**CLÁUSULA COMPROMISORIA - Obligatoriedad -** **Renuncia tácita - Cláusulas excepcionales**

Se observa que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento en que se celebró el contrato (…) La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en torno a la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria mediante la cual las partes de un contrato estatal decidan incorporarla, con el objeto de atribuir a la justicia arbitral, jurisdicción para que sean los árbitros así habilitados los que diriman los conflictos delimitados en el pacto respectivo, cláusula que -de acuerdo con la normativa del Decreto 1818 de 1998- de modo alguno puede ser desconocida por las partes del contrato estatal mediante la figura de la renuncia tácita. (…) la Sección Tercera acogió la tesis jurisprudencial de conformidad con la cual la Justicia Arbitral cuenta con la facultad para decidir sobre la validez de todos aquellos actos administrativos contractuales diferentes a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto ellos no comportan el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal. (…) el Despacho precisa que este caso no se encuentra en el ámbito de cláusulas excepcionales del régimen de la contratación estatal que, para los efectos de la competencia del Tribunal de Arbitramento, son las comprendidas en el artículo 14 de la misma Ley 80, excluidas de la jurisdicción arbitral, de conformidad con la mencionada providencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

**TRÁNSITO LEGISLATIVO -** **Aplicación del Código de Procedimiento civil**

Las decisiones que se adoptan en este proveído se apoyan en la aplicación del Código de Procedimiento Civil, por virtud del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y de la regla aplicable en el tránsito de legislación, de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. (…) El Despacho no desconoce la aplicación general e inmediata del Código General del Proceso, no obstante, en este caso se encuentra frente a una excepción legislativa sobre las demandas y procesos en curso.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Acción arbitral - Término - Interrupción**

Acerca del término para activar la acción arbitral, como no existió una norma en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho acude a establecer el término prudencial, el cual fija en este caso en veinte (20) días, siguientes a la ejecutoria del presente auto. Por otra parte, para efectos de la interrupción de la caducidad de la acción frente al procedimiento arbitral, que es autónomo del proceso que ahora se conoce, se hace notar que el Despacho ha hecho coincidir el término prudencial que se acaba de determinar con el referido en el Código General del Proceso, que, si bien no aplica, el Despacho lo encuentra razonable, de acuerdo con el artículo 95 del C.G.P.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 50001-23-31-000-2005-40400-01(49454)**

**Actor: SALUD TOTAL S.A.**

**Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO**

**Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Tema:CLÁUSULA COMPROMISORIA - nulidad en procesos iniciados en vigencia del Código Contencioso Administrativo

Encontrándose el asunto para fallo, el Despacho advierte la configuración de una causal de nulidad procesal insaneable, como es la falta de jurisdicción, contemplada en el numeral 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, ante la existencia de cláusula compromisoria pactada en el contrato No. 044 de 2003, aplicable a las diferencias con ocasión de ese negocio jurídico[[1]](#footnote-1).

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

En apoyo de la aplicación de la referida causal de nulidad, dentro del presente proceso judicial se observa que la jurisdicción arbitral ha sido determinada por las partes contratantes en este caso y que ella presenta importantes diferencias frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entre otros aspectos, por razón de la voluntariedad en que se funda la habilitación de los árbitros y la transitoriedad o temporalidad de su potestad para administrar justicia[[2]](#footnote-2), de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, a cuyo tenor:

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

*“El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

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

*“****Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia*** *en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores* ***o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley****”*(la negrilla no es del texto).

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

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

**1. La demanda**

En escrito presentado el 25 de agosto de 2005, Salud Total S.A. interpuso demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“****PRIMERA:*** *Que se declare la existencia del contrato No. 044 de 1º de abril de 2003 y sus OTROSI Nos. 001 y 002 de 1º de octubre de 2003 y 1º de diciembre de 2003, respectivamente, suscritos entre el* ***MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO, SECRETARÍA LOCAL DE SALUD*** *y la administradora del Régimen subsidiado de Salud,* ***SALUD TOTAL S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – ADMINISTRADORA DE RÉGIMEN SUBSIDIADO*** *(…).*

*“****SEGUNDA:*** *Que se declare que de conformidad con las disposiciones legales y contractuales, y con lo que se pruebe dentro de este proceso, el Municipio de Villavicencio – Secretaría Local de Salud, violó la normatividad jurídica y/o el contrato No. 044 de 2003, al no renovar el contrato y no permitir a SALUD TOTAL ARS, la continuidad en la prestación del servicio de salud para sus afiliados al Régimen Subsidiado.*

*“****TERCERA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que es nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. SLS-086 de marzo 16 de 2003, suscrito por la Secretaría Local de Salud como delegada de la Administración municipal de Villavicencio, en virtud del cual se dispuso no renovar el contrato No. 044 del 2003, cuyo objeto es la prestación de los servicios de Administración de Recursos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, celebrado entre el* ***MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO****, y la* ***ADMINISTRADORA DE RÉGIMEN SUBSIDIADO ARS DALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD****; nulidad que resulta del desconocimiento del contrato No. 044 del 2003 y de la violación de las normas citadas en esta demanda.*

*“****CUARTA:*** *Que también son nulos o ilegales todos los actos, hechos y actuaciones administrativas consecuenciales o precedentes, emitidos por las mismas autoridades dentro del desarrollo de dicho contrato, contrarios a su normal ejecución; todo lo anterior con fundamento en la teoría del decaimiento del acto administrativo.*

*“****QUINTA:*** *Que en la medida en que es ilegal la decisión adoptada por la Secretaría de Salud del Municipio de Villavicencio de no renovar el contrato No. 044 de 2003, teniendo derecho SALUDTOTAL ARS a dicha renovación de acuerdo con las disposiciones legales, el municipio de Villavicencio - Secretaría Local de Salud es administrativamente responsable de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado a la* ***ARS SALUD TOTAL S.A. EPS*** *por la no renovación, tales como el pago de la UPC-S (Unidad de Pago por Capitación del régimen subsidiado), por el mismo período o término de los contratos celebrados en el mes de abril o posteriores de 2004 con la ARS MANEXKA (Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú Manexka), Tayrona (ARS Tayrona Entidad Promotora de Salud Indígena S.A. (hoy ETNOSALUD) y COMFACOR (Caja de Compensación Familiar de Córdoba) y los demás años que determine el H. Tribunal, correspondiente a los afiliados que esta EPS tenía para la fecha en que se dio por terminado el contrato No. 044 de 2003.*

*“****SEXTA:*** *Que se declare que el municipio de Villavicencio – Secretaría Local de Salud desconoció las disposiciones legales e incumplió las estipulaciones contractuales del contrato No. 044 del 2003, al no cancelar a* ***SALUD TOTAL ARS****, en el plazo ordenado por la ley y estipulado en el contrato, los dineros correspondientes a las UPC’s de sus afiliados y por cada bimestre de duración del contrato y que como consecuencia se condene al municipio de Villavicencio – Secretaría Local de Salud, a cancelar los intereses moratorios que le corresponden de conformidad con la ley y hasta la fecha en que recibió dichos dineros para cada bimestre.*

*“****SÉPTIMA:*** *Que así mismo se declare que es nula la Resolución No. 011 del 30 de agosto de 2004, proferida por la alcaldía de Villavicencio – Secretaría Local de Salud, por medio de la cual se adoptó el acta de liquidación unilateral del contrato de Administración de Recursos del Régimen Subsidiado No. 044, suscrito el 01 de abril de 2003 entre el municipio de Villavicencio y Salud Total ARS.*

*“****OCTAVA:*** *Que con fundamento en las anteriores declaraciones, el municipio de Villavicencio - Secretaría Local de Salud es responsable y se le condene al pago de los perjuicios de todo orden, tanto morales como materiales, ocasionados a la sociedad* ***SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ARS****, incluyendo el lucro cesante y el daño emergente, en los términos y cuantía que determine el H. Tribunal, como consecuencia de la violación del contrato No. 044 de 2003 y del desconocimiento y violación de la normas legales y contractuales (…)”.*

**2. La sentencia impugnada**

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Meta profirió sentencia el 18 de junio de 2013, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda[[3]](#footnote-3).

**3**. **El recurso de apelación**

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación. Como consecuencia, solicitó que se revocara y, en efecto, se accediera a las pretensiones de la demanda[[4]](#footnote-4).

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

En este estado, el Despacho considera imperativo examinar la cláusula compromisoria contenida en el contrato No. 044 suscrito el 1º de abril de 2003[[5]](#footnote-5), en contexto con las controversias que se plantean en la demanda, habida cuenta que de existir acuerdo que obligue a las partes a someter el respectivo litigio a la justicia arbitral no procede seguir conociendo de la *litis* y, por consiguiente, se advierte que bajo tal supuesto debe anularse la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que la competente para conocer de las diferencias es la justicia arbitral.

**1. Jurisdicción competente**

El asunto en cuyo seno se generó la controversia planteada en el presente proceso lo constituye, principalmente, la impugnación de los actos administrativos a través de los cuales la Secretaría de Salud del municipio de Villavicencio: i) dispuso no renovar el contrato No. 044 de 2003 y ii) liquidó unilateralmente ese negocio jurídico.

**2. Caso concreto**

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

*“****Artículo 70º.- De la cláusula compromisoria****[[6]](#footnote-6)... En los contratos estatales[[7]](#footnote-7) podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.*

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

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

*“Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo”* (Se destaca).

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

Al respecto, la Sala reflexionó:

*“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular”*[[8]](#footnote-8).

En igual sentido, la Sección Tercera acogió la tesis jurisprudencial de conformidad con la cual la Justicia Arbitral cuenta con la facultad para decidir sobre la validez de todos aquellos actos administrativos contractuales diferentes a los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto ellos no comportan el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal[[9]](#footnote-9).

En su oportunidad, la Sala señaló[[10]](#footnote-10):

*“Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009[[11]](#footnote-11), la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:*

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

*“Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘… la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública …’[[12]](#footnote-12),* ***lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14*** *(en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993,* ***de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral*** *(…)”* (Subrayas y negrilla fuera del original).

En el caso concreto, el Despacho advierte que en la cláusula vigésima quinta del contrato No. 044 de 2003 se consignó lo siguiente:

*“****VIGÉSIMA QUINTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA.*** *Para efectos de dirimir las diferencias que puedan surgir en relación con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato de aseguramiento, las partes acuerdan someter a la jurisdicción arbitral de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993*[[13]](#footnote-13).

Se tiene presente que el Decreto 1818 de 1998, en su artículo 118[[14]](#footnote-14), dispuso lo siguiente:

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

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

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

Al margen se anota que en el mismo sentido se encuentran definiciones similares incorporadas en la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional -y se derogaron los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 de la contratación estatal-, referidas al pacto arbitral, a la cláusula compromisoria y al compromiso[[15]](#footnote-15).

Por otra parte, el Despacho precisa que este caso no se encuentra en el ámbito de cláusulas excepcionales del régimen de la contratación estatal que, para los efectos de la competencia del Tribunal de Arbitramento, son las comprendidas en el artículo 14 de la misma Ley 80, excluidas de la jurisdicción arbitral, de conformidad con la mencionada providencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[16]](#footnote-16).

**3. Tránsito de legislación**

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

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

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

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

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

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

**4. Conclusiones**

La medida que aquí deberá proferirse no impide la solución de la controversia citada en la referencia, sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con jurisdicción que en forma válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente, lo cual supone respetar la voluntad que de manera espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes al celebrar el contrato, el cual es una ley para las partes, en los términos del artículo 1602 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

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

En igual forma, el Despacho se acoge a la providencia de unificación en la cual se desestimó la posibilidad de una conducta procesal tácita para renunciar a la jurisdicción arbitral[[17]](#footnote-17).

Por otra parte, se advierte que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción, de conformidad con los dictados de su numeral 1, a cuyo tenor:

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

*“1.- Cuando corresponde a distinta jurisdicción”*[[18]](#footnote-18)*.*

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

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

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

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

Así las cosas y dado que las normas legales transcritas, por ser procesales, *“… son de derecho público y de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento…”,* según los precisos y perentorios mandatos del artículo 6º de esa misma codificación, en esta oportunidad el Despacho se encuentra en el imperativo de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, al verificar la configuración de la aludida causal 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Es de importancia en el presente caso, con el fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, establecer que para los efectos de la caducidad de la acción se debe tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, el 25 de agosto de 2005.

Lo anterior, en cumplimiento de las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo[[19]](#footnote-19), a cuyo tenor:

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

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

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

*“Artículo 95 C.G.P.****Ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad.***

*“****No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos:***

*“(…).*

*“****4. Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso.***

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

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

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

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

En mérito de lo expuesto, el Despacho

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

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

**SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente a las partes el presente proveído o, en su defecto, por aviso, tal y como lo dispone el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

**TERCERO: SEÑALAR** que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, es decir, el 25 de agosto de 2005.

**CUARTO: SEÑALAR** el plazo de veinte (20) días hábiles, a partir de la notificación de la presente decisión, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento, si a bien lo tienen.

##### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

1. La demanda se presentó el 25 de agosto de 2005. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia C- 170 de 2014.

   *“Sus características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: (i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia. (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación. (…) En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. (…) (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte ‘no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores’. (iv) Es excepcional,**pues ‘existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas’. (…) En este orden de ideas, son inmanentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal*”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 1183-2034 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 2037-2055 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-4)
5. “***3. OBJETO DEL CONTRATO.*** *El presente contrato tiene por objeto la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hayan seleccionado a esta ARS, con el fin de garantizar a los mismos, la prestación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado vigente al momento de la prestación de los servicios de salud (…)”* (folio 93 del cuaderno de primera instancia)*.* [↑](#footnote-ref-5)
6. [Derogado por el artículo 118, Ley 1563 de 2012](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366#118). [↑](#footnote-ref-6)
7. Contratos definidos para estos efectos, de conformidad con el articulo 2 y el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por razón de que una de sus partes es una entidad estatal de las establecidas en la ley, de acuerdo con el criterio orgánico allí adoptado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-8)
9. A su vez, debe señalarse también que la Ley 1682 de 2013 “*por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias*”, en su artículo 14 -literal c)-, establece que los árbitros no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 36.252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 93 vto del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012, para aquellos procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia, así:

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

    *“Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículos 3 a 6 de la Ley 1563 de 2012. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicación: 17.859 (R-0035), actor: Julio César García Jiménez, demandado: departamento de Casanare. [↑](#footnote-ref-16)
17. Bajo la cual las partes obraron en este proceso judicial, esto es, antes de la expedición del Código General de Proceso, al haberse interpuesto el recurso de apelación antes del 1º de enero de 2014. [↑](#footnote-ref-17)
18. El Código General del Proceso, no aplicable en el trámite del recurso interpuesto con anterioridad a su entrada en vigencia, introdujo algunas variantes a la falta de competencia, así:

    “*Artículo 133 CGP. Causales de nulidad.*

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

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

    *“(…)”.*

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

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

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

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

    *Artículo 624. CGP*

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

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

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

    *“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.* (Se subraya). [↑](#footnote-ref-18)
19. La transcrita disposición del inciso 3º de artículo 143 del Código Contencioso Administrativo encuentra total y plena correspondencia en la disposición del artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, según el cual:

    *“En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: *“****SEGUNDO****.**Declarar inexequible el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema”*. [↑](#footnote-ref-20)