**FALTA DE JURISDICCIÓN –** **Existencia de clausula compromisoria**

La determinación de la jurisdicción para el conocimiento de una controversia judicial, permite materializar el debido proceso a las partes vinculadas y el principio del juez natural, en este orden de ideas, es indispensable estudiar el efecto jurídico que tiene la existencia de la cláusula compromisoria y/o el compromiso para establecer cuál es el juez natural del asunto. Así, el despacho considera pertinente referir el pronunciamiento de unificación de jurisprudencia de esta Corporación, en el cual resulta claro que no es posible desconocer la falta de jurisdicción en el marco de un proceso contencioso administrativo, bajo el argumento de una renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada por las parte… De lo anterior se concluye que la existencia de una cláusula compromisaria o un compromiso arbitral en relación a las posibles controversias que surjan frente a una situación determinada por las partes genera una falta de jurisdicción que impide el conocimiento de dichos asuntos por parte del juez administrativo, y que pese a que las partes radiquen la demanda de la controversia ante la jurisdicción administrativa, lo adecuado es declarar la nulidad procesal por falta de jurisdicción. Conforme a lo expuesto el despacho concluye que la posición de esta Corporación respecto al asunto está zanjada con la sentencia de unificación y que es preciso, evaluar en el presente asunto si se cumplen con los mismos supuestos para determinar la falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria.

**CLÀUSULA COMPROMISORIA – Competencia arbitral para dirimir conflictos**

En consecuencia, el despacho pasará a analizarse si, de conformidad con las cláusulas estipuladas en el contrato suscrito entre las partes, esta jurisdicción es competente o no para dirimir el asunto. Sobre el particular, se tiene que el 26 de diciembre de 1997, la sociedad TRR Televisión S.A. hoy RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional del Televisión suscribieron el contrato de concesión n.º 140 para la *“operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de cubrimiento Nacional N1”…* De conformidad con lo anterior, se advierte que las partes, de manera voluntaria, sustrajeron del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todas las controversias que se suscitaran alrededor del contrato de concesión n.º 140 de 1997, puesto que no se estableció excepción alguna en la respectiva cláusula contractual. Lo anterior hace imperiosa la convocatoria del tribunal de arbitramento, por parte de la entidad que pretendiera demandar con fundamento en el mencionado contrato…De esta manera, se advierte que la jurisdicción contencioso administrativa no es la competente para conocer de las pretensiones de la acción de controversias contractuales instaurada, por lo que se encuentra configurada la causal de nulidad consagrada en el numeral 1º 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 insanable.

**PACTO ARBITRAL – Renuncia tácita – Improcedencia**

Cabe destacar que el hecho de que la parte actora hubiera acudido a la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda, y que la entidad demandada no 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 la citada providencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril del 2013, para que exista una renuncia válida, se requiere que esta se haga 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 y debe llevarse a cabo en la misma forma en que se suscribió la cláusula compromisoria, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito.

**DECLARACIÓN DE NULIDAD – Falta de competencia**

Ahora bien, se observa que la parte demandante acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con la pretensión de que se declare la nulidad del acto administrativo (Resolución n.º 1201 del 21 de noviembre de 2006) mediante el cual la entidad demandada, con ocasión a la ejecución del contrato de concesión n.º 140 de 1997 impuso una multa al concesionario RCN Televisión S.A. por emitir *“el día miércoles 11 de febrero de 2004 en el horario de las 16:00 a las 17:00 horas, que corresponde a la franja de audiencia infantil, el programa denominado “Mariana de la Noche”*. No obstante, lo anterior no es óbice para declarar la nulidad por falta de jurisdicción en el presente asunto, pues la imposición de multas en la ejecución de un contrato, no denota el ejercicio de las facultades excepcionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, Así las cosas, respecto del estudio de las controversias suscitadas por el contrato de concesión n.º 140 de 1997 suscrito entre las partes, en el cual se incluyó la mencionada cláusula compromisoria, es claro que tanto el Tribunal *a quo* como esta Corporación, carecen de jurisdicción para conocer del asunto, razón por la cual se procederá a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 23 de agosto de 2007, por medio del cual se admitió la demanda (fl. 30, c. 1).En tal virtud, si este asunto correspondía por decisión de las partes a la jurisdicción arbitral, ello significa que se presenta una nulidad insaneable, en los términos del artículo 140-1 del C.P.C., en concordancia con los artículos 145 y el último inciso del 144 del mismo Código.Seguidamente, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 79de 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, 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, esto es, el 12 de julio de 2007 (fl. 26, c. 1).

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., dos (02) de octubre del dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00401-01(38598)**

**Actor: RCN TELEVISIÓN S.A.**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: Medio de control de controversias contractuales. Cláusula compromisoria. Falta de jurisdicción y competencia. Irrenunciabilidad tácita a la cláusula compromisoria.*

Previo a desatar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad RCN Televisión S.A. en contra de la sentencia del 12 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción, se advierte la necesidad de pronunciarse sobre una causal de nulidad procesal insaneable susceptible de ser declarada de oficio.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad TRR Televisión S.A. hoy RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión celebraron el contrato de concesión n.º 140 de 1997 para la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de cubrimiento Nacional N1. Con ocasión a la ejecución del contrato, la Comisión Nacional de Televisión expidió la resolución n.º 1201 del 21 de noviembre de 2006, mediante la cual se le impuso como sanción una multa a la sociedad RCN Televisión S.A. por emitir el día miércoles 11 de febrero de 2004 en la franja de audiencia infantil el programa denominado “Mariana de la Noche”, dicha decisión fue confirmada en la resolución n.º 71 de 30 de enero de 2007 a través de la cual se resolvió el recurso de reposición. En consecuencia, la sociedad demandante solicita la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se le impuso la sanción y para que se ordene la devolución del valor de la multa pagada el 29 de marzo de 2007; no obstante, el despacho observa que en la cláusula cuarenta del contrato de concesión las partes pactaron una cláusula compromisoria con el fin de dirimir los conflictos derivados del contrato a través de un tribunal de arbitramento.

1. **ANTECEDENTES**

**1. DEMANDA**

El 12 de julio de 2007, la sociedad RCN Televisión S.A., a través de apoderado, en ejercicio de la acción de contractual, presentaron demanda en contra de la Comisión Nacional de Televisión (fls. 2 a 26, c. 1).

**1.1. Las pretensiones**

La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fls. 2 y 3, c. 1):

*1. Pretensiones Principales:*

*1.1. Que se declare la NULIDAD de la Resolución 1201 del 21 de noviembre de 2006 “por la cual se resuelve una investigación”, y se impuso una sanción al concesionario RCN consistente en multa por valor de de (sic) TRESCIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($307.921.491.oo) y la NULIDAD de la Resolución 71 del 30 de enero de 2007 “por la cual se resuelve un recurso de reposición” confirmando la determinación adoptada, ambas expedidas por LA COMISIÓN.*

*1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a LA COMISIÓN devolver a RCN la suma equivalente al valor de la multa pagada el día veintinueve (29) de marzo de 2007, incluyendo su valor actualizado y el monto de los intereses correspondientes, a la máxima tasa legal permitida.*

*1.3. Que se condene en costas a la demandada.*

*2. Pretensiones Subsidiarias:*

*2.1. Que se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución 1201 del 21 de noviembre de 2006 “Por la cual se resuelve una investigación”, y se impuso una sanción al concesionario RCN consistente en multa por valor de de (sic) TRESCIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($307.921.491.oo) y la NULIDAD PARCIAL de la Resolución 71 del 30 de enero de 2007 “por la cual se resuelve un recurso de reposición” confirmando la determinación adoptada, ambas expedidas por LA COMISIÓN.*

*2.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se determine un menor monto de la multa con relación al verdadero valor actualizado del contrato con base en la determinación que de dicho concepto se deduzca del dictamen pericial cuya práctica se solicita más adelante en el acápite de pruebas.*

*2.3. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a LA COMISIÓN devolver a RCN la diferencia entre valor de la multa pagada el día veintinueve (29) de marzo de 2007 y el menor valor que de la misma se determine, incluyendo su valor actualizado y el monto de los intereses correspondientes, a la máxima tasa legal permitida, teniendo en cuenta que el valor actualizado del contrato es menor al determinado por LA COMISIÓN al momento de imponer la multa.*

*2.4. Que se condene en costas a la demandada.*

**1.2. Los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 4 a 8, c. ppal.):

1.2.1 La demandante es concesionara de un canal de televisión nacional de operación privada, en virtud del contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997 celebrado con la CNTV.

1.2.2 Con resolución No. 1201 del 21 de noviembre de 2006, la demandada sancionó a la actora por la transmisión del programa Mariana de la Noche entre las 16:00 y las 17:00 horas del 11 de febrero de 2004, pues no era apto para audiencia de la franja familiar e infantil porque “*presenta conflicto, escenas y situaciones de violencia, venganza y tortura que no están al alcance y comprensión de la audiencia objetivo, esto es, el público infantil*”.

1.2.3 La multa impuesta ascendía a $307.921.491, que equivalen, según el acto, al 0,15% del valor actualizado del contrato de concesión para la fecha de emisión del programa en comento.

1.2.4 El 29 de diciembre de 2006, a efectos de que se revocara la sanción, la demandante promovió recurso de reposición y solicitó la práctica de unas pruebas.

1.2.5 Como fundamento de su defensa, entre otras cosas, la accionante sostuvo la CNTV sancionó conforme su criterio subjetivo y particular respecto de los efectos que tienen los contenidos televisivos sobre la audiencia infantil, siendo que existían conceptos de sicólogos, siquiatras y sicoanalistas, adoptados por la sentencia T-321 de 1993, que los explicaban y dejaban sin sustento la sanción impuesta. Además, el valor del contrato tomado para calcular la multa era errado.

1.2.6 Para sustentar sus afirmaciones, la demandante requirió copia del expediente donde se profirió la sentencia de la Corte Constitucional en cita y un dictamen pericial para determinar el valor del contrato de concesión.

1.2.7 Con resolución No. 71 del 30 de enero de 2007, la accionada desestimó las razones de defensa del concesionario y confirmó la sanción, sin siquiera decretar y practicar las pruebas solicitadas.

**1.3 Trámite procesal**

1.3.1 Mediante auto del 23 de agosto de 2007 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección “A” admitió la demanda (fl. 30, c. 1)

1.3.2 Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, el 26 de octubre de 2007, la entidad accionada Comisión Nacional de Televisión presentó contestación (fls. 33 a 115, c. 1).

En el escrito presentado indicó que la sanción se fundamentó, entre otras cosas, en el informe de evaluación y análisis de contendido realizado por la Oficina de Canales y Calidad del Servicio de la CNTV que concluyó que el programa era inadecuado para el horario en que se transmitía, pues mostraba tortura, sobornos, engaños, maltratos físicos y sicológicos que no contribuían a la buena formación de la audiencia infantil y teniendo en cuenta que el contenido que se transmita entre las 07:00 y las 21:30 horas debe ser apto para todo público, la CNTV tenía la facultad de sancionar según la gravedad del hecho, suspendiendo o cancelando el programa, así como multar al emisor.

A diferencia de lo sostenido en la demanda, la competencia para sancionar a los concesionarios de espacios de televisión está dada en la Ley 182 de 1995 y no en la Ley 80 de 1993.

Y respecto al cálculo del valor actualizado del contrato refirió que la entidad empleó la fórmula que, según el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha adoptado.

1.3.3 Adelantados los trámites procesales, el 12 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, negó las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas (fls. 270 a 283, c.ppl).

1.3.4 Inconforme con la decisión anterior, el 9 de diciembre de 2009, la sociedad RCN Televisión S.A. interpuso recurso de apelación (fls. 288 a 290, c.ppl). El cual fue concedido mediante auto del 11 de febrero de 2010 (fl. 292, c.ppl).

1.3.5 En cumplimiento del auto del 2 de junio de 2010 proferido por esta Corporación (fl. 296, c.ppl), el 25 de junio de 21010 la parte demandante sustentó el recurso de apelación (fls. 297 a 301, c.ppl).

1.3.6 Mediante auto del 9 de julio de 2010 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (fl. 303, c.ppl).

1.3.7 El 13 de agosto de 2010 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y se puso el expediente a disposición del Ministerio Público para emitiera concepto (fl. 305, c.ppl).

1.3.8 El 20 de septiembre de 2010, la demandada Comisión Nacional de Televisión presentó sus alegatos de conclusión (fls. 313 a 360, c.ppl.) y el Ministerio Publico rindió concepto (fls. 306 a 312, c.ppl).

1.3.9 El 25 de octubre de 2010, la accionante sociedad RCN Televisión S.A. presentó sus alegatos de conclusión (fls. 362 a 383, c.ppl).

1. **CONSIDERACIONES**

Como cuestión preliminar, se estima oportuno aclarar que la demanda que dio origen a la presente controversia fue presentada el 12 de julio 2007, de modo que el asunto se debe analizar a la luz de lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989[[1]](#footnote-1) y el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo (fl. 26, c. 1).

**1. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta que la presente controversia tiene origen en el contrato de concesión n.º 140, suscrito el 26 de diciembre de 1997 entre las partes, la sociedad TRR TELEVISIÓN S.A. hoy RCN TELEVISION S.A. y la Comisión Nacional de Televisión, le corresponde al despacho estudiar el referido contrato, con el fin de establecer si, de acuerdo con las cláusulas en este estipuladas, esta jurisdicción es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

En punto a las causales de nulidad y el trámite para decretarlas, el artículo 165 del C.C.A.[[2]](#footnote-2) (que regía el trámite del proceso de controversias contractuales), dispuso que se seguiría lo dispuesto en el entonces vigente Código Procedimiento Civil[[3]](#footnote-3), estatuto según el cual la providencia que declara la nulidad es de ponente y susceptible de apelación o súplica, según el caso.

**2. Declaratoria de oficio de la falta de jurisdicción por existencia de cláusula compromisoria.**

La determinación de la jurisdicción para el conocimiento de una controversia judicial, permite materializar el debido proceso a las partes vinculadas y el principio del juez natural, en este orden de ideas, es indispensable estudiar el efecto jurídico que tiene la existencia de la cláusula compromisoria y/o el compromiso para establecer cuál es el juez natural del asunto.

Así, el despacho considera pertinente referir el pronunciamiento de unificación de jurisprudencia de esta Corporación[[4]](#footnote-4), en el cual resulta claro que no es posible desconocer la falta de jurisdicción en el marco de un proceso contencioso administrativo, bajo el argumento de una renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada por las partes, conforme a lo siguiente:

*Así, para la Sala es claro que los efectos que comporta la cláusula compromisoria en el mundo jurídico son de tales importancia y envergadura que, incluso, por razón de su autonomía, la misma subsiste aunque no ocurra lo mismo con el contrato que le dio origen –bien por razón de su nulidad, o bien por su inexistencia–; por lo mismo y con mayor razón hay que admitir, entonces, que ella debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.*

*Por consiguiente, la inferencia o deducción que, en sentido contrario, haga el juez institucional o permanente, a partir de la conducta procesal asumida por las partes del contrato estatal, a fin de concluir que cada una decidió, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente hayan convenido expresamente y por escrito tal posibilidad, desconoce abiertamente el carácter autónomo que caracteriza a la cláusula compromisoria.*

*(…)*

*2.5.4 Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.*

*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 ha de decidir el conflicto entre ellas 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 puede conocer y decidir sobre el particular.*

*(…)*

*Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sanea la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.*

*De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.*

De lo anterior se concluye que la existencia de una cláusula compromisaria o un compromiso arbitral en relación a las posibles controversias que surjan frente a una situación determinada por las partes genera una falta de jurisdicción que impide el conocimiento de dichos asuntos por parte del juez administrativo, y que pese a que las partes radiquen la demanda de la controversia ante la jurisdicción administrativa, lo adecuado es declarar la nulidad procesal por falta de jurisdicción.

Conforme a lo expuesto el despacho concluye que la posición de esta Corporación respecto al asunto está zanjada con la sentencia de unificación y que es preciso, evaluar en el presente asunto si se cumplen con los mismos supuestos para determinar la falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria.

**3. Caso en concreto**

En consecuencia, el despacho pasará a analizarse si, de conformidad con las cláusulas estipuladas en el contrato suscrito entre las partes, esta jurisdicción es competente o no para dirimir el asunto.

Sobre el particular, se tiene que el 26 de diciembre de 1997, la sociedad TRR Televisión S.A. hoy RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional del Televisión suscribieron el contrato de concesión n.º 140 para la *“operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de cubrimiento Nacional N1[[5]](#footnote-5)”.* La cláusula cuarenta (40) del contrato se redactó de la siguiente manera:

*[C]LÀUSULA 40.- COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetara a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad* (fl. 228, c. 3).

De conformidad con lo anterior, se advierte que las partes, de manera voluntaria, sustrajeron del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todas las controversias que se suscitaran alrededor del contrato de concesión n.º 140 de 1997, puesto que no se estableció excepción alguna en la respectiva cláusula contractual.

Lo anterior hace imperiosa la convocatoria del tribunal de arbitramento, por parte de la entidad que pretendiera demandar con fundamento en el mencionado contrato. Así lo ha manifestado la jurisprudencia:

*[E]n 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.*

*Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2 A del decreto 2279 de 1989, vigente para la época de los hechos[[6]](#footnote-6), 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[[7]](#footnote-7).*

De esta manera, se advierte que la jurisdicción contencioso administrativa no es la competente para conocer de las pretensiones de la acción de controversias contractuales instaurada, por lo que se encuentra configurada la causal de nulidad consagrada en el numeral 1º 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.

Cabe destacar que el hecho de que la parte actora hubiera acudido a la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda, y que la entidad demandada no hubiera efectuado manifestación expresa en torno a la existencia de la cláusula compromisoria, no constituye una renuncia tácita al pacto arbitral[[8]](#footnote-8), pues tal y como lo definió la Sección Tercera del Consejo de Estado en la citada providencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril del 2013, para que exista una renuncia válida, se requiere que esta se haga 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 y debe llevarse a cabo en la misma forma en que se suscribió la cláusula compromisoria, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito. Al respecto se dijo en la sentencia de unificación:

*[P]ues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros*[[9]](#footnote-9)*.*

Ahora bien, se observa que la parte demandante acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con la pretensión de que se declare la nulidad del acto administrativo (Resolución n.º 1201 del 21 de noviembre de 2006) mediante el cual la entidad demandada, con ocasión a la ejecución del contrato de concesión n.º 140 de 1997 impuso una multa al concesionario RCN Televisión S.A. por emitir *“el día miércoles 11 de febrero de 2004 en el horario de las 16:00 a las 17:00 horas, que corresponde a la franja de audiencia infantil, el programa denominado “Mariana de la Noche[[10]](#footnote-10)”* .

No obstante, lo anterior no es óbice para declarar la nulidad por falta de jurisdicción en el presente asunto, pues la imposición de multas en la ejecución de un contrato, no denota el ejercicio de las facultades excepcionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11),

Así las cosas, respecto del estudio de las controversias suscitadas por el contrato de concesión n.º 140 de 1997 suscrito entre las partes, en el cual se incluyó la mencionada cláusula compromisoria, es claro que tanto el Tribunal *a quo* como esta Corporación, carecen de jurisdicción para conocer del asunto, razón por la cual se procederá a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 23 de agosto de 2007, por medio del cual se admitió la demanda (fl. 30, c. 1).En tal virtud, si este asunto correspondía por decisión de las partes a la jurisdicción arbitral, ello significa que se presenta una nulidad insaneable, en los términos del artículo 140-1 del C.P.C., en concordancia con los artículos 145 y el último inciso del 144 del mismo Código.

Seguidamente, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento[[12]](#footnote-12), 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, esto es, el 12 de julio de 2007 (fl. 26, c. 1).

En mérito de lo expuesto, el despacho

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad[[13]](#footnote-13) 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, ante la existencia de cláusula compromisoria pactada por las partes del contrato estatal origen de las controversias planteadas en la demanda.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su cargo y señalar que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, es decir 12 de julio de 2007.

**TERCERO: 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.**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

 **Magistrado**

*xaab/5c*

1. Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 165. “*Serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y se propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto*”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 147. “*El auto que decrete la nulidad de todo el proceso, o de una parte del mismo sin la cual no fuere posible adelantar el trámite de la instancia, será apelable en el efecto suspensivo. El que decrete la nulidad de una parte del proceso que no impida la continuación del trámite de la instancia, lo será en el efecto diferido.*

*Cuando se alegue nulidad dentro del trámite de un incidente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 139*”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sentencia 18 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano. Exp.17859 [↑](#footnote-ref-4)
5. Del objeto contenido en la cláusula primera del contrato n.º 140 de 1997 (fl. 213, c. 3) [↑](#footnote-ref-5)
6. [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-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 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-7)
8. Esta tesis ha sido reiterada, entre otras ocasiones, en los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de octubre de 2015, expediente 35213, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 11 de septiembre de 2014, expediente 30562, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016, expediente 37159, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 19 de septiembre de 2016, expediente 30291, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 10 de agosto de 2016, expediente 33369, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 22 de junio de 2016, expediente 32719, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 3 de agosto de 2015, expediente 28884, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. Folio 17 del cuaderno n.º 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esta providencia, dijo la Sala: “(…) *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)”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 23786, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-12)
13. Resulta necesario manifestar que esta decisión se adopta acatando la decisión de Sala Plena de la Sección Tercera en auto del 18 de abril de 2013, expediente 17859 (R-0035), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, decisión que el suscrito magistrado ponente no comparte en sus argumentos, toda vez que se considera que esa situación se superó al producirse la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, criterio que también fue acogido en la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-13)