**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Convocatoria de conformación del tribunal de arbitramento – Acuerdo de voluntades**

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

**NULIDAD – Falta de jurisdicción – Nulidad insaneable**

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.

**RENUNCIA AL PACTO ARBITRAL – Renuncia tácita – Renuncia válida – Paralelismo de formas – Manifestación de la voluntad**

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, (…) 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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre del dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 08001-23-31-000-1997-13138-01(35703)**

**Actor: EXPOMINERA S.A.**

**Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL 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 Expominera S.A. en contra de la sentencia del 2 de abril del 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, 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**

Expominera S.A. y la Zona Franca de Barranquilla celebraron contrato de arrendamiento sobre unos lotes reservados al embarque de buques de carga. Ante el incumplimiento por parte de la arrendataria en el pago del canon de arredramiento, la arrendadora declaró de manera unilateral la caducidad del contrato. En consecuencia, la sociedad demandante reclama la indemnización de perjuicios por la pérdida del equipo cargador de buques de su propiedad, que se encontraba en las instalaciones de la Zona Franca; no obstante, el despacho observa que en la cláusula decimoquinta del contrato de arrendamiento 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**

**Lo que se demanda**

Mediante escrito presentado el 28 de noviembre de 1997, la sociedad Expominera S.A., a través de apoderado judicial debidamente constituido, formuló demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., contra la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, con el fin de que se la declare responsable de las obligaciones remanentes de la liquidación del Establecimiento Público operador de la Zona Franca Industrial y Comercial del Barranquilla, producto de la pérdida de varios elementos que hacían parte de un equipo cargador de buques.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA.- Declarar que la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, en su calidad de responsable de las obligaciones remanentes de la liquidación del Establecimiento Público operador de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, es administrativamente responsable por la pérdida o extravío de los siguientes elementos de un equipo cargador de buques, los cuales había retenido la entidad liquidada en sus instalaciones en virtud del contrato de arrendamiento ZF-035 de 1990 suscrito con Expominera S.A. siendo su deber legal (sic) vigilarlos, conservarlos y custodiarlos.*

|  |  |
| --- | --- |
| ***CANTIDAD*** | ***DESCRIPCIÓN*** |
| *1* | *Estructura metálica de un Equipo cargador de buques* |
| *1* | *Rollo banda para cargador carbón*  |
| *4* | *Pallet con rodillos para banda cargador carbón*  |
| *55*  | *Piezas tales como: ángulos, escaleras, pasamanos, rodillos de 1m, poleas, etc.* |
| *67* | *Piezas en ángulos diferentes medidas* |
| *2* | *Piezas en ángulos dobladas* |
| *1*  | *Pieza redonda cabeza de shuter*  |
| *1* | *Pieza de lámina de de 1/2”, complemento cabeza de shuter* |
| *1* | *Pieza nueva ángulo de 7”* |
| *1* | *Pieza nueva ángulo de 6”* |
| *2* | *Piezas nuevas ángulos de 2”* |
| *1* | *Atado de platinas con dos tubos de 6m* |
| *1* | *Atado de tubos de 1” zunchado* |
| *1* | *Atado de ángulo con 3 piezas zunchadas* |
| *1* | *Rollo alambre de aluminio* |
| *1* | *½ Rollo de guaya de ½”* |
| *2* | *Motores stwars de 220 V-440V.* |
| *1* | *Motor stwars de 20 H.P.* |
| *1* | *Winche con motor aguire TPI -113,44* |
| *1* | *Bomba neumática* |
| *1* | *Rodaja para winche con dos poleas* |
| *1* | *Caja sellada flexco* |
| *14* | *Rejas de malla* |
| *2* | *Pallet con platinas debidamente zunchados* |
| *2* | *Cajas eléctricas marca General Electric con sus suiches*  |
| *1* | *Caja de madera conteniendo repuestos varios* |

***SEGUNDA.-*** *Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, como responsable de las obligaciones remanentes del proceso de liquidación del Establecimiento Público operador de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, a pagar a la sociedad Expominera S.A. por concepto de daño emergente, la suma de US$300.865.75, valor del equipo cargador de buques extraviado o perdido, equivalente al cambio de hoy (noviembre 27 de 1997) de $1303,15, a trescientos noventa y dos millones setenta y tres mil doscientos dos pesos ($392.073.202); suma esta que seguirá variando en forma ascendente con sujeción a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este proceso, de conformidad con lo pedido en el capítulo de la demanda referente a los perjuicios y al peritazgo que habrá de realizarse en el proceso.*

***TERCERA.-*** *Condenar a la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, como responsable de las obligaciones remanentes del proceso de liquidación del Establecimiento Público operador de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, a pagar a la sociedad Expominera S.A., también por concepto de daño emergente, la suma de catorce millones doscientos setenta y tres mil doscientos un pesos (14.273.201) valor de los costos de traslado e introducción al país del equipo cargado de buques extraviado o perdido, de conformidad con lo pedido en el capítulo de la demanda referente a los perjuicios y al peritazgo que habrá de realizarse en el proceso.*

***CUARTA.-*** *Condenar a la Nación-Ministerio de Comercio Exterior, como responsable de las obligaciones remanentes del proceso de liquidación del Establecimiento Público operador de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, a pagar a la sociedad Expominera S.A., por concepto de lucro cesante (perjuicio ocasionado por habérsele privado de la utilización de los dineros de la indemnización), los intereses legales causados desde la fecha en que el equipo cargador de buques ingresó a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla (27 de abril de 1991) hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este proceso, liquidados a la tasa de interés comercial certificada por la Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo pedido en el capítulo de la demanda referente a los perjuicios y al peritazgo que habrá de realizarse en el proceso (…)* (f. 1-3, c.1).

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó los siguientes hechos:

*[E]l 8 de noviembre de 1990 se celebró entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y la Firma Expominera Montoya & Cia S en C. el contrato de arrendamiento ZF-035.*

*El objeto del contrato (…) establecía que el usuario operador se obligaba a destinar el espacio asignado para operar y administrar las instalaciones y facilidades portuarias y de almacenamiento, necesarias para el recibo, manipuleo, bodegaje y cargue de embarcaciones mayores para la exportación final de toda clase de carbones y demás productos mineros (…).*

*[C]on el propósito de ejecutar las actividades portuarias para las cuales había celebrado el Contrato de Arrendamiento ZF-035 de 1990, la sociedad Expominera S.A. compró a Marcone Ocean Industries Ltd. un equipo cargador de buques por valor de US$300.865.75, el cual se encontraba conformado por una estructura metálica de 240 pies de largo por 24 de ancho y por equipo complementario (motores, platinas, bandas, rodillos, guallas, etc).*

*La estructura metálica fue adquirida por US$250.000 según consta en la factura expedida por la empresa Marcone Ocean Industries (…). El equipo complementario del cargador fue adquirido a esa misma empresa por US$50.865,75, según fue declarado en el Permiso de Introducción de Mercancías Extrajeras Nº 180482 de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla (…).*

*Para operar el puerto carbonífero que había tomado en arrendamiento la sociedad Expominera S.A. celebró el 31 de marzo de 1992 un Contrato B.O.T. con la firma Interimco Machinery de Colombia, en donde esta última se comprometía por un lapso de 10 años a operar el puerto y a revertir a Expominera, al final de dicho término, la totalidad de los equipos e instalaciones utilizados.*

*[L]uego de haber transcurrido casi dos años desde la fecha de celebración del Contrato ZF.035 de 1990, y sin que hasta entonces se hubiera podido dar cumplimiento al objeto contractual debido al cambio de legislación que se presentó (el contrato fue celebrado antes de la expedición de la Ley 1ª de 1991), sin haberse mandado durante ese periodo una sola cuenta de cobro por concepto de cánones de arrendamiento, el día 4 de diciembre de 1992 la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, mediante Resolución Nº. 008501, decidió caducar el contrato de arrendamiento que había celebrado con Expominera S.A.*

*Las razones de la caducidad, según las lacónicas consideraciones de la Resolución (…) aparentemente obedecieron al supuesto incumplimiento de Expominera S.A. en el pago de los cánones mínimos de arrendamiento mensual (…).*

*[S]in que se hubiera pactado derecho de retención alguno en el contrato de arrendamiento (…), estando aún subjudice la situación relativa al pago de los cánones de arrendamiento y sin haber iniciado previamente el respectivo proceso de lanzamiento, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato, decidió de manera arbitraria e ilegal retener tanto la estructura metálica (…) como el equipo complementario del cargador de buques (…) negándole a Expominera S.A., el legítimo derecho que tenía de retirarlos.*

*Pero la conducta arbitraria de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla no terminó allí, sino que llegó incluso a pretender rematar los bienes de Expominera S.A. que tenía retenidos, hecho que fue impedido mediante comunicación 293/94 dirigida al doctor Orlando Lozano Paternostro, Gerente en ese entonces de la Zona Franca.*

*[D]e conformidad con lo ordenado en el Decreto 2111 del 29 de diciembre de 1992, el día 30 de junio de 1994 concluyó el proceso de liquidación del Establecimiento Público que operaba la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.*

*En cumplimiento de los dispuesto por el artículo 6 del citado Decreto, la Nación-Ministerio de Comercio Exterior asumió los bines y obligaciones remanentes del Establecimiento Público que operaba la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.*

*Entre tanto se obtenía la autorización del Ministerio (…) para retirar de la Zona Franca los distintos elementos que conformaban el equipo cargador de buques, Expominera S.A. empezó (…) a negociar la venta de tal equipo a Cementos Caribe S.A. y a Cementos del Carare.*

*[E]n el mes de diciembre de 1995, Expominera S.A. programó con Cementos del Caribe S.A. una visita a las instalaciones de la Zona Franca en la ciudad de Barranquilla con el objeto de inspeccionar el equipo cargado de buques objeto de venta.*

*Fue así como a mediados de diciembre de 1995 (…) se toparon con la tamaña sorpresa de que el mismo había desaparecido (…) de las instalaciones de la Zona Franca de Barranquilla.*

**Trámite procesal**

Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, la entidad accionada Nación-Ministerio de Comercio Exterior, en escrito de **contestación de la demanda** afirmó que el objeto del contrato celebrado con Expominera S.A., era el arrendamiento de unos patios ocupados dentro de la Zona Franca de Barranquilla. Manifestó que el liquidado Establecimiento Público operador de la Zona Franca declaró la caducidad del contrato, debido a la falta de pago del canon de arrendamiento por parte de Expominera.

Adicionalmente argumentó:

*[L]a figura de la retención de mercancía como lo expresa la sociedad demandante no ocurrió, lo que efectivamente se hizo fue aplicar las normas que para almacenamiento de mercancía prevé el legislador; en su momento la demandante arbitraria y deliberadamente pretendió sacar las mercancías de la Zona Franca sin cumplir con los requisitos que para los trámites exige la DIAN y en ese entonces la misma Zona Franca (…)*

*[N]o se desconoce la sustracción de los equipos que la sociedad demandante alude, (pudo haber ocurrido), pero téngase en cuenta que para la época de marras el Ministerio de Comercio Exterior ya había suscrito contrato de arrendamiento con la actual sociedad operadora privada y la custodia de bienes y la seguridad hacia el Exterior de la Zona Franca la contrata y compete de manera exclusiva a este Usuario Operador (sic).*

*[E]l hecho generador de la controversia contencioso administrativa no tiene en cuenta el incumplimiento en que incurrió la sociedad demandante al no pagar el canon de arrendamiento, y tampoco el abandono en el que fueron dejadas las mercancías por tantos años, sin responder por bodegaje y siendo renuentes con su condición de arrendatarios. Tan solo hasta 1995, expresaron su abismal sorpresa por notar la ausencia de sus bienes y mercancías nos conduce a pensar que si bien en los inventarios que recibió la Nación –Ministerio de Comercio Exterior en julio de 1994 no se relacionaron los bienes de Expominera, y el percatarse de la ausencia de las mismas fue en época en la que actúa como Usuario Operador de la Zona Franca hoy Industrial de Bienes y servicios (entidad privada) nos lleva a concluir dos cosas:*

*a) o bien las mercancías fueron hurtadas antes de 1994 siendo exclusivo responsable el Establecimiento Público Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla (…) por no relacionar en los inventarios bienes (…) de la sociedad demandante (…).*

*b) o bien, como el líbelo lo manifiesta, siendo descubierto el hecho de la sustracción o ausencia de la mercancía en el año 1995, no queda menos que apuntalar en la actual sociedad operadora la responsabilidad por el dicho extravío (de ser evidenciado tal), por ser el administrador absoluto del área sobre la cual opera la Zona Franca* (…) (f. 182, c. 1).

También solicitó que se ordene la integración del litisconsorcio necesario por pasiva con la Sociedad Operadora de la Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Barranquilla, SODEZONA S.A., ya que, para la época de los hechos, esta administraba el área “*en la que se devela el hurto o el simple extravío de las mercancías*”, y propuso como excepción la caducidad de la acción, por cuanto la parte demandante pudo haber conocido de la pérdida de los bienes antes del año 1995.

Finalmente, manifestó la existencia de un pleito pendiente entre las partes por los mismos hechos, así:

*[C]omo quiera que no se trata de incoar ante la autoridad, varios textos con igual escrito y limitarse a cambiar la denominación de la acción, solicito muy respetuosamente al Despacho del honorable magistrado, decretar la procedencia de este exceptivo por cuanto que ante esa misma dignidad, el mismo argumento escrito, y por el mismo respetable profesional de derecho fue incoada una acción de reparación directa, en el sub-judice con la denominación de “acción contractual”. Aun así es llamada a prosperar esta excepción, siempre que ante su despacho se ventila una causa de similar naturaleza jurídica, Expediente 9261 (…) por lo que tipifica claramente el postulado del artículo 97 nº. 10 del Código de Procedimiento Civil Colombiano* (f. 183, c.1).

Por su parte el representante de la sociedad Expominera S.A. manifestó su oposición a la excepción de caducidad de la acción propuesta, por cuanto considera que la fecha que toma la entidad demandada para contar la caducidad resulta errada (f. 203, c. 1).

Mediante auto de 9 de septiembre de 1998, el Tribunal Administrativo del Atlántico vinculó al proceso a la Sociedad Operadora de la Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Barranquilla Sodezona S.A., como litisconsorte. Lo anterior en virtud de la denuncia de pleito realizada por el Ministerio de Exterior en la contestación de la demanda (f. 205, c. 1).

Con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Zona Franca de Barranquilla, contra el auto del 9 de septiembre de 1998 que ordenó su vinculación al proceso, en el que alegó la inexistencia de una relación con el Ministerio de Comercio generadora de responsabilidad, el Consejo de Estado profirió auto de 30 de agosto del 2001, en el cual confirmó la decisión de aceptar la denuncia de pelito formulada por el Ministerio de Comercio Exterior en contra de SODEZONA S.A. (f. 270, c. 1).

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante **sentencia** del 2 de abril del 2008, declaró probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada. Al respecto, el tribunal argumentó que, teniendo en cuenta que el vínculo jurídico que fundamenta la acción contractual es el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, el término de caducidad debe contarse a partir de la terminación de dicho contrato, pues fue a partir de ese momento, cuando la entidad demandando se tomó la atribución de ejercer la retención del equipo cargador de buques. Al respecto se anotó:

*[E]ntonces, si el excontratista demandante consideró que el operador contratante, luego de terminado el contrato, le estaba reteniendo legítima o ilegalmente el equipo cargador de buques, ejerciendo un indebido derecho de retención que rayaba en una vía de hecho como lo viene planteando, así como el de estar sufriendo otros tipo de perturbación u oposición que atentaba contra la legítima salvaguarda o conservación de la integridad de la maquinaria de marras por parte del operador, debió luego, si de ellos se tratare o fuere procedible (sic), ejercitar la acción en punto a la pretensiones pertinentes, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que terminó el contrato, es decir hasta el 6 de enero de 1995, hito histórico vencido en exceso al haberse presentado esta demanda el 28 de noviembre de 1997, situación que fuerza a declarar probada la excepción de caducidad de la acción* (f. 501, c.ppl.).

El 8 de mayo del 2008, la sociedad Expominera S.A. interpuso oportunamente **recurso de apelación** en contra de la sentencia de primera instancia. Adujo que el *a quo* se equivocó al contabilizar el término de caducidad desde la fecha de la terminación del contrato de arrendamiento, pues las pretensiones de la demanda no se encuentran fundamentadas en la retención ilegal del equipo cargador de buques por parte de la entidad demandada, sino en el hecho de su posterior desaparición, momento determinante para iniciar el cómputo para la caducidad.

Por lo anterior, aseguró que la providencia del tribunal contraría la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual estima correcto que, en los casos de responsabilidad por hechos relacionados con un contrato, el término de caducidad se cuente a partir de la ocurrencia del hecho que cause la controversia, que no a partir de la terminación del contrato. Pues, en el presente caso, la pérdida del equipo cargador de buques, ocurrió 3 años después de que el contrato de arrendamiento se hubiere finalizado de manera unilateral.

Finalmente, en el recurso se anotó:

*[S]i bien la pérdida del equipo cargador de buques se produjo con posterioridad a la terminación del contrato de arrendamiento que se celebró con la Zona Franca, la responsabilidad de esa entidad por dicha pérdida tiene origen en dicho contrato, por lo que la acción a interponer es la contractual, cuyo término de duración debe contarse a partir de los hechos que motivan la misma.*

*La tesis del A quo, de ser aceptada, conduciría en el presente caso a una denegación de justicia, dado que sería imposible interponer en tiempo la demanda, toda vez que la acción estaría ya caducada para el momento en que ocurrieron los hechos motivo de la misma (…)* (f. 514, c.1).

Con fundamento en lo anterior, el recurrente solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia para proferir un pronunciamiento de fondo sobre la responsabilidad administrativa del Ministerio de Comercio Exterior, por la pérdida del equipo cargador de buques en desarrollo del contrato de arrendamiento celebrado.

En la oportunidad para **alegar de conclusión**, la parte demandada manifestó la necesidad de que se defina cuál de las dos acciones es la procedente, pues es palmario que ante esta jurisdicción cursa un proceso de reparación directa por los mismos hechos, los cuales no pueden estudiarse de fondo al mismo tiempo. Por otra parte, respecto de la caducidad de la acción, consideró correcto el argumento del *a quo*, sobre cómputo del término para declarar la caducidad de la acción, por lo que solicitó que se confirme esta providencia.

Mencionó que sobre los mismos hechos se promovió una acción de reparación directa, con idénticas pretensiones, sobre lo cual el *a quo* se abstuvo de decidir sobre la procedencia de la acción, por lo que solicitó pronunciamiento expreso sobre la duplicidad de acciones presentada. Y, finalmente, expuso que existe otro pleito pendiente con el radicado 1995 9261 01, en el cual la entidad demandante solicita mediante la acción de controversias contractuales, también, la devolución de los equipos supuestamente perdidos, por lo que existirían ante esta jurisdicción tres acciones con las mismas pretensiones incoadas al mismo tiempo (f. 524, c.ppl.).

Por su parte, la sociedad demandante en sus **alegatos de conclusión** reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación y agregó:

*[L]a mención que aparece en la demanda acerca de la ilegal retención del equipo cargador de buques por parte de la Zona Franca se hizo para denotar, por una parte, que fue por cuenta de ese hecho que el equipo cargador de buques continuaba en las instalaciones de la Zona Franca para la época en que se evidenció su extravío, y por otra parte, que fue esa ilegal retención la que imponía a la entidad demandada los deberes de vigilancia, conservación y custodia que fueron infringidos al haberse perdido el equipo, indicaciones que de no haberse hecho hubiera dejado incompleto el sustento fáctico y jurídico de la demanda.*

*Por tanto, cuando el Tribunal asume que estos aspectos circunstanciales eran el objeto de la declaración de responsabilidad administrativa de que trata este proceso, cambia las pretensiones de la demanda y las sustituye por otras que son imaginadas por él (…)*

*[L]a Zona Franca tenía la obligación legal y contractual de custodiar y vigilar la seguridad de los equipos, elementos y mercancías de sus arrendatarios ubicados dentro de sus instalaciones, máxime cuando terminado el mencionado contrato tales bienes estaban siendo retenidos por la Zona Franca (…)* (f. 537).

La Procuraduría Cuarta delegada ante el Consejo de Estado solicitó traslado especial para alegar de conclusión, oportunidad en la cual manifestó que considera pertinente que se revoque la providencia de primera instancia, y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto el material probatorio allegado al proceso obra en copia simple, por lo que se debe concluir que no se probaron los presupuestos que sustentan las pretensiones de la demanda (f. 592, c.ppl.).

1. **CONSIDERACIONES**

Como cuestión preliminar, se estima oportuno aclarar que la demanda que dio origen a la presente controversia fue presentada el 28 de noviembre de 1997, 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 (f. 26, c. 1).

**Problema jurídico**

Teniendo en cuenta que la presente controversia tiene origen en el contrato de arrendamiento ZF-035, suscrito el 8 de noviembre de 1990 entre las partes, Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, y Sociedad Expominera S.A., 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.

**Análisis del Despacho**

Para resolver el problema jurídico puesto a consideración, es preciso establecer si el hecho dañoso alegado en la demanda se enmarca o no dentro de la eventual responsabilidad derivada del contrato de arrendamiento celebrado entre la sociedad Expominera y la Zona Franca, con el fin de determinar si la escogida es la acción procedente.

Sobre el particular, de entrada advierte el Despacho que el 8 de noviembre de 1990, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y la sociedad Expominera Montoya y Cia, S en C. suscribieron el contrato de arrendamiento ZF-035 frente a los patios nº. 37 (manzana S), nº. 38 (manzana T), nº. 39 (manzana U), con el fin de que el usuario operador, es decir, la sociedad Expominera, destinara dichos espacios para *“operar y administrar las instalaciones portuarias y de almacenamiento, necesarias para el recibo, manipuleo, bodegaje y cargue a embarcaciones mayores para su exportación final de toda clase de carbones y demás productos mineros”.*

La cláusula decimoquinta del contrato es del siguiente tenor literal:

*[D]ECIMAQUINTA.-* *En caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo para solucionar algunas de las diferencias que surjan entre las mismas en desarrollo del presente contrato, tales diferencias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento, constituido por un representante de cada una de las partes y un tercero escogido por esos dos. De no poderse constituir el tribunal de arbitramento, por renuencia de alguna de las partes o por dificultades en acordar el tercer árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Cámara de Comercio de Barranquilla o del lugar que las partes señalen la integración de dicho tribunal de arbitramento* (contrato de arrendamiento, f. 32, c. 1)*.*

El 4 de diciembre de 1992, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla declaró unilateralmente la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado con Expominera S.A., en virtud del incumplimiento por parte de esta en el pago del valor mensual pactado como canon de arrendamiento y, de la cláusula que estipuló que el usuario operador debía *“utilizar el espacio arrendado de manera permanente”.* La resolución fue confirmada el 6 de enero de 1993 (f. 114-119 c.1).

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 ZF-035 de 1990, 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[[4]](#footnote-4), 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[[5]](#footnote-5).*

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[[6]](#footnote-6), pues tal y como lo definió la Sección Tercera del Consejo de Estado en 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*[[7]](#footnote-7)*.*

Ahora bien, se observa que previamente la parte demandante acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con la pretensión de que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual la entidad demandada declaró unilateralmente la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado por las partes, contenido en las Resoluciones n.° 0085101 de 1992 y 000059 de 1993, y que esta Corporación, mediante sentencia de 16 de marzo del 2012 resolvió el asunto negando las pretensiones[[8]](#footnote-8).

No obstante, lo anterior no es óbice para declarar la nulidad por falta de jurisdicción en el presente asunto, pues en la mencionada providencia la jurisdicción contencioso administrativa tuvo competencia para conocer el asunto, debido a que se trató de la impugnación de los actos administrativos mediante los cuales la entidad estatal ejerció su facultad excepcional de declarar unilateralmente la caducidad del contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993[[9]](#footnote-9), por lo que, tal como se argumentó en la citada providencia, su estudio se encontraba excluido de las decisiones subordinadas al pacto arbitral. En la sentencia se anotó:

*[L]a jurisprudencia de esta Corporación, acogida por la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10), ha precisado que la declaratoria de caducidad, en tanto facultad excepcional no se subordina a la decisión arbitral, dado que “[c]uando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución Política y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, indelegable”[[11]](#footnote-11).*

*De modo que la declaratoria de la caducidad, en tanto comporta el ejercicio de una prerrogativa propia de la administración, procede aunque las partes hubieran pactado cláusula compromisoria, con sujeción a las reglas del debido proceso y durante la ejecución contractual[[12]](#footnote-12).*

Así las cosas, respecto del estudio de las controversias suscitadas por el contrato de arrendamiento 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 30 de marzo de 1998, por medio del cual se admitió la demanda (f. 176, 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. de 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[[13]](#footnote-13), 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 28 de noviembre de 1997 (f. 1-3, c. 1).

En mérito de lo expuesto, el despacho

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad[[14]](#footnote-14) 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 Barranquilla 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 28 de noviembre de 1997.

**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.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

 **Magistrado**

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. [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-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de marzo del 2012, expediente: 22893, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. [6] *Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.* [↑](#footnote-ref-10)
11. [7] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2000, expediente 16937.* [↑](#footnote-ref-11)
12. [8] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de enero de 1988, expedientes 2616 y 3615; del 6 de mayo de 1992, expediente 6.661; del 15 de febrero de 1991, expediente 5973; 25 de septiembre de 1993, expediente 6437; del 2 de abril de 1992, expediente 1.875; del 6 de junio de 1996, expediente 2240; del 18 de julio de 1997, expediente 10103 y 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, entre muchas otras.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 23786, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)