

RENUNCIA TACITA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA – Unificación jurisprudencial

La Sección Tercera de esta Corporación, en su Sala Plena, mediante providencia del 18 de abril de 2013 modificó y unificó la tesis jurisprudencial que se venía aplicando en el sentido de considerar que había lugar a concluir que las partes habrían convenido una renuncia tácita respecto de la cláusula compromisoria solemnemente pactada en un contrato estatal.

PACTO ARBITRAL – Definición

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, vigente para la época de celebración del contrato objeto de litigio, define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso.

PACTO ARBITRAL – Debe constar por escrito

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y al respecto siempre ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, consiste en habilitar la competencia de los árbitros. [...] La Sección Tercera también ha profundizado sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción permanente e institucional. [...] Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene por cierto que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejaran su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, «voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado», razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa. Igualmente hay lugar a concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito. Respecto del compromiso pactado por las partes de un contrato estatal.

APLICACION DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA – Renuncia tácita – Evolución jurisprudencial

La Jurisprudencia de la Sala había venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria cuando a pesar de haber acordado llevar sus diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción institucional de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no proponía la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia de 16 de junio de 1997 –expediente 10.882–, retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097–[...] Nuevamente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934– la Sala reiteró que si se notificaba el auto admisorio de la demanda al demandado y este no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esta ocasión se analizó un evento poco usual en cuanto el demandante advirtió que con dicho acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, pues sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción [...] En pronunciamientos más recientes, la Sala reiteró la postura aludida, tal como lo evidencia la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente número 18.395, en la cual se realizó una recapitulación de los pronunciamientos judiciales sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria y de los escenarios procesales en los que era aplicable.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01727-01(29215)

Actor: BDO AUDIT AGE S.A.

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Encontrándose el asunto para fallo, el Despacho advierte la configuración de dos causales de nulidad procesal insaneables, como lo son la falta de jurisdicción y la falta de competencia funcional, contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual se procederá a decretarlas de manera oficiosa.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 23 de agosto del año 2002, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., por conducto de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual en contra de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones Principales

Primera Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2344 del 16 de abril de 2002 mediante la cual CAJANAL procedió a liquidar unilateralmente el contrato de prestación de servicios de Revisoría Fiscal No. 002 de 1997 y sus convenios adicionales 1 y 2 de fechas 22 de enero de 1998 y 23 de

junio de 1998, respectivamente, por ser ilegal y por cuanto con su expedición se causó agravio injustificado a BDO AUDIT AGE S.A.

Segunda Pretensión Principal: Que como consecuencia de la aludida declaratoria de nulidad se proceda a liquidar el contrato de prestación de servicios de revisoría fiscal No. 002 de 1997 y sus convenios adicionales No. 1 y 2 de fechas 22 de enero de 1998 y 23 de junio de 1998, respectivamente, liquidación en la que se deberán incluir: 1- Los honorarios correspondientes a los servicios de revisoría fiscal efectivamente prestados por BDO AUDIT AGE S.A. a CAJANAL entre el 24 de julio de 1998 y 23 de febrero de 1999, ambas fechas inclusive, más el IVA correspondiente y las sumas correspondientes a los reajustes por el desequilibrio económico presentado en la ejecución del contrato para los años 1997 y 1998, correspondientes a los honorarios pactados e incrementados en el índice de precios al consumidor para los años 1997 y 1998 en cuantía total de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$241'302.656), o la suma mayor o menor que por los expresados conceptos aparezca acreditada en el proceso; 2- Los intereses a la tasa del 12% anual por el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 1997 y aquella en que el pago se verifique, liquidados sobre la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MDA CTE (\$241'302.656) más el IVA correspondiente a TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS MDA CTE (\$38'608.425), o la suma mayor o menor que por el expresado concepto resulte acreditada en el expediente; 3- El valor de los intereses moratorios causados y no pagados por la demora en la cancelación de las sumas correspondientes a los honorarios dejados de percibir y a los reajustes por el desequilibrio económico, suma que asciende a SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN PESOS MDA CTE (\$70'855.731), o la suma mayor o menor que por el expresado concepto resulte acreditada dentro del proceso.

Tercera Pretensión Principal: Que se condene a CAJANAL a pagar a favor de BDO AUDIT AGE S.A. o de quien sus derechos represente las cantidades liquidadas que resulten como consecuencia de la liquidación a la que se refiere la pretensión anterior, junto con sus intereses, en la forma prescrita por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y con ajuste de los respectivos valores de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del mismo código.

Cuarta Pretensión Principal: Que se disponga el cumplimiento de lo resuelto en la forma y términos contemplados en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Quinta Pretensión Principal: que se condene a CAJANAL al pago de las costas del proceso.

2. Los Hechos.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte demandante señaló, en síntesis, lo siguiente:

- La Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, con fundamento en el Decreto 2355 de 1995, declaró la apertura del concurso público de méritos No. 02 de 1996,

con el fin de contratar la revisoría fiscal de CAJANAL, bajo los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993 y demás normas vigentes, para lo cual se señaló como fecha de apertura el 1º de abril de 1996 y de cierre el 11 de los mismos mes y año.

- El 22 de diciembre de 1995, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 959, autorizó a CAJANAL para funcionar como entidad promotora de salud, por lo cual le correspondería al Gobierno Nacional la designación del revisor fiscal de la entidad.

- El Decreto 2355 de 1995 fue derogado por el Decreto No. 1601 de 1996, que, entre otros aspectos, señaló un período de 2 años para el revisor fiscal de las entidades administradoras del sistema general de seguridad social integral.

- El 11 de abril de 1996, la sociedad demandante BDO AUDIT AGE S.A., presentó su propuesta de servicios profesionales cotizando un valor de \$128'000.000 por la revisoría fiscal de 1996, pero no estableció específicamente los honorarios para el ejercicio de 1997, pues en los términos de referencia no se estipuló.

- En la propuesta de servicios profesionales de la sociedad BDO, de acuerdo con la cláusula vigésima del contrato, se estableció lo siguiente: *“En el evento de que CAJANAL no designe oportunamente revisor fiscal después de haber concluido su trabajo y el contrato anual se hubiese terminado, la firma continuará colaborándoles mientras se designe el nuevo revisor fiscal conviniéndose honorarios a prorrata del tiempo que dure nuestra inscripción como revisores fiscales. Los honorarios se reajustarían al índice del costo de vida del año inmediatamente anterior.”*

- Como resultado del concurso de méritos, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Decreto No. 1925 del 25 de octubre de 1996, designó a la firma BDO AUDIT AGE, como los revisores fiscales de CAJANAL para un período de 2 años. El citado Decreto fue remitido a la Sociedad BDO AUDIT AGE S.A., por CAJANAL, con el fin de dar inicio a los trámites correspondientes para la posesión del revisor fiscal principal y suplente ante la Superintendencia Bancaria y de Salud.

- El 13 de noviembre de 1996, mediante comunicaciones Nos. LP -4041, 4042, 4044 y 4045, se remitieron por parte de la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., a las Superintendencias Bancaria y de Salud, las correspondientes cartas de aceptación del cargo y los documentos requeridos para el trámite de posesión de los profesionales asignados por la sociedad BDO para el ejercicio del cargo y se designó al Contador Público Alfonso Escobar Barrera como revisor fiscal principal y al Contador Público Alejandro Ríos Monsón como revisor fiscal suplente.

- El 19 de diciembre de 1996, mediante comunicación dirigida a la Jefe de la oficina de contratación de CAJANAL, la sociedad BDO solicitó se le remitiera copia de las Resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria en las que se ratificara el nombramiento y posesión de los revisores fiscales designados por la sociedad BDO, copia de la respuesta de CAJANAL al requerimiento hecho por la Superintendencia Nacional de Salud y copia de la minuta del contrato de revisoría fiscal próximo a suscribirse entre las partes.

- El 30 de diciembre de 1996, mediante oficio S.A.F. 3200, el Subdirector Administrativo y Financiero de CAJANAL remitió copia de documentos a la sociedad BDO, de los cuales se desprende que la Superintendencia Bancaria mediante los oficios Nos. 4301 dio posesión a los revisores fiscales, principal y suplente, designados por BDO para el ejercicio del cargo, a partir del 9 de diciembre de 1996.

- El 23 de enero de 1997 se suscribió el contrato de revisoría fiscal entre CAJANAL E.P.S., y la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., exclusivamente por el ejercicio de 1996, es decir por 1 año, lo cual implicaba que al término del mismo necesariamente debería firmarse un nuevo contrato para la nueva vigencia, de conformidad con lo prescrito tanto en el Decreto 2355 de 1995, como en la autorización otorgada por la Superintendencia Nacional de Salud.

- El contrato que estaba previsto para iniciarse en el año de 1996, período para el cual cotizó la sociedad BDO y presentó propuesta, sólo fue suscrito 9 meses después de lo acordado en el año 1997, por lo cual CAJANAL ha debido reajustar el valor del contrato según el IPC, que para esa época era del 21.63%.

- Mediante comunicación No. OFC -4644-97 del 20 de agosto de 1997 dirigida por BDO al director general de CAJANAL, se solicitó estudiar la posibilidad de

reajustar el valor del contrato en un porcentaje igual a la variación del índice de precios al consumidor correspondiente al año de 1996, teniendo en cuenta que se estaba haciendo gravosa la situación del contratista por causas ajenas a su voluntad, generando un posible desequilibrio económico contractual.

- A la anterior solicitud la oficina asesora jurídica de CAJANAL dio respuesta en los siguientes términos: *“A la luz de las normas en cita y analizando lo pretendido por el contratista es preciso resaltar que efectivamente se presentó un excesivo interregno entre la conclusión del concurso de méritos y posesión del revisor fiscal, situación de ninguna manera imputable al contratista.*

“Pero para la aceptación de los costos reclamados deben encontrarse debidamente probados, de lo contrario las reclamaciones sobre el particular no tendrán prosperidad. Aparte de la exigencia normal de la demostración detallada y suficiente del gasto efectuado ha de acreditarse la necesidad del mismo, cuya evaluación no puede quedar al arbitrio o discreción del contratista.

Así las cosas se concluye para el caso que nos ocupa, la imposibilidad jurídica de imponer a CAJANAL un pago cuya conveniencia y necesidad no tiene respaldo probatorio.”

- El 23 de enero de 1998 se firmó la adición No. 1 al contrato 002 de 1997, por un término de 5 meses, en contravención a lo dispuesto en los Decretos Nos. 1601 y 1925 de 1996, pues según la normativa vigente, el contrato ha debido suscribirse por 1 año más. Sin embargo, CAJANAL plasmó en el contrato las siguientes consideraciones: *“... B) Que en cumplimiento a lo previsto en el Decreto 1601 de 1996 la selección del revisor fiscal debe efectuarse para un periodo de 2 años. C) Que cuando se expidió el Decreto anterior, la entidad ya había adelantado el concurso de méritos para seleccionar el revisor fiscal por el término de 1 año. D) Que teniendo en cuenta que no se contó con la disponibilidad presupuestal correspondiente no fue posible adelantar el respectivo concurso de méritos, y dado que los actos y documentos de la entidad deben ser refrendados por un revisor fiscal, se procede a adicionar y prorrogar el contrato No. 002 de 1997”;* la adición al valor se realizó por la suma de \$63'200.000, situación con la que discrepó la Sociedad BDO, pues consideró que debía aplicarse el incremento del IPC, correspondiente al 17.68%.

- Mediante comunicaciones del 30 de marzo y 1º de abril respectivamente, dirigidas a la Superintendencia Bancaria, la sociedad BDO realizó el registro de los nuevos revisores fiscales designados por la firma para realizar la revisoría fiscal y designó a los Contadores Públicos Alejandro Ríos Monsón como revisor fiscal principal y Helman Ortíz Macías como revisor fiscal suplente. Igual Trámite se realizó ante la Superintendencia Nacional de Salud.

- El 23 de junio de 1998 se suscribió entre CAJANAL y BDO la Adición No. 2 al contrato 002 de 1997, por el término de 1 mes y por un valor de \$12'639.578.08. En esa misma fecha CAJANAL se encontraba adelantando el concurso público de méritos No. 01 de 1998 con el fin de seleccionar su revisor fiscal, para un período de 2 años.

- El 30 de junio de 1998, mediante comunicado No. AEB -4138 -98, enviado al Director General de CAJANAL, la Sociedad BDO solicitó nuevamente se analizara el desequilibrio económico contractual que se estaba presentando, toda vez que a la fecha y estando en segunda adición al contrato, la Administración no se había pronunciado oficialmente al respecto.

- El 9 de septiembre de 1998, La sociedad BDO elevó comunicación con destino a la Directora General (E) de CAJANAL, en la cual solicitó la definición de la situación contractual hasta la posesión del nuevo revisor fiscal de la entidad, pues a esa fecha y habiendo vencido el término de la adición No. 2, la sociedad BDO continuaba actuando como revisor fiscal ante las entidades de control y las Direcciones de Impuestos Nacionales y Distritales.

- A partir del 9 de septiembre de 1998 y hasta el momento de la liquidación unilateral del contrato por parte de CAJANAL, existen diversas comunicaciones dirigidas por la sociedad BDO solicitando a CAJANAL tanto el estudio y pronunciamiento sobre el desequilibrio económico del contrato, como sobre la liquidación del mismo.

- El 21 de septiembre del año 2000, mediante comunicado No. LMP -3962-00, dirigido a la coordinadora del grupo de registro de la Superintendencia Bancaria, la sociedad BDO solicitó información acerca de quiénes eran, a la fecha, los revisores fiscales, principal y suplente, de CAJANAL, comunicación a la cual se dio respuesta parcial el 29 de septiembre de 2000, por parte de la

Superintendencia Bancaria, dependencia que informó que mediante el Decreto No. 004 del 4 de enero de 1999, CAJANAL había designado a la firma JAHV AUDITORES COLOMBIA LTDA., para ejercer la revisoría fiscal de la citada entidad y que a esa fecha el cargo de revisor fiscal principal era ejercido por el Contador Público Jaime Hernández, para el cual tomó posesión el 24 de febrero de 1999.

- El 12 de enero de 2001, CAJANAL en respuesta a las comunicaciones relacionadas con la liquidación del contrato y los reajustes solicitados por la sociedad BDO, informó a dicha sociedad lo siguiente: *“La oficina jurídica de CAJANAL, “... mediante oficio OJD -00533 del 7 de julio de 1999 emitió concepto jurídico sobre el acta de liquidación, la que fue suscrita por el director general doctor Lucio Franco Bravo Rodríguez, copia de la cual se le entregó a BDO AUDIT AGE, según constancia de recibido de fecha 22 de julio de 1999, documento que hasta la fecha no ha sido suscrito por el representante legal de esa firma, lo que conlleva a entender que no existió ánimo para liquidarlo de mutuo acuerdo.”*

“... los reajustes solicitados debieron de haberse pactado contractualmente, ya que este era el escenario ideal para concretarlos, situación que no se definió y que a la luz de lo consignado en el acta de liquidación no se reconoció por parte de la administración.”

- El 24 de abril de 2001, mediante comunicado de la sociedad BDO, dirigido al grupo de liquidación de contratos de CAJANAL, se solicitó la liquidación del contrato, el estudio de los reajustes económicos contractuales y el pago de los honorarios no cancelados por CAJANAL, correspondientes al término en que continuó ejerciendo la revisoría fiscal, esto es desde el año 1996 al año 1999, lo que generó como resultado un valor de \$170'446.921, eso sin reconocer el valor de los intereses, toda vez que los pagos correspondientes a la diferencia causada por los reajustes solicitados y por los meses en que BDO prestó sus servicios profesionales de revisoría fiscal a CAJANAL no fueron cancelados oportunamente, razón por la cual la liquidación de los intereses correspondientes desde el 23 de febrero de 1997, fecha en que debía cancelarse la primera cuota de conformidad con la cláusula cuarta del contrato y hasta el 31 de julio de 2002, fecha de presentación de la demanda, corresponde al valor de \$241'302.656.

- El 29 de junio de 2001, CAJANAL solicitó a la representante legal de BDO el envío de las fotocopias de las actas de iniciación y terminación, certificación expedida por el supervisor del contrato correspondiente al mes de julio de 1998 y un cuadro de cuentas de facturación y pagos, además de los documentos considerados pertinentes con el fin de proceder a la liquidación del contrato, requerimientos que fueron contestados por la sociedad BDO.

- El 6 de agosto de 2001 en oficio dirigido a la sociedad BDO, por parte de la coordinadora del grupo de liquidación de contratos de CAJANAL, se requirió a la representante legal de BDO con el fin de que el día 10 de agosto del año 2001 compareciera a la entidad con el fin de suscribir el acta de liquidación del contrato 002 de 1997. El proyecto de acta de liquidación fue entregado a la representante legal de la sociedad BDO con el fin de que lo suscribiera a más tardar el 14 de agosto de 2001.

- En consecuencia, el 14 de agosto de 2001, la sociedad BDO, mediante comunicación dirigida a CAJANAL, realizó algunas observaciones sobre el acta de liquidación del contrato No. 002 de 1997 y solicitó además se incluyeran en el acta algunas modificaciones y salvedades, la cuales transcurridos más de tres meses desde su presentación, CAJANAL hizo caso omiso a las peticiones de la sociedad BDO, lo cual reflejó el desinterés por parte de CAJANAL en la liquidación del contrato.

- El 28 de noviembre de 2001, mediante oficio suscrito por el coordinador del grupo de liquidación de contratos (E) de CAJANAL solicitó nuevamente a la sociedad BDO comparecer a dicha entidad con el fin de suscribir el acta de liquidación del contrato, motivo por el cual la sociedad BDO el día 6 de diciembre de 2001, en cumplimiento a la citación realizada por CAJANAL, compareció a la entidad con ánimo de suscribir el acta de liquidación del contrato, sin embargo no fue atendida, hecho del cual se dejó constancia.

- Finalmente, el 16 de abril de 2002, el Secretario General de CAJANAL, solicitó al representante legal de la sociedad BDO comparecer a la Secretaría General con el fin de notificarlo de la Resolución No. 2344 del 16 de abril de 2002, mediante la cual se liquidó el contrato No. 002 de 1997.

2.1. Normas violadas y concepto de la violación.

De la revisión del líbello introductorio, el Despacho colige que en el acápite reservado por el legislador para enunciar las normas violadas y explicar el concepto de su violación, la parte demandante procedió a titularlo “Fundamentos de Hecho”, cuyo desarrollo se resume a continuación:

2.1.1. *Violación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.*

La parte actora aduce en este punto que la infracción de esta disposición por parte de CAJANAL es evidente, pues por causas no imputables al contratista, el contrato de prestación de servicios profesionales de revisoría fiscal se celebró casi un año después de lo previsto por las partes del contrato.

Afirmó además que era aún más clara la violación en cuanto la parte actora solicitó los reajustes del contrato tanto para el año 1997, como para el año 1998, con el fin de evitar un desequilibrio contractual y sólo hasta el 12 de enero de 2001 CAJANAL dio respuesta.

2.1.2 *Violación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.*

Arguyó la parte actora que la infracción de esta disposición por parte del acto impugnado es doble, en primer lugar porque se omitió intentar la liquidación de común acuerdo, no obstante la cantidad de solicitudes que en este sentido formuló la sociedad BDO ante el director de CAJANAL y demás funcionarios de la entidad y, en segundo lugar, porque la liquidación del contrato que CAJANAL practicó fue extemporánea.

2.1.3 *Violación del artículo 61 de la Ley 80 de 1993.*

Afirmó que el acto impugnado violó la norma legal en cita, toda vez que la liquidación del contrato de prestación de servicios de revisoría fiscal No. 002 y sus convenios adicionales 1 y 2, celebrado entre CAJANAL y BDO AUDIT AGE S.A., no encaja dentro de las hipótesis en las cuales la liquidación unilateral sólo puede practicarse en los siguientes casos: “1- cuando el contratista no se presenta al trámite liquidatorio respectivo” y “cuando las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la liquidación”, por lo tanto no se configuró una sola de las 2 hipótesis, toda vez que, en primer lugar, CAJANAL nunca se manifestó acerca de

las solicitudes de la sociedad BDO de liquidar el contrato de común acuerdo como lo ordena la Ley y, en segundo lugar, nunca se supo que las partes no podían llegar a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación, toda vez que las solicitudes del contratista jamás fueron atendidas.

2.1.4. *Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.*

Indicó la parte actora que frente a la violación de la norma legal en referencia, CAJANAL incurrió en falsa motivación y en abuso de poder al proferir la Resolución mediante la cual liquidó en forma unilateral el contrato, puesto que ignoró la solicitud de liquidación de común acuerdo que la sociedad BDO le formuló oportunamente, y además omitió tomar en cuenta que BDO continuó prestando sus servicios como revisor fiscal de CAJANAL.

2.1.5. *Violación del artículo 831 del Código de Comercio en armonía con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.*

Expuso que el acto impugnado incurrió en violación del artículo 831 del Código de Comercio, por cuanto no se incluyó dentro de la liquidación del contrato de prestación de servicios de revisoría fiscal No. 002 y sus convenios adicionales 1 y 2, ni los reajustes solicitados, ni los honorarios que BDO tenía pleno derecho a percibir por haber desempeñado la revisoría fiscal, por lo cual CAJANAL se enriqueció injustamente a expensas de la sociedad BDO.

3. La contestación de la demanda.

La Caja Nacional de Previsión Social concurrió al proceso por conducto de apoderado judicial, quien oportunamente contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones allí formuladas, toda vez que, según el apoderado de la entidad demandada, CAJANAL actuó de conformidad a derecho al expedir el acto administrativo que se demanda, por consiguiente señaló que es absurdo que se pretenda que se liquide el contrato No. 02 de 1997, cuando dicha liquidación ya se realizó de manera unilateral por parte de la entidad mediante la expedición de la Resolución No. 2344 del 16 de abril de 2002, acto administrativo que se encuentra en firme y que, como consecuencia de ello, no es procedente reconocer suma de dinero alguna, puesto que según el contenido del acta no arrojó saldo alguno a favor del contratista.

En cuanto a los fundamentos fácticos aclaró que respecto de la fijación de los honorarios para el ejercicio de la revisoría en el año 1997 carece de fundamento, toda vez que CAJANAL había establecido un presupuesto de \$130'000.000.00 para cumplir con el concurso de méritos según certificado de disponibilidad presupuestal No 381 del 4 de marzo de 1996 y que aún así el oferente conociendo esta disponibilidad presupuestal suscribió el contrato del día 23 de enero de 1997, sin manifestación de inconformidad.

Expuso la entidad demandada que es cierto parcialmente que en el Decreto 1925 de octubre de 1996 expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se designó a la firma BDO AUDIT AGE S.A., como la revisora fiscal de CAJANAL para un período de 2 años, pero aclara que no se estableció término alguno.

A su vez manifestó que es cierto parcialmente que el período de la revisoría fiscal fue ampliado por el Decreto 1601 de 1991 a dos años, pero que se debe tener en cuenta que este decreto se expidió con posterioridad al concurso de méritos, por medio del cual se seleccionó el revisor fiscal, para lo cual ya se había asignado un presupuesto para una vigencia del contrato de un año. A renglón seguido manifestó que no se pudo reajustar el valor del contrato según el IPC en razón de que CAJANAL actuó de conformidad con las normas que regulan la materia.

Arguyó además que de conformidad con lo normado en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, al no existir acuerdo entre las partes, en cuanto al contenido del acta de liquidación, CAJANAL en virtud de los poderes exorbitantes que tiene la Administración puede de manera unilateral entrar a liquidar el contrato.

Concluyó los argumentos respecto de las situaciones fácticas que en cuanto a la afirmación que a la contratista le asistió siempre interés para liquidar el contrato por mutuo acuerdo, es parcialmente cierto, toda vez que si bien existen numerosas comunicaciones en las cuales la sociedad BDO solicita la liquidación del contrato, también lo es que cuando CAJANAL proyectó el primer documento de liquidación suscrito por el director general de la entidad de la época, la demandante nunca estuvo de acuerdo con el contenido de la misma, pues siempre lo que ha pretendido es que se le reconozca un desequilibrio económico que nunca logró demostrar.

En consecuencia, CAJANAL propuso la excepción por caducidad de la acción, *“Por cuanto según lo determina el artículo 136 del código contencioso administrativo, reformado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, desde que el contrato se terminó por expiración del plazo el día 22 de julio de 1998 hasta cuando se liquidó unilateralmente, el 16 de abril de 2002 transcurrieron más de dos años, por lo que la acción ha caducado.”*

A su turno propuso la excepción por pago de la obligación toda vez que, *“según lo pactado en el contrato No. 02 de 1997 y tal como se estableció en el acto administrativo por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato, mi representada se encuentra a paz y salvo con la demandante.”*

4. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió sentencia el día 31 de agosto de 2004, a través de la cual denegó las pretensiones de la demanda y decidió no condenar en costas a la sociedad demandante, con fundamento en lo siguiente:

“... La administración realizó la liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios No. 002 de 1997 y sus adicionales, conforme a derecho, pues dio cumplimiento a lo establecido por el artículo 61 de la ley 80 de 1993 en virtud del cual podía hacer uso de la facultad exorbitante que le asistía ante la falta de acuerdo entre las partes.

(...)

Ahora bien, frente al plazo que tiene la administración para liquidar el contrato, se tiene que el artículo 60 de la ley 80 de 1993, ha establecido que la liquidación de común acuerdo debe realizarse a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato.

A ese término de cuatro meses, el artículo 136 del código contencioso administrativo, numeral 10, literal d, agregó el de dos meses para habilitar a la administración para hacer la liquidación unilateral en defecto de la liquidación por mutuo acuerdo, constituyéndose un plazo total de seis meses.”

Respecto del argumento del actor en el sentido de que la Administración infringió el artículo 831 del Código de Comercio que establece la prohibición de enriquecerse sin justa causa a expensas de otro y el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el Tribunal a quo considero que *“una vez vencido el plazo del contrato No. 002 de 23 de enero de 1997, la sociedad contratista siguió prestando sus servicios de revisoría fiscal a CAJANAL, durante el lapso comprendido entre el 23 de julio*

de 1998 hasta el 23 de febrero de 1999, sin embargo dicha afirmación no cuenta con respaldo probatorio alguno, ya que no obra en el expediente documento o certificado que de fe de que tal servicio fue efectivamente prestado por la sociedad actora a favor de la entidad demandada.”

Además sustentó que para que se presente la teoría del enriquecimiento sin causa, es necesario que se configuren los siguientes presupuestos: *“el enriquecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; una relación de causalidad y ausencia de causa jurídica”*, elementos que no fueron probados por la parte actora.

Frente al argumento de la parte actora según en el cual en el presente caso se presentó un rompimiento del equilibrio económico del contrato, el Tribunal *a quo* *“concluyó que no le asiste razón a la parte actora al invocar rompimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la demora entre la adjudicación y la suscripción del contrato, ya que como se explicó anteriormente, ello se debió al trámite necesario referido a la autorización previa por parte de las Superintendencia Bancaria y de Salud, el cual fue establecido previamente en los términos de referencia del concurso de méritos, el cual, no puede ahora pretender desconocer el contratista.”*

“Sumado a lo anterior, se tiene que el caso concreto no encuadra dentro de los eventos que configuran rompimiento del equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que este fenómeno opera cuando el equilibrio del contrato se afecta por hechos imputables al mismo contratista, por hechos y actos de la administración, por hechos externos a las partes e imprevisibles.”

Concluyó el Tribunal *a quo* que *“La resolución No. 2344 del 16 de abril de 2002 fue expedida de conformidad con lo establecido para ésta clase de pronunciamientos por parte de la administración, sustentada en las situaciones jurídicas y fácticas existentes y en ejercicio de una competencia y derecho que legalmente le asisten.”*

5. El recurso de apelación.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la sociedad actora interpuso recurso de apelación el día 8 de septiembre de 2004, el cual fue concedido por el

Tribunal Administrativo *a quo* en auto del 28 de septiembre de 2004, sustentado el 10 de marzo de 2005 y finalmente admitido el 8 de abril de 2005.

II. CONSIDERACIONES

Encontrándose el presente proceso para desatar el recurso de alzada que interpuso la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., contra el fallo de primera instancia, el Despacho, como ya lo anticipó, encuentra que dentro de este asunto concurren 2 causales de nulidad insaneables –falta de Jurisdicción y falta de competencia-, las cuales deben declararse de oficio, según los precisos términos del artículo 145 del C. de P.C.

Lo anterior encuentra fundamento en lo siguiente¹:

1.- Renuncia tácita de la cláusula compromisoria. Unificación de jurisprudencia.

La Sección Tercera de esta Corporación, en su Sala Plena, mediante providencia del 18 de abril de 2013², modificó y unificó la tesis jurisprudencial que se venía aplicando en el sentido de considerar que había lugar a concluir que las partes habrían convenido una renuncia tácita respecto de la cláusula compromisoria solemnemente pactada en un contrato estatal.

En esta decisión se efectuará un recuento de las razones que llevaron a la Sala a concluir que se han configurado las dos aludidas causales de nulidad insaneable que imposibilitan proferir fallo de fondo en segunda instancia, según el siguiente orden: **i)** el alcance jurídico del pacto arbitral; **ii)** la jurisprudencia anteriormente existente acerca de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria solemnemente convenida; **iii)** la irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria; y **iv)** el caso concreto.

2. El pacto arbitral.

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, vigente para la época de celebración del

¹ Se reiteran en este proveído las consideraciones expuestas en autos proferidos por la Sala de mayo 2 de 2013 expediente 22508, mayo 2 de 2013 expediente 21024, mayo 20 de 2013 expediente 24599, mayo 2 de 2013 expediente 25291.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

contrato objeto de litigio, define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso.

En el aludido Decreto 1818 de 1998 también se definieron las dos modalidades del pacto arbitral, así: la cláusula compromisoria, que corresponde al acuerdo contenido en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referido al mismo contrato, por medio del cual los contratantes convienen, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros. Así se concluye del contenido del artículo 118 ibídem:

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

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

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

Del contenido de la anterior disposición también se puede concluir que la cláusula compromisoria encuentra su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran.

Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: *“La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere”.*

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes entre las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. Así lo prevé el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998:

“COMPROMISO. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;*
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;*
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél”.*

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y al respecto siempre ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, consiste en habilitar la competencia de los árbitros.

Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

“1. El pacto arbitral

Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C.

1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.

Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un

contrato que hubieren celebrado. En este caso defieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2º artículo 2º Decreto 2279 de 1989).

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3º artículo 2º del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado”³.

La Sección Tercera también ha profundizado sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción permanente e institucional. En providencia del 8 de junio de 2006, señaló:

*“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116⁴ y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes** (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).*

La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco.

⁴ ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. “...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”. Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo.”⁵ (Resalta la Sala)

Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó:

“(…) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una “[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas.⁶

...

Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación.

En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. **Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso**, modalidades que comportan características propias que bien vale la pena recordar para diferenciar sus alcances.

Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁷ las partes acuerdan someter “eventuales diferencias” que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de**

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006. Exp: 32.398, Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁷ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii). Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de “eventuales diferencias”, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos.

(...).

En otras palabras, la **cláusula compromisoria** ha de pactarse en forma previa a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen, ya sea en el mismo texto o en acto separado, mientras que ante la existencia cierta de una determinada controversia habrá lugar a pactar un **compromiso** en los términos del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998.

Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la **cláusula compromisoria** debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...)”⁸.

Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene por cierto que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejaran su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, “voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado”⁹, razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

Igualmente hay lugar a concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito. Respecto del compromiso pactado por las partes de un contrato estatal, cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones de esta Corporación:

“(...) la solemnidad del pacto arbitral -tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 33. 670.

⁹ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp: 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento¹⁰ en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.”¹¹

3. Recuento jurisprudencial acerca de la tesis sobre la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria.

La Jurisprudencia de la Sala había venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria cuando a pesar de haber acordado llevar sus diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción institucional de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no proponía la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia de 16

¹⁰ De conformidad con las previsiones del artículo 251 del C. de P. C., “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

de junio de 1997 –expediente 10.882–¹², retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097–, ocasión en la cual se sostuvo:

“2º.- La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 acogida por esta Sección, dijo:

‘De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

De esta manera el fundamento de la nulidad que alegan las recurrentes carece de sustento legal, por cuanto se basa en la existencia de la cláusula compromisoria y se dijo arriba que esa cláusula le da derecho al demandado para proponer la correspondiente excepción previa que, al no proponerla, no puede, según el mencionado artículo 10º, alegarla como causal de nulidad.

De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. Inclusive estando constituido el Tribunal de arbitramento las partes pueden de común acuerdo terminarlo como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279, cuando prevé la cesación de sus funciones “por voluntad de las partes” (Subrayas fuera de texto).

Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.

Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar.”¹³ (Resalta la Sala)

En esa decisión se había precisado que la oportunidad para alegar la falta de jurisdicción la constituye el momento de contestar la demanda, de manera que con

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10.882, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de marzo 19 de 1998, exp. 14.097, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

posterioridad ya no sería posible proponerla. Esta línea de pensamiento se reiteró el 4 de septiembre de 2003, por parte de la Sección Tercera en el expediente número 10.883; allí se dijo lo siguiente:

“En la cláusula décima novena del contrato 048 de 1987, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Rómulo Toba Uscátegui - Luis Antonio Mancilla González, se dispuso que las divergencias que se suscitaran en relación con el mismo y que paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras se someterían a la decisión de árbitros.

“Con fundamento en la existencia de la citada cláusula compromisoria el Tribunal se inhibió para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en el tercer proceso acumulado, con el objeto de que se declarara que el IDU había incumplido el contrato y que se habían presentado circunstancias que determinaron el rompimiento del equilibrio financiero.

“La Sala considera que es competente para decidir las citadas pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.

(...)

De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad, y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

(...)

Aplicados los razonamientos anteriores al presente caso, se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.”¹⁴ (Negrillas fuera de texto)

Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia de 26 de febrero de 2004 – expediente 25.094- ocasión en la cual la Sección Tercera señaló que efectivamente se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato formula demanda judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte contesta la demanda sin alegar la excepción de falta de jurisdicción. En esa oportunidad, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una “renuncia” a ella, introduciendo así una variante conceptual al tema, pues en las providencias anteriores se había hablado de que dicha actitud era equivalente a una “derogación” o “modificación” de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y de su contestación:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10.883, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“Alega el recurrente que la cláusula compromisoria es inexistente porque fue rescindida por las partes cuando la señora Ortiz Uribe presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y la sociedad demandada no la contestó oportunamente.

(...)

‘1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento.

Precisó además que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

(...)

La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria.

La doctrina ha resaltado la condición de que el demandado invoque la existencia de la cláusula compromisoria para sustraer del conocimiento del juez estatal el asunto, en desarrollo del principio dispositivo que rige el arbitraje.’¹⁵

En otra situación se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la misma Sección Tercera aplicó, en la sentencia de marzo 18 de 2004, expediente 15.936, los mismos efectos a la falta de contestación de la demanda, es decir, la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula arbitral de la misma forma que si se hubiere producido una contestación pero sin que se alegase la excepción de falta de jurisdicción:

“Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la Sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp.25.094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp.15.936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Nuevamente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934– la Sala reiteró que si se notificaba el auto admisorio de la demanda al demandado y este no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esta ocasión se analizó un evento poco usual en cuanto el demandante advirtió que con dicho acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, pues sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción; frente a esta situación, la Sala explicó lo siguiente:

“Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral -salvo que se dijese [que] no se renuncia en forma expresa- y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1.602 C. C.)

‘En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones.’¹⁷

En pronunciamientos más recientes, la Sala reiteró la postura aludida, tal como lo evidencia la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente número 18.395, en la cual se realizó una recapitulación de los pronunciamientos judiciales sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria y de los escenarios procesales en los que era aplicable:

“Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones:

De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2005, exp.27.934, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.”¹⁸

4. Irrenunciabilidad tácita de la partes a la cláusula compromisoria. Cambio de Jurisprudencia.

La Sala Plena de la Sección Tercera, en su providencia de unificación del 18 de abril de 2013, recogió la tesis que había sostenido hasta el momento, así:

“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 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 pueden conocer y decidir sobre el particular.”¹⁹

Ahora bien, siguiendo los parámetros de la decisión de unificación que se acaba de referir, resulta importante mencionar las siguientes razones que refuerzan el fundamento del mencionado cambio de tesis jurisprudencial:

i).- El carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria. Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito esencial de la cláusula compromisoria, tal como en diversas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sección Tercera:

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“Bajo estos razonamientos y sin desconocer que los contratos estatales deben constar por escrito para que puedan perfeccionarse, de conformidad con las exigencias de los artículos 39 y 40 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, cabe resaltar que aún en aquellos casos previstos en el derecho privado en que resulta perfectamente válida la formación de negocios jurídicos consensuales –los cuales, según lo dispuesto por la ley civil, se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes-, resulta perfectamente admisible la posibilidad de que las partes pacten cláusula compromisoria, toda vez que nada les impide que, de común acuerdo, convengan a través de un documento que las controversias que se susciten con ocasión del contrato –aun el consensual, se repite-, sean sometidas a conocimiento de un tribunal de arbitramento.

Esta afirmación encuentra respaldo en el hecho incuestionable de que el pacto arbitral –bien en la modalidad de cláusula compromisoria o bien en la alternativa del compromiso-, constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independiente del contrato mismo que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos.

*Según la normatividad vigente en el país sobre la materia, la solemnidad del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, puesto que, en la primera de dichas normas, al hacer referencia a la ‘cláusula compromisoria’, de manera clara se precisó que por tal ha de entenderse “... el pacto contenido en un **contrato** o **documento** anexo a él ...” y, en la segunda disposición en cita, al ocuparse de regular aspectos propios del ‘compromiso’, se establece que “[e]l compromiso podrá estar contenido **en cualquier documento** como telegramas, télex, fax u otro medio semejante”.*

De conformidad con las normas aludidas que en la actualidad regulan la materia, se tiene entonces que por regla general la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una

de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.

Es por ello que al ocuparse de regular la forma que puede revestir el compromiso, el citado artículo 119 del Decreto 118 de 1998 señala que el mismo puede "... estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante".

Con mayor razón deberá admitirse que la cláusula compromisoria se encuentra efectivamente pactada cuando ella ha sido prevista en el pliego de condiciones, comoquiera que éste consta por escrito y su contenido, una vez puesto a consideración de los interesados, se convierte en obligatorio para la entidad y para los participantes, en cuanto se erige en la ley de la licitación o del concurso y en la ley del contrato, puesto que entra a formar parte de él, a tal punto que sus previsiones o exigencias han de servir también para interpretar las cláusulas del contrato, desentrañar su sentido o definir sus divergencias.

Así pues, dada su naturaleza autónoma, en materia de contratación estatal la cláusula compromisoria podrá subsistir y está llamada a producir plenos efectos jurídicos en cuanto conste por escrito, sin ningún otro tipo de formalidad, independientemente de que ese escrito sea, o no, el mismo que contenga las cláusulas del contrato estatal al cual se refiera dicha cláusula.

*En este orden de ideas se impone señalar que además de la forma escrita, obligatoria para los contratos estatales, los únicos requisitos que en cuanto a contenido debe incorporar la cláusula compromisoria, corresponden a la identificación, clara y precisa, de: **i)** las partes y **ii)** el contrato al cual habrá de aplicarse o referirse la misma"²⁰.*

Así pues, si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a las cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación.

Nótese que mediante la tesis que ahora se reafirma no se está sosteniendo en modo alguno que el pacto arbitral debidamente celebrado entre las partes de un contrato estatal se torne en inmodificable e inderogable para ellas, aunque así quieran hacerlo de manera conjunta; naturalmente se entiende que así como la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871.

pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal para el trámite, conocimiento y decisión de las controversias que surjan entre quienes se encuentren vinculadas al mismo, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral.

De esta manera, para que las partes de un contrato estatal puedan alterar, cambiar, modificar o incluso derogar la correspondiente cláusula compromisoria que previamente hubieren convenido de manera **expresa y por escrito** en relación con el respectivo contrato estatal, será necesario entonces que tal alteración, cambio, modificación o derogatoria sea convenida también de manera **expresa y por escrito** –independientemente que tal acuerdo nuevo conste en un solo escrito o en varios–, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él.

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral –cuestión que por igual debe predicarse en cuanto se trate del acuerdo por cuya virtud se disponga la modificación o derogatoria de dicho pacto–, lejos de responder a un simple capricho del legislador o peor aun a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto que a partir de su perfeccionamiento dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

ii).- La naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria. Como es bien sabido, según lo desarrollan de manera precisa los parágrafos de los artículos 116 de la Ley 446 de 1998 y 118 del Decreto 1818 de 1998, la autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características y en virtud de ella se determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga. Sobre este particular la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

“ (...) Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

3. La afirmación del actor acerca de que el parágrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. **Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas.** Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra “Tratado de arbitraje privado interno e internacional”, publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: “Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato.”²¹

²¹ Cita tomada de Monroy Cabra, Marco: “Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia”, revista de la Cámara de Comercio de Bogotá N° 58, de 1985, p. 42. En su libro “Arbitraje comercial, nacional e internacional”, publicado por Legis en 1998, 2ª. edición, el mismo Monroy Cabra adhiere definitivamente a la postura moderna, al afirmar, en la página 94: “La cláusula compromisoria es un verdadero contrato con efectos propios, los cuales se realizan fundamentalmente con la realización del compromiso. La cláusula compromisoria no es una estipulación accesoria al contrato en el cual está contenido, sino un verdadero contrato. La doctrina está acorde en que la nulidad del contrato principal no tiene necesariamente que afectar la cláusula compromisoria.”

La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. **El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos.**

4. Importa resaltar que, tal como lo señalan los intervinientes, la posición asumida por el legislador en el párrafo acusado coincide con la regulación del tema en distintos documentos internacionales. Así, por ejemplo, el numeral 4 del artículo 8 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - en vigor desde 1975 y modificado en 1988 - precisa:

“Artículo 8. Efectos del convenio de arbitraje

“(...) 4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.”

Igualmente, los numerales 1 y 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en su versión de 1988, expresan:

“Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

“Artículo 21.

“1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

“2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración de un contrato de arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria...”

Asimismo, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, propuesta por el grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en inglés UNCITRAL -, y aprobada en 1985 por la misma CNUDMI, consagra en el numeral 1 del artículo 16:

“Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia.

“1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme

*parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria (...)*²² (Resalta la Sala)

También la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente la importancia y los alcances de la autonomía de la cláusula compromisoria, como lo refleja el pronunciamiento que al respecto contiene la ya citada sentencia de diciembre 4 de 2006:

“Por lo demás, según los dictados del párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, tal como ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se tiene que a partir de la referida autonomía que caracteriza a la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato del cual hace parte, los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el caso en que el contrato, sobre el cual deben fallar, sea nulo o inexistente, es decir que la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes.

*Lo anterior sirve para significar que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente”*²³.

En consecuencia, resulta claro que si los efectos que en el mundo jurídico genera y está llamada a producir la cláusula compromisoria son de tal importancia y envergadura que incluso, por razón de su autonomía, la misma pervive o subsiste aunque no ocurra igual con el contrato que le hubiere dado origen –ora por razón de su nulidad, ora por la inexistencia de tal contrato–, con mayor razón hay que admitir entonces que dicha cláusula debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convinieron nada han decidido de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

La inferencia o deducción que llegare a realizar el juez institucional o permanente, a partir de algunas conductas procesales e individuales de las partes del respectivo contrato estatal, para concluir que cada una de esas partes habría decidido, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla,

²² Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871.

a pesar de que conjuntamente nunca hubieren convenido algo expreso y por escrito al respecto, desconocería abiertamente el carácter autónomo que particulariza a la cláusula compromisoria.

Así pues, si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, lo cual permite resaltar que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, cada parte podrá ocurrir entonces ante la justicia arbitral en procura de una decisión que dirima las controversias o litigios existentes para con su contraparte, sin que tal facultad signifique que esa parte interesada en una solución de índole judicial pueda escoger válidamente entonces y de manera unilateral y a su libre albedrío entre formular su demanda ante los jueces institucionales de lo contencioso administrativo o, porque sencillamente así lo prefiera y lo decida, solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento.

iii).- Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar. En modo alguno puede perderse de vista que si las partes de un contrato estatal acuerdan la celebración de una cláusula compromisoria, con lo cual deciden de manera consciente y voluntaria, tanto habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre dichas partes y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, como, a la vez, derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que si éstos últimos advierten la existencia de la correspondiente cláusula compromisoria, de manera directa y *primaefacie*, perfectamente podrían y deberían rechazar la demanda que les sea presentada por carecer de jurisdicción y de competencia –para evitar que sus actuaciones resulten afectadas de los vicios de nulidad consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.– sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la demanda proponga la respectiva excepción.

Así pues, en cuanto resulta evidente que los vicios contemplados en los aludidos numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., afectarían de nulidad la actuación

procesal que llegare a desplegar el juez institucional o permanente que decidiera admitir la demanda y darle curso al proceso a pesar de la existencia de una cláusula compromisoria que estuviere abarcando válidamente el objeto del litigio planteado, mal podría considerarse entonces que esos vicios tan graves que la propia ley procesal califica de insubsanables (artículo 144 C. de P. C.), sencillamente desaparecerían o dejarían de afectar la validez del proceso sencillamente porque la parte demandada hubiere omitido –de manera deliberada o por simple descuido– proponer la excepción correspondiente.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria por el sólo hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio unilateral de cada parte – de un lado la que por su cuenta decide presentar la demanda y de otro lado, que en últimas es quien tiene el poder decisorio sobre la materia, la demandada que no invoca la excepción– la escogencia de la jurisdicción a la cual van a acudir a pesar de haber convenido, con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, de tal manera que en todos esos casos habría que admitir también que existen entonces dos jurisdicciones diferentes con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que lo cierto es que sólo existe una jurisdicción para el conocimiento y decisión de tales conflictos.

Ciertamente, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la decisión de los conflictos que surjan de un contrato estatal, para someterlo en cambio a la decisión de la justicia arbitral, ninguna de ellas tendrá la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral: sólo tienen un camino a seguir y ese es el de someterse a la decisión arbitral.

iv) El respeto a los principios de planeación e igualdad precontractual. Si para el momento en que la entidad pública efectuó los estudios previos de la contratación estatal y con fundamento en ellos concluyó que en el futuro contrato resultaba necesaria y/o pertinente la inclusión de una cláusula compromisoria como medio efectivo para la solución alternativa de los conflictos que se presentaran en razón de la celebración, ejecución y/o liquidación del respectivo contrato estatal, naturalmente resultaría lesivo al principio de igualdad frente a los demás proponentes que se admitiera la posibilidad de su libre disposición mediante la aplicación de la renuncia tácita.

Al respecto la Sección Tercera ha señalado lo siguiente:

“En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.”²⁴

v).- La facultad-deber del juez de lo contencioso administrativo de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción. Como es bien sabido, el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A., impone el deber, de manera imperativa, para los jueces de lo Contencioso Administrativo, de pronunciarse en la sentencia tanto sobre las excepciones que hubieren sido propuestas como sobre aquellas otras que se encuentren probadas, de conformidad con los siguientes términos:

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”.

La disposición legal transcrita constituye fundamento suficiente para concluir que en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de una cláusula compromisoria, el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar dicha excepción en la sentencia cuando la encuentre probada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, por manera que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto, en realidad, el silencio de la parte demandada.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de febrero de 2012, exp. 22.464, M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Desde esta perspectiva cabe reiterar entonces que por el solo hecho de que no se haya propuesto de manera expresa la excepción de falta de jurisdicción y/o de competencia o no se haya contestado la demanda, no desaparece el pacto arbitral y menos se sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de falta de jurisdicción y de competencia del juez institucional para conocer del respectivo litigio.

Así pues, esta conclusión obliga a reafirmar que la única vía que las partes tienen para modificar, alterar o derogar de manera válida el pacto arbitral por su decisión, necesariamente la constituye 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.

5.- Competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la nulidad de actos administrativos que no comportan el ejercicio de potestades excepcionales.

En esta oportunidad se reitera que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multas al contratista, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros sí pueden pronunciarse, tal como lo ha considerado la Corporación al abordar y rectificar su Jurisprudencia en tan importante punto, para lo cual resulta necesario retomar y, por ende, reiterar las consideraciones y el análisis que sobre la facultad que asiste a los árbitros para decidir sobre la validez de los actos administrativos contractuales se efectuó en la sentencia que se transcribe a continuación *in extenso*:

“Acerca de la materia relacionada con las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, la Sala considera oportunas las siguientes reflexiones y precisiones:

1.- Breve recuento de los criterios jurisprudenciales que han orientado las decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre dicha materia.

Si bien la Sala se ha ocupado en varias ocasiones del preciso asunto que en esta oportunidad se pretende revisar, sin duda alguna del sinnúmero de pronunciamientos que al respecto se han efectuado resultan de gran importancia y relevancia los criterios y motivaciones contenidos en los fallos que a continuación se reseñan:

En sentencia del 23 de febrero de 2000²⁵ se precisó que “la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato”; así mismo se dijo que los antecedentes jurisprudenciales existentes permitían:

“... resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público.

(...)

No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que **no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida**, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, **únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido**.” (Se resalta).

En sentencia del 8 de junio de 2000²⁶ la Sala reiteró las conclusiones expresadas en la citada sentencia del 23 de febrero de 2000, al paso que negó, de manera general, la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos. En efecto, allí se precisó que el examen de dicho asunto “con antelación a la vigencia de la Ley 80 de 1993”, permitía arribar a las siguientes conclusiones:

“() 1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

²⁵ Expediente No. 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

²⁶ Expediente No. 16.973. Actor: Consorcio Amaya – Salazar. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° **Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella 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 y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible (...)**. (Se resalta).

Seguidamente, frente a los “alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993”, se mantuvo en esencia ese mismo criterio considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la justicia arbitral debe operar en los términos que determine la ley y que

“en ningún momento el estatuto de contratación estatal haciendo referencia a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993] autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual.

De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, **no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir**, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función.

(...)

En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.”

Se consideró igualmente que **el control de legalidad de los actos administrativos:**

“es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; y siendo, pues, un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia”. (Se resalta)

Por consiguiente, se concluyó que

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial,

destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, **en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su legalidad.**" (Se resalta y subraya)

En la sentencia del 23 de agosto de 2001²⁷ se mantuvo el criterio reseñado, esta vez con apoyo en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para señalar que ya con anterioridad a dicho pronunciamiento constitucional la Sala había advertido **"sobre la incompetencia de la justicia arbitral para conocer sobre los actos administrativos que se expiden en desarrollo de la actividad contractual"**; al efecto hizo mención de los siguientes fallos:

"A partir de la sentencia del 15 de mayo de 1992 (28) sostuvo que si bien el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales estaba reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo "() las partes podían válidamente atribuir competencia a los jueces arbitrales para conocer de las consecuencias económicas de dichos efectos (...)"

Posteriormente en **sentencia de 16 de junio de 1997** precisó que no era posible que tanto la justicia arbitral como la contenciosa administrativa pudieran conocer y decidir sobre la misma materia (...).

La posición anterior, ha sido reiterada por esta Sección, entre otros, en sentencias proferidas dentro de los juicios 16.394 del 23 de febrero de 2000 y 16.973 del 8 de junio de 2000."

En idénticos términos se pronunció la Sala dentro del expediente 21.704²⁹ mediante providencia en la cual también fueron acogidos los señalamientos efectuados en la sentencia de 23 de febrero de 2000.

A su turno, en el fallo del 27 de junio de 2002³⁰, la Sala sostuvo que

"La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de dicho artículo y del 70 de la ley 80 de 1993, en fallo proferido el día 25 de octubre de 2000 aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso ..."

Al aplicar ese criterio en el caso objeto de su decisión, concluyó que las controversias expuestas por la convocante **"sí podían ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral, ya que no se encuentra tal controversia dentro de la zona vedada a la justicia arbitral como es la de conocer o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos"**.

²⁷ Expediente No. 19.090. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

²⁸ Nota original de la sentencia citada: "Expediente No. 5326".

²⁹ Sentencia del 7 de febrero de 2002. Actor: Coodeter Ltda. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁰ Expediente No. 21.040. Actor: INVIAS. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

El criterio al cual se viene haciendo mención fue nuevamente acogido por la Sala el 4 de julio de 2002³¹, en los siguientes términos:

“La Corporación ha considerado que las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio.” (Se resalta)

En esa misma fecha, dentro del expediente No. 19.333³², se afirmó igualmente que “no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos”, entendiendo por tales las “expresiones de la administración” que “constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares”. Este criterio fue acogido por la Sala en sentencias del 9 de octubre de 2003³³ y 11 de marzo de 2004³⁴.

Así mismo, en providencia del 20 de mayo de 2004³⁵ la Sala sostuvo que “En relación con los conflictos derivados de los contratos estatales la ley facultó a las partes para someterlos al ámbito de competencia de la justicia arbitral, **salvo en lo relacionado con el control jurídico de los actos administrativos**, el cual no fue incluido en forma expresa dentro de las diferencias que pueden ser sometidas a su conocimiento”. (Se resalta)

En apoyo de lo dicho se hizo referencia al artículo 70 de la Ley 80 de 1993, así como a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para finalmente concluir que:

“De lo estudiado, para la Sala se desprende la primera conclusión atinente a que por virtud de la ley, las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con aspectos de legalidad de los actos dictados por la Administración en desarrollo de los poderes excepcionales ...” (negrillas del texto original).

Seguidamente, en la sentencia del 10 de marzo de 2005³⁶ la restricción al ejercicio de la competencia arbitral frente a los actos administrativos contractuales se estableció en los siguientes términos:

³¹ Sentencia proferida dentro del expediente No. 21.217. Consejero Ponente Dr. Alir E. Hernández Enríquez.

³² Sentencia del 4 de julio de 2002. Actor: Consorcio Carlos Julio Rivera-José Fernando Peñalosa Rengifo. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

³³ Expediente No. 16.718. Actor: Departamento de Casanare. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

³⁴ Expediente No. 25.021. Actor: CISA. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁵ Expediente No. 25.154. Actor: Municipio de Recetor. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁶ Expediente No. 27.946. Actor: AEROCIVIL. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

“... las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos **pueden** ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral **siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales.**”

En el fallo del 14 de abril de 2005³⁷, la Sala nuevamente hizo referencia a los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales:

“La causal fundada en la imposibilidad que tienen los árbitros de juzgar actos administrativos no se configura, en tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta sección³⁸ y de la Corte Constitucional³⁹ que se ha desarrollado sobre el tema, señalan que **lo vedado a los árbitros es asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, actos inseparables que inciden en la relación negocial misma y que mantienen su naturaleza contractual.**” (Se resalta).

Y en providencia del 28 de abril siguiente⁴⁰ puntualizó lo siguiente:

“En ese sentido el juez arbitral no se pronunció sobre puntos no sujetos a su conocimiento, ni sobre aquellos frente a los cuales están vedadas sus competencias, como cuando dicha cláusula permitiría **el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implican un menoscabo de la autoridad del Estado.**” (Se resalta).

Al proferir la sentencia de agosto 29 de 2007⁴¹ se insistió en que “**el control de legalidad de los actos administrativos escapa al conocimiento de la justicia arbitral**”. Al efecto se hizo mención de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, así como de lo dicho por la Sala en pronunciamientos anteriores a propósito de lo cual se transcribieron algunos apartes del proveído de junio 8 de 2000 en el cual se hace expresa alusión a los actos administrativos expedidos en ejercicio de los poderes exorbitantes.

En sentencia del 27 de marzo de 2008⁴² la Sala dijo reiterar su posición en el sentido de que

³⁷ Expediente 25.489. Actor: Electrohidráulica S.A. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia de 11 de junio de 2000. Exp. 16.973.”.

³⁹ Nota original de la sentencia citada: “Mediante sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 se declaró la exequibilidad condicionada de los arts. 70 y 71 de la ley 80 de 1993, “bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

⁴⁰ Expediente 25.811. Actor: Rafael Tono Lemaitre. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴¹ Expediente No. 15.469. Actor: Mario Eduardo Rosasco.

⁴² Expediente No. 33.645. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

*“no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la **legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes**, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

En esa misma fecha, dentro del expediente 36.644⁴³, con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que:

*“**En materia contractual** se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.*

***En asuntos de otra naturaleza**, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998”.*

Finalmente, las sentencias de octubre 15⁴⁴ y diciembre 3 de 2008⁴⁵ reiteraron in extenso los pronunciamientos efectuados por la Sala en las sentencias de 23 de febrero de 2000 y 23 de agosto de 2001, limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.

Tal ha sido y es, entonces, el estado de la cuestión en la jurisprudencia de esta Corporación.

⁴³ Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

⁴⁴ Expediente No. 35.483. Actor: Electroatlántico Ltda. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ Expediente No. 34.302. Actor: Lotería de Santander. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

2.- Decisiones de la Corte Constitucional respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal.

En cuanto atañe a las controversias que pueden suscitar los contratos estatales, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al resolver la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993⁴⁶, declaró la exequibilidad de tales disposiciones pero la condicionó en los siguientes y precisos términos:

“Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.” (Se resalta y subraya)

De la mayor importancia resulta tener presente que al momento de proferir la aludida declaratoria de exequibilidad condicionada de los mencionados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se apoyó en los razonamientos y en las argumentaciones que se transcriben a continuación:

“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la

⁴⁶ **"Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA.** En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

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

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

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

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

"Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación.

“En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.”

celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales.

(...)

Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”. **Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral,** como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

(...)

En este orden de ideas, **las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos**, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, **sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia,** pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del **ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista.** Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, **en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral,** pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.” (Se ha resaltado y subrayado).

En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo⁴⁷.

En efecto, la ratio decidendi, “entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”⁴⁸, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debe ser identificada y precisada en sus alcances por “los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores ... de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido **sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores**’ ”⁴⁹. (Se resalta).

A ésta particular condición de la ratio decidendi se ha referido la doctrina en los siguientes términos:

“... sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la ratio decidendi de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla a un caso actual.

⁴⁷ En este sentido, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente No. 34.745. Demandante: Móvil Tech S.A.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre 2001. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 047 de 29 de enero de 1999.

(...) A pesar de que en una determinada sentencia la Corte singularizara una *ratio decidendi*, en un caso posterior la propia Corte podría identificar una *ratio decidendi* distinta en una sentencia anterior, para comenzar desde allí una nueva línea jurisprudencial.

Por todo esto debe decirse que la determinación de la *ratio decidendi* es una tarea que le compete sólo al juez del caso posterior. Es únicamente este juez el autorizado para interpretar las sentencias anteriores, identificar en ellas los precedentes y, hacia el futuro, aplicarlos o modificarlos”.⁵⁰

De igual manera ha precisado la Corte Constitucional que para la identificación de la *ratio decidendi* “es necesario tener en cuenta tres elementos: (i) la norma objeto de la decisión de la Corte, (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y (iii) el criterio determinante de la decisión.”⁵¹

Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en puntualizar que los **actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales** al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174⁵², en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí “concluyó que el análisis sobre **la validez de los actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros”.

Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la *ratio decidendi* del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **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.**

Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de

⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. “El Derecho de los Derechos”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2005. Págs. 179, 180.

⁵¹ Sentencia C- 039 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.

⁵² Proferida el 14 de marzo de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁵³, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, **se impone concluir que los demás actos**

⁵³ “**ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

(...).” (Subrayas fuera del texto).

administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto⁵⁴. (Destaca y subraya el Despacho en esta oportunidad).

La anterior posición jurisprudencial se reafirmó más adelante en sentencia de 22 de octubre de 2012, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵⁵, según los siguientes términos:

“4. Alcance del control judicial de los tribunales de arbitramento, y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sobre las controversias contractuales derivadas de actos administrativos.

En muchas ocasiones esta Sección se ha pronunciado sobre el tema, señalando, esencialmente, lo que se transcribe a continuación, que resume de manera perfecta la posición más destacada al respecto. Por ejemplo, en la sentencia del 8 de junio de 2000 –exp. 16.973–, la Sala manifestó que no era posible que la justicia arbitral conociera sobre la validez de los actos administrativos:

“En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

“En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

“Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 1993⁵⁶.

“De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:

“En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación,

⁵⁴ Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente número 36.252, actor: Consorcio Porvenir.

⁵⁵ Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, proceso No. 39.942.

⁵⁶ Cf. *Régler Autrement Les Conflits. Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative*. Conseil d'État, Section du rapport et des études. París: La Documentation française. 1993.

en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (...)

“Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo –primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ...⁵⁷

“En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, “no está permitido transigir sobre materias de orden público”; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas⁵⁸.
(...)

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.”

En esta sentencia se volvió a mencionar, previo estudio sobre los alcances y límites de la justicia arbitral, el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, de una parte, y el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, de otro lado. En este sentido se llegó a las siguientes conclusiones:

1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando 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

⁵⁷ Ibidem p. 22.

⁵⁸ Ibidem p. 51.

establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible".

No obstante, respecto del tema, esta Corporación ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades⁵⁹. En una de ellas la Sección Tercera expresó lo siguiente -sentencia del 23 de febrero de 2000⁶⁰-:

"Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos ().

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley

(...)

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato ().

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la Ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional".

⁵⁹ Sentencia de 5 de septiembre de 1968. Exp. 973. Actor: Empresa Puertos de Colombia. Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 12 de julio de 1972. Exp. 656, consulta formulada por el Ministro de Justicia y de 23 de mayo de 1977. Exp. 1.143, consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sentencia de 8 de junio de 2000. Exp. 16.973. Actor: Consorcio Amaya Salazar.

⁶⁰ Expediente 16.394. Actor: Consorcio Hispano Aleman. Demandado: ETMVA LTDA.

En una perspectiva parcialmente distinta expresó recientemente la Sala, en la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 36.252-, que se debía precisar la tesis que hasta el momento se había expuesto, en el sentido de indicar que los tribunales de arbitramento pueden conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el art. 14 de la ley 80 de 1993, según una lectura hecha a partir de la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a propósito del estudio de exequibilidad de los arts. 70 y 71 de la ley 80 de 1993. Se expresó en esa ocasión:

“Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo⁶¹.

(...)

“Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174⁶², en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí “concluyó que el análisis sobre **la validez de los actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros”.

“Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **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.**

“Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

“Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades

⁶¹ En este sentido, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente No. 34.745.

⁶² Proferida el 14 de marzo de 2007.

estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁶³, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

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

En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las

⁶³ **Art. 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

“En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

“Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. (...)” (Subrayas fuera del texto).

potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; **los demás actos administrativos contractuales sí**” (Se destaca).

Fue así cómo la Sala señaló⁶⁴:

“Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009⁶⁵, la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:

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

Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública ...’⁶⁶, **lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14** (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, **de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral** (...).

Conforme a lo expuesto, el control de legalidad de los actos administrativos cuestionados en el presente proceso no se halla excluido del conocimiento de la justicia arbitral y, desde luego, el pronunciamiento acerca del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, por la ocurrencia de hechos jurídicos que, en opinión de la demandante, son constitutivos del mismo, tampoco lo está, de manera que el pacto arbitral incluido en la cláusula “DÉCIMO QUINTA” del contrato de interventoría DAVM-05-93 tiene plena eficacia en este caso y ello se traduce en que el conocimiento del asunto se halle excluido de la jurisdicción

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36.252.

⁶⁶ *Ibídem*.

del Estado, por voluntad de las partes". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

5. El caso concreto.

Como se puso de presente en el acápite anterior, al revisar el contenido del contrato de Revisoría Fiscal No. 002 de 1997 celebrado entre la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL –E.P.S., y la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., se advierte la existencia de cláusula compromisoria por virtud de la cual las partes expresamente acordaron que las discrepancias surgidas con ocasión del negocio jurídico en referencia debía ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento (Folio 7 del contrato AZ No. 2).

En efecto, al revisar el contenido del contrato de Revisoría Fiscal No. 002 del 23 de enero de 1997 celebrado entre la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL– E.P.S., y la sociedad BDO AUDIT AGE S.A., objeto de debate dentro de la presente causa, se advierte que a folio 7 del mencionado contrato, se encontró lo siguiente:

“DECIMO SEXTA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Las diferencias que surjan por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación que no puedan resolverse directamente entre las partes o a través de cualesquiera de los mecanismos extrajudiciales previstos en la Ley, se someterán a la decisión de árbitros. El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. La asignación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción de laudo respectivo.”*

Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes con el propósito de definir que las diferencias que se susciten en torno al contrato de prestación de servicios profesionales de revisoría fiscal deben ser resueltas a través del arbitramento, independientemente de que no se hubiere propuesto como excepción en la contestación de la demanda.

Así mismo, ha de advertirse que las pretensiones de la demanda se dirigen a obtener la nulidad de la Resolución No. 2344 del 16 de abril de 2002, acto administrativo por medio del cual CAJANAL liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios de revisoría fiscal No. 002 de 1997 y sus convenios adicionales 1 y 2 de fechas 22 de enero de 1998 y 23 de junio de 1998, lo cual impone concluir que su expedición no entrañó el ejercicio de las potestades

excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en tal virtud el estudio de su prosperidad debe ser abordado por la Justicia Arbitral.

Las circunstancias anotadas se erigen como impedimento para que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de jurisdicción y de competencia.

Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 145 de C. de P. C., las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido su configuración, hay lugar a decretarlo así en esta oportunidad, a pesar de que el tema no haga parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Entonces, ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que se carece de jurisdicción y de competencia para conocer el asunto.

Si bien es cierto que en la perspectiva de la tesis Jurisprudencial que aquí se adopta, según los términos expuestos y explicados, no resulta legalmente posible que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca y decida de fondo en aquellos casos concretos como el que ahora se examina, se impone precisar que tal imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo no deviene del cambio de Jurisprudencia sino de la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulan la materia, a cuya observancia no puede sustraerse el Despacho.

Téngase presente que la aplicación imperativa de las normas legales aludidas, entre las cuales se encuentran tanto aquellas que establecen y reconocen los efectos y las características de la cláusula compromisoria, las que definen cuál es el juez competente para conocer de determinados litigios, como aquellas que consagran las causales de nulidad procesal que son insubsanables y que obligan al juez a declararlas de manera oficiosa cuando encuentre configurado uno de tales vicios, dice relación directa e inmediata con el deber que la Constitución Política le impone a los Jueces de la República de respetar y observar la garantía fundamental del Debido Proceso.

Agréguese a lo anterior que la medida que aquí deberá proferirse no impide la solución de la controversia contractual citada en la referencia, sino que se

encamina a adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción que de manera válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente, lo cual supone respetar tanto la voluntad que de manera espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes, al convenir una cláusula compromisoria como mecanismo para resolver los conflictos que surjan de su contrato estatal, como los efectos procesales que a dicha cláusula atribuye la ley, sin que esas partes puedan ahora desconocer su propio pacto y sin más, de manera unilateral, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la solución de sus controversias.

Tal como ya se ha dejado expuesto, el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción o sin competencia, de conformidad con los dictados de sus numerales 1 y 2, a cuyo tenor:

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

“1.- Cuando corresponde a distinta jurisdicción.

“2.- Cuando el juez carece de competencia”.

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

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

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

*“Artículo 145.- **Declaración oficiosa de la nulidad.** En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica*

en los numerales 1º y 2º del artículo 320. ... en caso contrario, el juez la declarará” (las negrillas no son del texto original).

Así las cosas y dado que las normas legales transcritas, por ser procesales, “... son de derecho público y de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento ...”, según los precisos y perentorios mandatos del artículo 6º de esa misma Codificación, en esta oportunidad el Despacho se encuentra en el deber de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia por encontrar configuradas las aludidas causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., por falta de jurisdicción y de competencia.

En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, no sin antes precisar, con el fin de garantizar la efectividad del Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, esto es el día 23 de agosto del año 2002.

Lo anterior en cumplimiento de las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo⁶⁷, a cuyo tenor:

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

Adicionalmente y siguiendo las directrices trazadas por la Corte Constitucional en su Sentencia C-662 de 2004⁶⁸, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días

⁶⁷ La transcrita disposición del inciso 3º de artículo 143 del Código Contencioso Administrativo encuentra total y plena correspondencia en la disposición del artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, según el cual:

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

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: **“SEGUNDO.** Declarar inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.” (Se subraya).

hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

6. De la proyección en el futuro inmediato del cambio de jurisprudencia en relación con la no renuncia tácita del pacto arbitral.

Para el Despacho resulta importante precisar, tal como también lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera en el aludido proveído de abril 18 de 2013, que el cambio de jurisprudencia que se ha adoptado, en el sentido de concluir que no hay lugar a entender como una renuncia tácita al pacto arbitral en los eventos en los cuales la parte demandada no ha interpuesto la correspondiente excepción de falta de jurisdicción o de competencia en atención a la existencia del referido pacto arbitral, cuando la parte demandante ha acudido a ejercer su acción ante los jueces institucionales o permanentes, es un cambio que en principio está llamado a desplegar la totalidad de sus efectos en cuanto se trate de procesos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 contentiva del nuevo *“Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”*, sin que por razón de la entrada en aplicación de dicha normativa necesariamente se deban dejar de lado, por completo, los análisis, los argumentos y las valoraciones que llevaron a la Corporación a admitir y a efectuar la referida variación frente a la postura jurisprudencial pre-existente.

Ciertamente, en los casos en los cuales haya lugar a la aplicación de las normas contenidas en la mencionada Ley 1563, al juez de lo Contencioso Administrativo en general y al Consejo de Estado en particular les corresponderá examinar y definir los alcances de dichas normas legales, puesto que podría concluirse acerca de la existencia de una antinomia en cuanto, de un lado, el parágrafo del artículo 21 determina que *“[!]a no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”*, pero, por otro lado, en el inciso 2º de su artículo 3º se precisa que *“[e]l pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*, a lo cual el parágrafo de ese mismo artículo 3º añade que *“[s]i en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”*.

Además, la definición sobre el alcance de las normas aludidas de la Ley 1563 y de aquellas que resulten relacionadas o conexas con las mismas, como es natural, también deberá consultar otras disposiciones procesales que integran el contexto normativo en las cuales aquellas se encuentran inmersas, puesto que en modo alguno podrá dejarse de lado la consideración –de la mayor importancia, por cierto– de que aun ante la no interposición de excepciones por parte de la demandada –lo cual podría incluir la no formulación de la excepción de existencia de pacto arbitral– al Juez de lo Contencioso Administrativo le compete declararlas de oficio cuando las encuentre debidamente acreditadas en el proceso, tal como lo determina el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, tanto en el numeral 6 de su artículo 180 como, particularmente, en el inciso 2º de su artículo 187 en el cual se dispone, de manera mandatoria, que “[e]n la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: 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, el día 23 de agosto del año 2002.

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

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Afeo/4C