**ARBITRAJE - Ley 1563 de 2012**

El arbitraje según el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 “es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.Este tiene origen en la voluntad de las partes, quienes válidamente deciden sustraer la competencia del litigio de su juez natural para asignársela a los árbitros, habilitados para administrar justicia de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política.

**ARBITRAJE – Pacto arbitral - Modalidades**

Para que las partes válidamente puedan sustraer su litigio del juez natural deben suscribir un pacto arbitral, el cual es catalogado por el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 como un negocio jurídico que puede revestir dos modalidades; compromiso o clausula compromisoria. El pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso (artículo 115 ibídem). La primera, se define como “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 surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral” (artículo 116) y, el segundo, como “un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral” (artículo 117). La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia.

**ARBITRAJE – Autorización - Ley 80 de 1993**

En materia de contratación estatal el artículo 68 de la ley 80 de 1993 autorizó la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflicto en busca de resolver “en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”.Adicionalmente, el artículo 71 Ibídem permite que en los contratos estatales se incluya la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato.

**JUSTICIA ARBITRAL - Competencia - Legalidad de actos administrativos**

La justicia arbitral encuentra restringida su competencia para conocer litigios en los que se discuta la legalidad de los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. (…) “(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009 , se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000 , mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: 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, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros.

**ARBITRAJE - Contrato estatal - Renuncia tácita**

Pese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma, en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula, ni propusiera la correspondiente excepción de falta de jurisdicción en la contestación de la demanda. (…) pese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma, en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula, ni propusiera la correspondiente excepción de falta de jurisdicción en la contestación de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00672-01(34681)**

**Actor: CONSTRUCTORA AMCO LTDA. Y OTROS.**

**Demandado: CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Tema:** Descriptor: Falta de jurisdicción. Restrictor: Existencia de cláusula compromisoria dentro del contrato estatal - renuncia tácita al pacto arbitral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de junio de 2007 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**SINTESIS DEL CASO**

Se discute la legalidad de las directivas Nro. 007 y 025 de 2003 a través de las cuales el gerente general de Corabastos S.A. señaló que el monto total adeudado por las sociedades que conforman las uniones temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos corresponde a la suma de $5.715`023.390.83, además de declarar extinguida, por compensación, la deuda impuesta a CORABASTOS S.A. por el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001.

**ANTECEDENTES**

* 1. **La demanda.**

Las sociedades Constructora AMCO Ltda., Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., Schmedling Asociados y Cia. Ltda., y la Unión Temporal A. Muñoz presentaron el 29 de marzo de 2004 demanda en ejercicio de la acción de **controversias contractuales** contra la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS”, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que son nulas las Directivas de Gerencia números 007 y 025 expedidas respectivamente el 28 de Marzo y el 15 de Julio de 2003 por el Gerente General de la CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. “CORABASTOS”

SEGUNDA.- Que la CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. “CORABASTOS” es civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA., antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNION TEMPORAL A. MUÑOZ y a las sociedades ASESORIAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. integrantes de la UNION TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS con la expedición de las Directivas de Gerencia números 007 y 025 de 2003.

TERCERA.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño causado se condene a la CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTA S.A. “CORABASTOS” a pagar a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA. antes Alfredo Muñoz y cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNION TEMPORAL A. MUÑOZ y a las sociedades ASESORIAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. integrantes de la UNION TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR “CORABASTOS” dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el valor de los perjuicios mencionados en la declaración segunda anterior debidamente actualizados a la fecha en que se efectúe el pago.

CUARTA.- Que se condene a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A.”CORABASTOS” al pago de las costas del proceso”.

La parte demandante sostuvo como **fundamento de hecho** de sus pretensiones, en síntesis, que:

La Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS” celebró con la Constructora AMCO Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A. - integrantes de la Unión temporal A. Muñoz- el contrato de concesión 047 del 25 de septiembre de 1997, cuyo objeto consistió en la construcción a *precio global y plazo fijo* de la denominada bodega popular, además de la explotación, conservación, suministro de equipos, operación técnica y la ejecución de otras obras accesorias respecto de la misma.

El plazo para la ejecución del objeto contractual se estipuló en 52 meses, dividido en tres etapas, así: a) revisión de los estudios, diseños entregados y elaboración de los diseños definitivos, dos meses contados a partir del acta de la iniciación de la etapa; b) construcción, ocho meses contados a partir del acta de iniciación de esta etapa; y c) operación, cuarenta y dos meses contados a partir del acta de iniciación de esta otra etapa.

Mediante contrato celebrado el 23 de septiembre de 1998, las sociedades demandantes cedieron el contrato de concesión en la etapa de operación a favor de la unión temporal Operación Bodega Popular integrada por las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados & Cia. Ltda.

El 25 de septiembre de 1998, el Gerente General de “CORABASTOS” aceptó la cesión del contrato 047-97, además en el mismo documento dejó constancia de que dicha cesión no libera al cedente de su responsabilidad en el cumplimiento del contrato.

El 13 de abril de 2000, las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados & Cía. Ltda. -integrantes de la unión temporal Operación Bodega Popular “CORABASTOS”- iniciaron un proceso arbitral con el fin de que se declarara el incumplimiento del contrato de concesión 047-97 por parte de la Corporación de Abastos de Bogotá S.A..

El anterior proceso arbitral culminó a través del laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001 (corregido y aclarado por auto de 17 de enero de 2001), que declaró el incumplimiento de la Corporación De Abastos De Bogotá S.A. “CORABASTOS” y la condenó a pagar un total de $8.013’844.991.

El 21 de diciembre de 2001, las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados & Cía Ltda. cedieron a título de compraventa a favor de la sociedad Romuz S. en C. la totalidad de derechos y créditos originados en el Laudo del 12 de diciembre de 2001.

A través de la Directiva de Gerencia Nro. 022 del 16 de noviembre de 2001, el Gerente General de CORABASTOS impuso una multa al concesionario unión temporal A. Muñoz y Cía. Ltda. por valor de $4.226’695.892, debido al incumplimiento del contrato Nro. 047-97.

Oportunamente las sociedades integrantes de la unión temporal A. Muñoz y Cía. Ltda., interpusieron recurso de reposición contra dicho acto, sin embargo no fue resuelto dentro del término que para el efecto señala el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, por lo que las sociedades Constructora AMCO Ltda., Alfredo Muñoz Construcciones S.A., y la Unión Temporal A. Muñoz presentaron el 2 de abril de 2002 demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando la nulidad del citado acto.

A través de la Directiva de Gerencia 103 del 7 de octubre de 2002 el Gerente General de Corabastos impuso multa a la unión temporal A. Muñoz y a la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos por valor de $1.047’623.800, por incumplimiento del contrato Nro. 047-97.

Oportunamente fue interpuesto recurso de reposición contra dicho acto, el cual fue confirmado mediante las Directivas de Gerencia 119 y 121 de diciembre de 2002.

Las sociedades actoras y las uniones temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos presentaron el 6 de mayo de 2003 demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando la nulidad de las Directivas de Gerencia Nros. 103, 119 y 121.

Mediante la Directiva de Gerencia 107 del 30 de octubre de 2002 el Gerente General de Corabastos liquidó unilateralmente el contrato de concesión Nro. 047-97, el cual fue posteriormente aclarado a través de la Directiva 107A.

Oportunamente fueron interpuestos recursos de reposición contra las anteriores directivas, los cuales fueron desatados a través de la Directiva de Gerencia Nro. 122 y 124 de 2002, en la que se aclaró aquellos. Por lo anterior, las sociedades actoras y las uniones temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos presentaron el 25 de septiembre de 2003 demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando la nulidad de las Directivas de Gerencia Nros. 107, 107A, 122 y 124.

El 28 de marzo de 2003 el Gerente General de CORABASTOS expidió la Directiva de Gerencia Nro. 007, en esta consolidó la deuda a cargo de las sociedades que conforman las uniones temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos por un total de $5.715`023.390.83, además de declarar extinguida, por compensación, la deuda impuesta por el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001 a cargo de CORABASTOS S.A.

Contra la anterior Directiva fue interpuesto recurso de reposición, el cual se resolvió en la Directiva de Gerencia 025 de 15 de julio de 2003, en la que se negó el recurso.

* 1. **Trámite procesal relevante.**

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 20 de mayo de 2004 admitió la demanda y dispuso su notificación a las partes y al representante del Ministerio Público[[1]](#footnote-1).

La Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS presentó escrito de contestación en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2).

Indicó que no incurrió en alguna irregularidad que vicie las directivas demandadas pues: i) El concesionario debe responder por el contrato sin importar que haya cedido el mismo, dado que en el acto de aceptación de la cesión se indicó que dicha cesión no libera su responsabilidad; ii) la compensación tiene soporte en la cláusula decima novena del contrato, en la cual refiriéndose a la multas indica que el contratista autoriza a Corbastos el descuento del valor de las multas o cualquier suma que adeude; y iii) considera que no es de recibo la manifestación respecto de la imposibilidad de compensar en razón a que el crédito del laudo fue cedido a otra sociedad, pues de aceptarse “*estaríamos frente a un acto de mala fe, por el cual el CONCESIONARIO se insolventa para evadir sus responsabilidades”.*

A través de proveído del 28 de octubre de 2004[[3]](#footnote-3) el *a quo* abrió a pruebas el proceso de la referencia. Fenecida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto del 8 de septiembre de 2005[[4]](#footnote-4).

En su **escrito de alegatos** la parte demandante insistió en la improcedencia de la compensación declarada en las directivas demandadas toda vez que: no existe reciprocidad de las obligaciones, pues los derechos de crédito fueron cedidos por las sociedades Asesorias y Representaciones Pradilla Ltda. y Schemedling Asociados & Cia Ltda a favor de la sociedad Romuz S. en C.; la deuda a cargo de estas no se encuentran liquidas, en razón a que fue demandado el acto administrativo de liquidación unilateral; la sumas no se encontraban exigibles para la fecha en que se practicó la liquidación unilateral, debido a que se encontraba en trámite recurso de anulación contra el laudo arbitral[[5]](#footnote-5).

La parte de demandada hizo lo propio y reiteró lo expuesto en su escrito de contestación, por lo que solicitó el despacho desfavorable de las súplicas de la demanda[[6]](#footnote-6).

El Ministerio Público guardó silencio.

* 1. **La sentencia apelada.**

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó el 28 de junio de 2007[[7]](#footnote-7) **sentencia de primera instancia** en la que resolvió:

*“****PRIMERO.*** *Declarar la nulidad de las Directivas de Gerencia No. 007 de 28 de marzo de 2003 y No. 025 de 15 de julio de 2003, proferidas por la Corporación Abastos de Bogotá S.A. – Corabastos-, porque no opera la compensación legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO.*** *Negar las demás pretensiones.*

***TERCERO.*** *Sin condena en costas.”*

En primer lugar realizó un estudio de la compensación como modo de extinguir las obligaciones y de los requisitos para su procedencia. Luego, al descender las consideraciones al caso concreto consideró que no se cumplían los requisitos para la compensación, al respecto indicó:

“(…)

Por consiguiente, verificada como está la eficacia del contrato de cesión sobre el crédito contenido en el laudo arbitral de 12 de diciembre de 2001, proferido dentro del proceso convocado por la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos y las sociedades integrantes de la misma, Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. contra la Sociedad de Economía Mixta Corporación de Abastos de Bogotá S.A., la parte acreedora dentro de dicho crédito varió por lo que no es posible que se predique de éste la compensación legal con las obligaciones surgidas de la liquidación unilateral del contrato de concesión, proferida en las Directivas de Gerencia Nos. 107 y 107 A de 2002, actualmente demandadas ante la sección tercera de éste Tribunal, lo que enerva a la Sala del estudio del cumplimiento de los demás requisitos de la compensación.

(…)”

Por lo anterior declaró la nulidad de las directivas demandadas, sin embargo negó el reconocimiento de perjuicios por daños morales y materiales sufridos con la expedición de los actos demandandos, debido a la ausencia de prueba sobre su causación.

La sentencia de primera instancia fue notificada mediante edicto fijado en lugar público de la Secretaría del Tribunal el 5 de julio de 2007 y desfijado el 9 de dicho mes y año.

* 1. **El recurso contra la sentencia**

La parte demandada mediante memorial radicado el 10 de julio de 2007[[8]](#footnote-8) interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, el cual posteriormente sustentó en memorial radicado el 7 de diciembre de 2007[[9]](#footnote-9).

En su escrito solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia para que en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda, toda vez que, a su juicio, “*la discutida compensación de las Directivas atacadas, no sólo se ajusta a derecho, sino que está contemplada y expresa dentro del mismo contrato No. 047 de 1997; como también, dentro de este Contrato y sus Cesiones, se establece que el Concesionario es responsable por las obligaciones que emanen del contrato”.*

Insistió en que la cesión no libera de responsabilidad al contratista, además que el cruce de cuentas fue pactado en el contrato 047 de 1997, y dado que el contrato es ley para las partes no puede ser desconocido por el Tribunal.

* 1. Trámite en segunda instancia.

El recurso fue admitido el 26 de marzo de 2008[[10]](#footnote-10), posteriormente por auto del 29 de abril de 2008 se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión[[11]](#footnote-11).

Las partes descorrieron el término, y reiteraron lo expuesto en sus diferentes intervenciones procesales[[12]](#footnote-12).

El Ministerio Público guardó silencio.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **Sobre los presupuestos materiales de la Sentencia de mérito**

Procede la Sala a estudiar si es competente para decidir el presente asunto, bajo los siguientes parámetros:

* + 1. **La justicia arbitral en las controversias contractuales de las entidades públicas.**

El arbitraje según el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 “*es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.*

Este tiene origen en la voluntad de las partes, quienes válidamente deciden sustraer la competencia del litigio de su juez natural para asignársela a los árbitros, habilitados para administrar justicia de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política.

Ahora bien, para que las partes válidamente puedan sustraer su litigio del juez natural deben suscribir un pacto arbitral, el cual es catalogado por el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 como un negocio jurídico que puede revestir dos modalidades; compromiso o clausula compromisoria.

Sobre el pacto arbitral, la Sala Plena de esta Sección se refirió de la siguiente forma:

*“El pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso (artículo 115 ibídem). La primera, se define como “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 surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral” (artículo 116) y, el segundo, como “un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral” (artículo 117). La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia.”[[13]](#footnote-13)*

En materia de contratación estatal el artículo 68 de la ley 80 de 1993 autorizó la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflicto en busca de resolver *“en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”.*

Adicionalmente, el artículo 71 Ibídem permite que en los contratos estatales se incluya la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato.

Es decir que el Estatuto de Contratación Pública en Colombia permite a las partes sustraer el conocimiento de los litigios de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato respecto o mediante la suscripción de un compromiso (artículo 72 Ibídem)

Sin embargo, la justicia arbitral encuentra restringida su competencia para conocer litigios en los que se discuta la legalidad de los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto señaló esta Sección:

“(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009[[14]](#footnote-14), se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000[[15]](#footnote-15), mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que *los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: 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, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar*, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros (…)[[16]](#footnote-16).

* + 1. **El pacto arbitral y su renuncia**

Ahora bien, pese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma, en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula, ni propusiera la correspondiente excepción de falta de jurisdicción en la contestación de la demanda[[17]](#footnote-17).

Sin embargo, pese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma, en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula, ni propusiera la correspondiente excepción de falta de jurisdicción en la contestación de la demanda

En el citado auto de unificación se precisó que:

*“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”.*

* + 1. **De la cláusula compromisoria en el caso concreto**

Se encuentra acreditado que el 25 de septiembre de 1997 entre la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. y Unión Temporal A. Muñoz constituida por las sociedades Alfredo Muñoz & Cía. Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A. se suscribió el contrato de concesión Nro. 047 de 1997[[18]](#footnote-18), el cual tenía por objeto:

*“****CLAUSULA PRIMERA. OBJETO:*** *Realizar por el sistema de concesión bajo su propio riesgo, la revisión de los estudios y diseños entregados por CORABASTOS, para la bodega, denominada “****BODEGA POPULAR****”; elaboración de los diseños definitivos, su construcción, explotación, conservación, suministro de equipos, operación técnica y administrativa; elaboración de los estudios y diseños definitivos y construcción de la vía semiperimetral de tráfico de la bodega y estudio, diseño y construcción del sistema de alcantarillado de la Bodega, que se conectará con el colector matriz del sector, de acuerdo con el Plan maestro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., por el sistema de precio global y plazo fijo para diseño y construcción”.*

Para el efecto del objeto contractual se dividió su ejecución en tres etapas, así: a) revisión de los estudios y diseños entregados y elaboración de los diseños definitivos; b) construcción y; c) operación.

Dentro del mencionado contrato, las partes acordaron que las controversias surgidas en razón de dicho contrato se someterían a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, al respecto se lee:

*“CLÁUSULA VIGESIMA SEXTA: CLAUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, distintas a las de carácter eminentemente técnico, serán sometidas a árbitros colombianos, dos (2) de los cuales serán designados uno (1) por cada una de las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del tribunal será Santafé de Bogotá. En todo caso habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley”.*

Dentro del material probatorio aportado no encuentra la Sala que la Cláusula Vigésima Sexta del contrato de concesión Nro. 047 de 1997, atrás transcrita, haya sido objeto de modificación o derogación.

En efecto, si bien el 27 de noviembre de 1998[[19]](#footnote-19) las partes suscribieron un *otrosi*, en éste únicamente se prorrogó en un mes el término de duración del contrato de concesión Nro. 047 de 1997 en lo que respecta a su etapa de operación.

Así las cosas, se tiene que la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula Vigésima Sexta del contrato de concesión Nro. 047 de 1997 se encuentra vigente por lo que no puede ser desconocida por quien ahora resuelve este asunto.

Adicionalmente, y según lo expresado en la demanda se tiene que la parte demandante incoó acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra otras directivas emitidas por la gerencia general de Corabastos, las cuales fueron resueltas así:

* Proceso Nro. 2002-0719 (32669): Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Directiva de Gerencia Nro. 022 del 16 de noviembre de 2001, mediante la cual se impuso una multa al concesionario por incumplimiento del contrato Nro. 047 de 1997.

En este proceso, durante el trámite de la segunda instancia fue proferido auto del 22 de julio de 2015[[20]](#footnote-20) mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado ante la existencia del pacto arbitral dentro del contrato Nro. 047 de 1997. Esta decisión fue confirmada con ocasión del recurso de súplica interpuesto contra la misma a través del auto del 13 de julio de 2016[[21]](#footnote-21).

* Proceso Nro. 2003-01098 (34588): Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Directivas de Gerencia Nro. 103, 119 y 121 de 2002, mediante la cual se impuso una multa al concesionario por incumplimiento del contrato Nro. 047 de 1997.

En este proceso, durante el trámite de la segunda instancia fue proferido auto del 14 de agosto de 2014[[22]](#footnote-22) mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado ante la existencia del pacto arbitral dentro del contrato Nro. 047 de 1997. Esta decisión fue confirmada con ocasión del recurso de súplica interpuesto contra la misma a través del auto del 12 de febrero de 2016[[23]](#footnote-23).

Del anterior recuento se tiene que la cláusula compromisoria contenida en el contrato 047 de 1997 mantiene su vigencia y ha sido respetada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa dentro del trámite de los procesos ya descritos[[24]](#footnote-24).

Aunado a lo ya expuesto se esbozan las siguientes razones para que el pacto arbitral contenido en el contrato Nro. 047 de 1997 sea igualmente respetado en este asunto:

a) La administración pública en desarrollo del principio de planeación que rige toda la actividad contractual estimó pactar la cláusula compromisoria en el contrato de concesión Nro. 047 de 1997.

b) Ambos contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en uso de las facultades legales y constitucionales acordaron expresamente someter las controversias que se suscitaran en razón al contrato de concesión Nro. 047 de 1997 a la decisión de un tribunal de arbitramento.

Sobre el particular se tiene que incluso en este asunto se inició proceso arbitral por parte de las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. -integrantes de la unión temporal Operación Bodega Popular “CORABASTOS”-[[25]](#footnote-25), el cual culminó a través del laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001 (corregido y aclarado por auto de 17 de enero de 2001), que declaró el incumplimiento de la Corporación De Abastos De Bogotá S.A. “CORABASTOS” y condenó a la misma.

c) Las controversias surgidas en razón del contrato de concesión Nro. 047 de 1997 no se encuentran contempladas dentro de las excepciones a la justicia arbitral, es decir no hacen referencia a actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, revisado el contenido de la Directiva de Gerencia Nro. 007 de 2003[[26]](#footnote-26), y su confirmatoria 025 de 2003[[27]](#footnote-27), se tiene que en estas se resolvió:

“**ARTICULO PRIMERO.-** Hacer efectiva la provisión para el pago del laudo arbitral de fecha 12 de diciembre de 2001, aclarado el 17 de enero de 2002 y ejecutoriado el 11 de febrero de 2003, contenida en la Directiva de Gerencia No. 107 del 30 de octubre de 2002, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 047 de 1997, y consolidar la deuda a favor de la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. y a cargo solidariamente, de las sociedades que conforman las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos, por valor de CINCO MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS CON 83/100 ($5.714.023.290,83).

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Declarar extinguida, por compensación, y en consecuencia cancelada la obligación surgida para la Corporación de Abastos de Bogotá S.A., Corabastos, y a favor de las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cia. Ltda., integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, como consecuencia del laudo arbitral de fecha 12 de diciembre de 2001, aclarado el 17 de enero de 2002. (…)”

De lo anterior, se desprende que el contenido de la Directiva Nro. 007 de 2003 escapa al uso de alguna de las prerrogativas señaladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y por ende no corresponde a alguna de las excepciones para el funcionamiento de la justicia arbitral.

d) El pacto arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Sexta del contrato de concesión Nro. 047 de 1997 no fue solemnemente renunciado por las partes contratantes.

e) Dado que la demanda en este asunto se incoó el 29 de marzo de 2004 no se rige por la Ley 1563 de 2012, respecto de la cual en la sentencia de unificación se señaló *que “la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012”.*

f) Es deber del juez contencioso administrativo declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción.

En razón a lo anterior, la Sala concluye que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no tiene competencia para conocer las controversias derivadas del contrato de concesión Nro. 047 de 1997, suscrito entre la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. - Corabastos y Unión Temporal A. Muñoz constituida por las sociedades Alfredo Muñoz & Cía. Ltda., y Alfredo Muñoz Construcciones S.A., así como tampoco puede pronunciarse sobre la legalidad de las Directivas aquí demandadas.

De manera que procederá a declarar la falta de jurisdicción y ordenará remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que se adelante el correspondiente procedimiento arbitral.

Para el efecto, en atención a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 95 del Código General del Proceso, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia los interesados deberán promover los trámites correspondientes al proceso arbitral[[28]](#footnote-28).

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

**RESUELVE**

**REVOCAR** la sentencia de del 28 de junio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y en su lugar:

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

**SEGUNDO: REMITIR**, una vez en firme esta decisión, el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Para todos los efectos legales, debe tomarse como fecha de presentación de la demanda el 29 de marzo de 2004.

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

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

1. Fls. 70 y 71 c.1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 82 a 91 c.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 134 y 135 c.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fl. 144 Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 145 a 154; [↑](#footnote-ref-5)
6. 155 a 159 Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 167 a 180 C.P. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 182 Ibídem. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 190 a 194 Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl. 198 y 199 Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fl. 210 Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 202 a 213; 214 y 215 Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Exp. 17859. [↑](#footnote-ref-13)
14. Expediente 36252. [↑](#footnote-ref-14)
15. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Exp. 17859. [↑](#footnote-ref-16)
17. Al respecto ser pueden ver las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10.822; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls.15 A 28 C.2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fl. 122 c.1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 22 de julio de 2015, Exp. 32669, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 13 de julio de 2016, Exp. 32669, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 14 de agosto de 2014, Exp. 34588, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 12 de febrero de 2016, Exp. 34588, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-23)
24. Adicionalmente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cursa el proceso Nro. 2003-02108-01 de nulidad y restablecimiento contra las Directivas de Gerencia Nro. 107, 107A, 122 y 124 de 2002. [↑](#footnote-ref-24)
25. Si bien el contrato Nro. 047 de 1997 fue inicialmente suscrito por Corabastos con la Unión Temporal A. Muñoz, esta cedió el mismo a la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos (Fls 44 a 47 c.2.) el cual fue expresamente aceptado por la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS (Fl. 48 c.2.) [↑](#footnote-ref-25)
26. Fls. 696 a 699 c.2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fls. 711 a 717 c.2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 95. INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y OPERANCIA DE LA CADUCIDAD. No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos: (…) 4. Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso. [↑](#footnote-ref-28)