplió el contrato No. 1060/99 y sus adicionales celebrados entre ese Instituto y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada-, para la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de La Carretera Honda-Río Ermitaño, al haber omitido el pago del costo de los diseños elaborados por el Contratista para la ejecución de la mencionada obra.*

(…)*.*

*11. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS incumplió el contrato No. 1060/99 y sus adicionales celebrados entre ese Instituto y las sociedades SOCIEDAD MELO Y ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. y OTERO CONSTRUCCIONES E INGENIERÍA LIMITADA. SOC. MELO Y ÁLVAREZ LTDA-OTECO LIMITADA, -quienes actuaron en esa relación contractual en forma consorciada-, para la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de La Carretera Honda-Río Ermitaño, al negarse a reconocer y pagar el reajuste de precio del contrato, en virtud del desequilibrio económico causado por el desfase del plazo contractual por razones exclusivamente imputables a la responsabilidad de la Entidad Contratante.*

(…).

*14 Que como consecuencia de las declaraciones de incumplimiento y, correlativamente, de condena aquí formuladas, se deje sin efectos jurídicos las resoluciones N.º 5770 de octubre 8 de 2001, la 7550 de diciembre 28 de 2001 y la 168 de enero 23 de 2002, por medio de las cuales el INVÍAS, liquidó unilateralmente en contrato No. 1060-99 y sus adicionales, a través de la primera y confirmó esta última por medio de las dos restantes en cita.*

(…).

1. Como sustento fáctico de las peticiones, la parte actora expuso lo siguiente:
* Mediante resolución n.º 004581 de 27 de octubre de 1999, el Instituto Nacional de Vías-Invías, abrió la licitación pública n.º SCV-058-99, que tenía por objeto contratar la rehabilitación y conservación del puente Puerto Salgar de la carretera Honda-Río Ermitaño.
* Las empresas demandantes resultaron adjudicatarias a través de resolución n.º 005482 de 14 de diciembre de 1999. El 27 de diciembre de 1999 se suscribió el contrato n.º 1060 de 1999, entre las sociedades Melo y Álvarez Proyectistas y Consultores Asociados Ltda. y Otero Construcciones e Ingeniería Limitada y el Invías.
* La entidad contratante definió, en el numeral 2.15 del pliego de condiciones, que el presupuesto oficial para la obra era de $620 000 000, “*cifra que no era susceptible de ser verificada en cuanto a la sustentación de la misma, toda vez que no se conocía el análisis detallado que sirvió de base al precio global del presupuesto oficial, el cual solo vino a conocerse por* [los demandantes] *el 12 de febrero del año 2001, cuando les fuere reportado por la Subdirección de Conservación del Invías en respuesta a solicitud formulada en tal sentido*”. Si bien en el estudio previo se encontraba que el presupuesto de las obras calculado se hizo con precios de octubre de 1998, Invías jamás señaló, dentro de los documentos que hicieron parte de la licitación, que dicha referencia era el fundamento del valor oficial.
* Los demandantes presentaron su propuesta partiendo del supuesto que los precios del contrato estaban proyectados a enero del año 2000, que correspondía a la fecha en que se ejecutaría la obra contratada, en virtud a que el presupuesto no tendría reajuste.
* El contratista, conformado por el consorcio, solicitó a la Subdirección de Conservación del Invías el presupuesto detallado por ítems, cantidades y precios, información que fue entregada mediante comunicación n.º 002972 de 12 de febrero de 2001, donde se halló que el mismo obedecía al costo señalado por la firma consultora AOO Ingeniería E.U., en el estudio previo desarrollado, teniendo en cuenta para su cálculo los precios del año 1998.
* La falta de dicha información en los documentos de la licitación condujo a errores a los oferentes en la presentación de sus propuestas, toda vez que se tuvieron en cuenta precios del año 1998 para una obra a ejecutarse en el 2000. Lo anterior condujo a un desequilibrio contractual evidente y a la violación del principio de buena fe de la administración, ya que se pretendió celebrar un contrato, y en efecto se hizo, con precios descompensados.
* Debía reconocerse una compensación del valor del contrato con precios proyectados al año 2000, pues de no hacerse se tendría el absurdo de que el contratista dejó de lado su ganancia y financió la obra.
* En ejecución del contrato no fue posible llevar a cabo el programa de trabajo fijado por el contratista por circunstancias imputables a Invías, toda vez que la entidad no consiguió el permiso necesario con Ferrovías y Fenoco para utilizar la línea férrea ubicada en la zona, situación que conllevó a modificaciones del proyecto y a una demora en la ejecución de la obra. Esto se tradujo en un costo superior al valor previsto inicialmente y la prórroga del plazo contractual en tres oportunidades.
* En actas de 30 de junio y 12 de julio de 2000, el contratista se comprometió a no reclamar desequilibrio contractual a causa del cambio en el sistema constructivo, sin embargo, las pretensiones de la demanda su fundamentaron en que Invías no satisfizo las exigencias relativas al permiso, lo cual nada tenía que ver con la modificación del plan de construcción.
* Invías incurrió en un error en el suministro de la información relativa a las dimensiones de la rampa y del puente a reconstruir, lo cual, al hacer el levante topográfico, reflejó mayores áreas de trabajo, que generaron mayores cantidades de obra, ejecutadas por el contratista y no pagadas por el contratante.
* Dentro del proyecto no estaba contemplado el diseño de la obra, que ciertamente asumió el contratista, pero que en todo caso no hacía parte del precio global fijado para la ejecución del contrato y debía reconocerse su valor de manera íntegra.
* Finalmente, ante las diferencias planteadas por el contratista, este acudió al Tribunal de Arbitramento, en virtud de la cláusula compromisoria. Empero, simultáneamente, Invías decidió liquidar unilateralmente el contrato, acta que fue comunicada al contratista luego de la admisión de la demanda y de su notificación a la entidad, lo cual condujo a un pronunciamiento inhibitorio. Así las cosas, la cláusula compromisoria quedó sin efectos y la competencia se radicó exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa.
1. Mediante auto de 15 de abril de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada y dispuso notificar a la parte accionada (f. 58-59, c. 1).
2. En escrito de 10 de agosto de 2004, el apoderado judicial de la entidad accionada contestó la demanda (f. 70-81, c. 1), en la que se opuso a las pretensiones por ausencia de responsabilidad. Propuso las excepciones de contrato cumplido e inexistencia de la obligación, frente a la cual manifestó que los deberes fueron cumplidos a cabalidad, por lo que no se entendía que el accionante quisiera obtener un beneficio adicional al que contractualmente le correspondía; y falta de previsión del contratista, quien a pesar de conocer las bases contractuales, no colaboró en la solución de los inconvenientes presentados, si no que mantuvo una actitud pasiva para poder sacar provecho.
3. Agotadas las etapas procesales pertinentes, el 6 de junio de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia** de primera instancia (f. 310-318, c. ppl.), en la que se negaron las súplicas de la demanda. La parte resolutiva del fallo indicó:

*PRIMERO: Se deniegan las pretensiones de la demanda.*

*SEGUNDO: Sin condena en costas.*

* 1. En primer lugar, el Tribunal analizó las normas relativas al equilibrio contractual para establecer su aplicación en el caso concreto. Consideró que la sociedad demandante, como proponente y adjudicataria del proceso licitatorio iniciado por Invías, tenía el deber de informarse sobre las obras a ejecutar y los costos que esta implicaría, en consideración a su tiempo de experiencia en el tema. Para el *a quo*, de conformidad con el literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las reglas establecidas en el pliego de condiciones siempre estuvieron claras en señalar que el estudio suministrado era del año 1998 y que constituía un punto de referencia, razón por la cual correspondía al contratista hacer los estudios técnicos y financieros para verificar si su propuesta se ajustaba al valor fijado por la entidad. Lo anterior conllevó a concluir que la falta de previsión del contratista no podía ser usada como argumento para manifestar ahora un desequilibrio económico.
	2. En cuanto a los retrasos en la obra, presuntamente imputables a Invías por no gestionar los permisos para la utilización del corredor férreo, el Tribunal estimó que el contratista fijó el plan de construcción con la implementación de un puente sobre la línea férrea, para lo cual era necesario la autorización de Ferrovías inicialmente, y luego del concesionario Fenoco. En ese sentido, Invías cumplió su obligación de solicitar los permisos, que fueron otorgados, pero frente a los cuales no se pudo demostrar por qué no se construyó el puente provisional y se utilizó la línea férrea. Adicionalmente, en el acta de reunión de 30 de junio de 2000, “*el contratista manifestó que renunciaba a cualquier tipo de reclamación posterior, por desequilibrio económico por mayor plazo del contrato, como consecuencia de las modificaciones en el sistema constructivo inicialmente pactado* (…)”.
	3. Frente a la falta en que incurrió Invías por incluir en el pliego de condiciones errores sobre el ancho de la rampa y del puente, con medidas inferiores a las reales, el *a quo* indicó que siempre fue claro que los estudios elaborados constituían una referencia, pero que los proponentes debían visitar el área de la obra para verificar la naturaleza de la misma. Finalmente, dijo que en el pliego de condiciones se señaló que la propuesta presentada por los oferentes contemplaba el diseño definitivo de la obra a ejecutar, razón por la cual este elemento hacía parte del valor del contrato.
1. La anterior decisión fue **apelada** en tiempo por la parte demandante, Sociedades Melo y Álvarez Proyectistas y Consultores Asociados Ltda. y Otero Construcciones e Ingeniería Limitada (f. 321, c. ppl.). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto de 1 de agosto de 2007, negó el recurso de apelación, en atención a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, la cual fijó que la cuantía de los procesos contractuales susceptibles de recurso de alzada debía superar los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la que, como el asunto no alcanzaba dicho monto, era de única instancia (f. 323-324, c. ppl.).
2. El 13 de agosto de 2007, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición contra el referido auto (f. 325-325, c. ppl.). Para el recurrente, conforme a la estimación razonada de la cuantía de la demanda, fijada en la suma de $367 449 581, se podía inferir que el asunto excedía los 500 salarios mínimos legales vigentes necesarios para acudir a la segunda instancia. Añadió que la Ley 954 de 2005 tenía una vigencia temporal, mientras entraban en funcionamiento los juzgados administrativos, entes judiciales que ya se encontraban operando al momento en que el proceso entró para fallo, por lo cual no se entendía que se reprochara la cuantía, pero que no se hubiera enviado el caso a los juzgados al tiempo que entraron a operar.
3. Mediante proveído de 31 de octubre de 2007, el Tribunal confirmó el auto de 1 de agosto de 2007 y ordenó la expedición de las copias necesarias para el trámite del recurso de queja (f. 330-331, c. ppl.). El 20 de noviembre de 2007, la parte actora interpuso recurso de queja ante el Consejo de Estado (f. 15, c. queja).
4. Esta Corporación, en providencia de 10 de abril de 2008, resolvió el recurso de queja interpuesto por la parte actora, en el sentido de estimar mal denegada la apelación en contra de la sentencia de 6 de junio de 2007 y consecuencialmente conceder el recurso de alzada, tras estimar que la cuantía del proceso sí excedía los 500 S.M.L.M.V. (f. 334-336, c. ppl.).
5. Surtidas las etapas correspondiente, el 27 de noviembre de 2008, el recurrente presentó memorial de sustentación (f. 346-361, c. ppl.). Señaló que el Tribunal no tuvo en cuenta las disposiciones de los literales c, d y e del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 83 de la Constitución Política, sobre el principio de buena fe. Adujo que Invías sabía que el presupuesto estaba desfasado en dos años y el contratista no podía precisar la información contenida en el pliego de condiciones, toda vez que no existió diseño de la obra para establecer las cantidades y su valor. Teniendo en cuenta que se trataba de un contrato con presupuesto global fijo, sin opción de reajuste, insistió en que no era previsible que este se hiciera con precios congelados a un año que no correspondía al de su ejecución, pues la experiencia indicaba que debía ser proyectado al año 2000.
	1. Adujo que si bien en la licitación se indicó que el estudio había sido realizado en 1998, “*el pliego no advirtió que el mismo había servido de sustento para la fijación del valor fiscal del proyectado contrato*”. En ese sentido, dijo que no podía el Tribunal arribar a la conclusión de que las reglas fueron claras desde el principio y que era deber del oferente realizar los estudios técnicos y financieros para verificar si el presupuesto se ajustaba a los costos proyectados al año 2000, porque para desarrollar dicho ejercicio era necesario el diseño de la obra, que no existía. A su juicio, resultaba imposible pensar que alguien incurriría en ese gasto solo para comprobar el costo real de la obra.
	2. En relación a la mayor permanencia del contratista en la obra, adujo que esta se debió a que Invías no consiguió el permiso para la utilización de la vía férrea, pues si bien Ferrovías autorizó su utilización por un mes inicialmente, la entidad contratante no había aprobado la alternativa constructiva a la fecha de vencimiento de esa autorización, y posteriormente, aunque Fenoco autorizó por 4 meses la utilización de la línea, este permiso se circunscribió a dos presupuestos: i) que Ferrovías aceptara el uso solicitado para el puente férreo y ii) que suscribiera otro sí al contrato de concesión. Supuestos que nunca se cumplieron, lo que conllevaba a concluir que no se logró con el ineludible consentimiento.
	3. Sobre la renuncia del contratista para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico como consecuencia del cambio del sistema constructivo, indicó que no llevaba *per se* a la dimisión de reclamos por el desequilibrio contractual generado por la imposibilidad de ejecutar la obra ante la ausencia del permiso para utilizar la vía férrea. La causa de la demora en la ejecución de las obras, resaltó, no fue el cambio de sistema constructivo si no la autorización. Concluyó que si esta condición se hubiera cumplido oportunamente, no hubiese existido mayor permanencia del contratista, por lo cual el cambio de sistema resultaba irrelevante.
	4. Sostuvo que indudablemente el error en la información técnica relativa al ancho de la rampa y del puente, generaron mayores cantidades de obra, que Invías debía reconocer, pues lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa de la entidad y un empobrecimiento del contratista. Anotó que no podía el contratista informarse sobre las cantidades de obra a ejecutar, pues no se contaba con un diseño que permitiera comparar los datos técnicos suministrados. Igualmente, que nadie podría realizar esos estudios previos a la oferta, porque ello implicaba un costo muy elevado. Finalmente, indicó que la ausencia de responsabilidad pretendida por Invías, violaba el literal d del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto estableció que no podrían incluirse “*exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministr*[aran]”.
6. El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación mediante auto de 11 de diciembre de 2008 (f. 363, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

1. Advierte el despacho que dentro del contrato celebrado entre las partes, en su cláusula vigésimo novena, se pactó lo siguiente (f. 237, cuaderno de pruebas n. 2):

***CLÁUSULA COMPROMISORIA.*** *cualquier controversia que surja entre las partes a causa de este contrato, en relación directa o indirecta con el mismo, se resolverá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas; 1) El Tribunal estará integrado por tres árbitros, con experiencia en derecho administrativo y particularmente en contratación administrativa, designado de común acuerdo por las partes o si las partes no logran acuerdo, designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, 2) La organización interna, las tarifas, costos y honorarios del tribunal estarán sujetos a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá; 3) El tribunal decidirá en derecho; 4) El Tribunal de Arbitramento será conducido en idioma castellano y estará sujeto a la ley colombiana y su procedimiento será regido por el Decreto 1818 de 1998, y demás normas que lo modifiquen o deroguen; 5) El Tribunal funcionará en Santafé de Bogotá, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio.*

1. De acuerdo con lo reseñado anteriormente, fue voluntad de las partes sustraer del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todas las controversias que se suscitaran con ocasión del contrato objeto del presente litigio, para lo cual establecieron precisamente el acceso a un tribunal de arbitramento, a consideración de las partes, sin plantear excepción alguna en la respectiva cláusula contractual. La anterior situación constituía una obligación para quien pretendiera demandar con fundamento en dicho negocio jurídico. En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia:

*En conformidad con lo libremente acordado fue voluntad de las partes, fruto de un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad, declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.N., que faculta a radicar dicha solución de conflictos en la jurisdicción arbitral.*

*5. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2 A del decreto 2279 de 1989, vigente para la época de los hechos[[1]](#footnote-1), la cláusula compromisoria es un pacto contenido en un contrato, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de este, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.*

*En virtud de este pacto, las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden declinar la jurisdicción institucional permanente del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior. Por virtud de esta determinación, cualquier controversia sometida a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten derogar tal cláusula*[[2]](#footnote-2)*.*

1. El despacho encuentra que esta cláusula compromisoria reúne los dos elementos esenciales del pacto arbitral, a saber: “*i)* (la) *intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) hacerlo constar por escrito, en cuanto las normas legales vigentes lo establecen como requisito indispensable de la cláusula compromisoria –artículo 70 y 71 de la Ley 80 de 1993*”[[3]](#footnote-3).
2. En este contexto, el hecho de haber acudido a la jurisdicción contencioso administrativa para someter a su conocimiento la presente demanda, sin que la accionada hubiera efectuado manifestación expresa en torno a la existencia de la cláusula compromisoria, no constituye una renuncia tácita al pacto arbitral, pues tal y como lo definió la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial, para que tal renuncia sea válida se requiere que sea mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a la justicia arbitral, es decir, que debe tratarse de una manifestación de voluntad expresa, en la misma forma en que lo hicieron inicialmente[[4]](#footnote-4).
3. Así las cosas, no se observa dentro del expediente manifestación expresa de voluntad de las partes tendiente a derogar los efectos de la cláusula contenida en el contrato n.º 1060 de 1999, razón por la cual debe entenderse que seguía siendo su deseo someter las controversias suscitadas a un cuerpo colegiado especial, como el tribunal de arbitramento, sobre todo si se tiene en cuenta que lo ahora pretendido es que esta jurisdicción provea frente al presunto daño derivado del incumplimiento del referido contrato, que derivó en un desequilibrio económico; y respecto de la legalidad de las resoluciones por medio de las que Invías liquidó unilateralmente el contrato objeto de controversia[[5]](#footnote-5).
4. Se advierte entonces que tanto el *a quo* como esta Corporación carecen de jurisdicción para conocer de las pretensiones de la demanda. En esa medida, encuentra el despacho que se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 1 del artículo 140 del C.P.C. de falta de jurisdicción[[6]](#footnote-6), la cual, en concordancia con lo dispuesto por el último inciso del artículo 144 y el artículo 145 del mismo Código, es insaneable.
5. Contrario a lo realizado por el *a quo*, el funcionario judicial debió abstenerse de tramitar el asunto desde que fue sometido a su conocimiento, de allí que opere la nulidad insaneable de toda la actuación surtida ante este y ante el Consejo de Estado.
6. Ahora bien, del material probatorio obrante en el expediente se advierte que las partes acudieron al Tribunal de Arbitramento para solucionar las diferencias planteadas en relación al contrato n.º 1060 de 1999. En ese sentido, de la providencia 20 de febrero de 2003, proferida por el mismo cuerpo colegiado, se tienen los siguiente hechos relevantes (f. 494-527, cuaderno de pruebas n.º 2):
* El 28 de septiembre de 2001, las sociedades Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Ltda. y Oteco Construcciones e Ingeniería Ltda. convocaron la conformación del Tribunal de Arbitramento, que fue admitida el 16 de noviembre de 2001 y notificada a la convocada el 28 del mismo mes y año.
* Por su parte, el 8 de octubre de 2001, Invías profirió la resolución n.º 5770, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato n.º 1060 de 1999, ante la imposibilidad de hacerlo bilateralmente; decisión que fue notificada personalmente el 25 de octubre de 2001 al representante de las sociedades, quien interpuso recurso de reposición el 29 de octubre del mismo año.
* El 28 de diciembre de 2001, mediante resolución n.º 7550, Invías resolvió el recurso de reposición presentado por Seguros Alfa S.A., contra la decisión anteriormente referida. Por su parte, el 23 de enero de 2002 profirió la resolución n.º 0168, en la que decidió el recurso de reposición presentado por la parte actora, actos administrativos en los que se confirmó la providencia recurrida. Las citadas resoluciones fueron notificadas al representante de las sociedades el 11 de enero y 19 de febrero de 2002, respectivamente.
* El 26 de junio de 2002, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las diferencias sometidas a su conocimiento.
* Concluyó el Tribunal de Arbitramento que para el momento en que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria y dispuso su notificación al convocado, ya Invías había adoptado la decisión de liquidar unilateralmente el contrato n.º 1060 de 1999, que quedó en firme una vez se decidieron los recursos contra ella propuestos.
* Así las cosas para la fecha en que el Tribunal se declaró competente (26 de junio de 2002), las partes tenían conocimiento de la liquidación unilateral del contrato n.º 1060 de 1999.
* Consecuencia de lo descrito, el Tribunal de Arbitramento se declaró inhibido por carecer de competencia. Al respecto, señaló:

*Ahora bien: en las circunstancias mencionadas y de conformidad con la jurisprudencia dominante del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, este Tribunal se enfrenta a un inconveniente insalvable e insoslayable, que le impide decidir de mérito la controversia que le fuera sometida, porque la resolución número 5770 del 8 de octubre de 2001, que dispuso la liquidación unilateral del contrato 1060 de 1999 y las que la confirmaron, son actos administrativos firmes, que el Tribunal no puede desconocer ni puede revisar, toda vez que de conformidad con la Constitución Nacional y la ley, el juez propio de los actos administrativos es la jurisdicción contencioso administrativa y un Tribunal de Arbitramento no tiene competencia para pronunciarse al respecto. Si lo hiciera, además correría el riesgo de incurrir en pronunciamientos contradictorios*.

(…).

*En virtud de tales consideraciones, la Corte Constitucional, mediante la sentencia en cita, resolvió declarar exequibles los artículo 70 y 71 de la ley 80 de 1933, “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”.*

1. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en una interpretación de la sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000, proferida por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, consideró que las clausulas excepcionales no susceptibles de pronunciamiento por los árbitros, son solo aquellos poderes señalados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1933. Bajo esa lógica, la Sección Tercera, en sentencia de 10 de junio de 2009[[7]](#footnote-7) manifestó:

*Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.*

(…).

*En efecto, según se desarrolló anteriormente, de conformidad con la ratio decidendi de la Sentencia C-1436 de 2000, en esa ocasión la Corte Constitucional –bueno es reiterarlo– asimiló o identificó los “poderes excepcionales” que en materia de contratación se encuentran consagrados a favor de las entidades estatales, con el conjunto de facultades –y exclusivamente esas– que la Ley 80 de 1993 consagra en su artículo 14.*

(…).

*A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequiblidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.*

*Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).*

1. Así las cosas, de acuerdo con la posición expuesta, los árbitros, en ejercicio de sus facultades, sí tienen competencia para decidir sobre la validez, sea total o parcial, del acto de liquidación unilateral del contrato estatal, en la medida en que sobre ello verse la controversia sometida a su conocimiento[[8]](#footnote-8).
2. Por lo expuesto, se procederá a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 15 de abril de 2004, a través del cual se admitió la demanda, inclusive.
3. Así mismo, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2 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[[9]](#footnote-9), previa advertencia de 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.

Por lo expuesto, se

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia a partir del auto admisorio de la demanda -inclusive-, por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, por los motivos expuestos en la parte motiva.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. [1] *“Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 118 del Decreto 1818 de 1998-Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, adicionado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012)”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 1997-7635 (23786), C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Reiterado en auto del 11 de septiembre de 2014, expediente 30562, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 15 de octubre de 2015, rad. 20001-23-31-000-2003-01316-01(33007), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente 17 859 (R-0035), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-4)
5. Asuntos que, por lo demás, pueden ser de conocimiento de la justicia arbitral. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, auto del 15 de mayo de 2017, exp. 201200552 01 (53970), C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. “*El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:* // *1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 10 de junio de 2009, radicado n.º 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36252). [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicado n.º 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 1 de agosto de 2016, radicado n.º 11001-03-26-000-2015-00184-00(56138). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 1997-7635 (23786), C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-9)