**COMPETENCIA –** Cláusula compromisoria

Así lo entendió la Sala Plena de la Sección Tercera, en reciente decisión de unificación, en cuanto discurrió que la derogatoria de la cláusula arbitral requiere de un pacto revestido de las mismas formalidades expresas y escritas exigidas al acuerdo. En síntesis, porque los extremos contractuales deben como para convenir el pacto arbitral o la cláusula compromisoria, vale decir, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito. Proceder con el que no se cuenta. Esto es las partes no se manifestaron por escrito sobre su voluntad de derogar la cláusula y, no obstante, el asunto se admitió y se encuentra en estado de decidir al margen de la falta de jurisdicción, por lo que corresponde declarar la nulidad de lo actuado, en cuanto se advierte un vicio insaneable en los términos del numeral 1º del artículo 140 del C. de P.C., con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989. Finalmente, en esta oportunidad se reiteran las consideraciones consignadas en la providencia de 30 de octubre de 2013 , para declarar la nulidad de lo actuado, en un asunto similar, en acatamiento del precedente de la Sección -se destaca-: 6. Si en el sub iudice se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del mismo, la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento alguno sobre esas diferencias, como quiera que la existencia de esta cláusula excluye la competencia de ésta. 7. Dice el recurrente que la citada cláusula previó una facultad de cada una de las partes de acudir a dicho tribunal y no un compromiso imperativo para las mismas. La Sala encuentra, por el contrario, que lo convenido en esa regulación negocial, fue el sometimiento de las diferencias jurídicas surgidas del contrato a la justicia arbitral. Una interpretación en el sentido planteado por el demandante despojaría de cualquier efecto útil a la citada cláusula tornándola inocua y anodina, puesto que con una lectura semejante no se lograría sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los controversias surgidas del contrato que vinculó a las partes. O lo que es igual, si las partes decidieron sustraer del conocimiento de la justicia institucional la decisión de los conflictos surgidos de un contrato estatal, para someterlo a la decisión de la justicia arbitral, resulta inoficioso exigir que se pongan nuevamente de acuerdo para acudir a la decisión arbitral. Admitir la interpretación que hace el impugnante de la citada cláusula decimoquinta entraña tornar nugatorio el acuerdo de las partes, tornándolo fútil. Para la Sala el contenido de la regulación negocial plasmada en la cláusula antes transcrita sólo admite una lectura: las diferencias jurídicas que se presentaran con ocasión del contrato, deben ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, que puede ser convocado por cualquiera de las partes. 8. Así las cosas, no le asiste razón al demandante cuando afirma que si una de las partes acudía a la justicia institucional desaparecía el ámbito de acción de justicia arbitral, máxime cuando la parte demandada se opuso expresamente a que ello fuera así al proponer la excepción de falta de jurisdicción. No era pues menester, como parece insinuar el actor, contar -en el momento de solicitar la convocatoria- con el beneplácito de la otra parte, dado que tal consentimiento está pactado en la cláusula que se comenta. Una interpretación de lo pactado, como la que plantea el recurrente, sin duda impediría el acceso pleno y efectivo al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral lo cual resulta contrario a una interpretación conforme a la Constitución. Una de las partes no puede decidir por sí y ante sí derogar lo acordado y por esta vía impedirle a la otra acudir al juez arbitral, para que este entre a estudiar y decidir asuntos propios a su función jurisdiccional transitoria, como son justamente los relativos a la ejecución del contrato. 9. Conviene destacar que ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala aquel según el cual la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, si media “la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma”, caso en el cual no hay lugar a pronunciamiento de fondo. Y la cita que hace el recurrente del fallo de la Sala no es admisible, puesto que si bien en ese pronunciamiento se indicó no era de recibo una decisión inhibitoria por parte de la justicia administrativa, en tanto estimó que no era imperativo para las partes acudir a la justicia arbitral, lo cierto es que lo hizo sobre el supuesto de que en ese proceso no existía “prueba en el plenario de que la sociedad demandante haya solicitado la aplicación de la institución arbitral”. Por lo que, en el caso concreto tratándose de una controversia que surge con ocasión de la ejecución del contrato n.° 061 de 1994, esta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente un contrato en el que se pactó la cláusula compromisoria. 10. De manera que esta cláusula compromisoria impide a esta jurisdicción especializada conocer del conflicto surgido en el asunto bajo examen, por carecer de jurisdicción, tal y como lo indicó esta Sala en oportunidad precedente: En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra, ante los jueces institucionales del Estado, situación que no se da en este evento, cuando una de las partes reclama su aplicación. (..) En igual sentido, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la Jurisdicción Contenciosa , por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria. 11. No debe perderse de vista que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción, de conformidad con lo prescrito por su numeral 1º. En consonancia con este mandato, el artículo 144 eiusdem in fine prescribe que no pueden sanearse las nulidades que se configuren por razón de falta de jurisdicción. A su vez, el artículo 145 de la citada codificación establece claramente 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. 12. En tal virtud, si este asunto correspondía por decisión de las partes a la jurisdicción arbitral, ello significa que se presenta una nulidad insaneable, en los términos del artículo 140-1 del C. de P. C., en concordancia con los artículos 145 y el último inciso del 144 del mismo Código. Lo dicho da base suficiente para afirmar que tanto el Tribunal como esta Corporación carecen de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto, por tanto, se procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de 28 de enero de 1998, mediante la cual se admitió la demanda (f. 112-113 c. 1). En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Tunja y al hacerlo se advierte que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, vale decir, el 4 de diciembre de 1997, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A. Finalmente y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-15-000-2005-00402-01(37159)**

**Actor: FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO Y OTRO**

**Demandado: MUNICIPIO DE SILVANIA**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los señores Fernando Arturo Rubio Fandiño y Juan Pablo Portilla Fandiño contra la sentencia de 14 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección *“A”*, por medio de la se declaró no probado el incumplimiento del contrato de arrendamiento y se denegaron las demás pretensiones.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Se señala en la demanda que (i) la Tesorería de Silvania, por Resolución 1897 de 30 de septiembre de 1999, ordenó al señor Andrés Pulido Zorrilla a cancelar a favor del municipio la suma de $105.929.761, por concepto de sobretasa a la gasolina no reportada en el año de 1999; (ii) la administración municipal inició un proceso de jurisdicción coactiva en contra del antes nombrado, en su calidad de propietario de la estación de servicio Esso Silvania y dispuso el embargo y secuestro de ese establecimiento de comercio y de los dos lotes que abarca; (iii) el ejecutado estuvo de acuerdo con el arrendamiento de sus bienes a un tercero para cancelar su acreencia tributaria y con la suspensión del proceso; (iv) la secuestre designada en la actuación, entregó los bienes secuestrados y embargados al municipio de Silvania. Ente territorial que suscribió con los señores Fernando Arturo Rubio Fandiño y Juan Pablo Portilla Fandiño, hoy demandantes, el contrato de arrendamiento el 18 de noviembre de 2000. Negocio jurídico que, posteriormente, fue avalado por el señor Andrés Pulido Zorrilla; (iv) el ejecutado hizo un abono extraordinario a su deuda tributaria de $110.000.000 y presentó una acción de tutela, la cual culminó con la orden perentoria a la Tesorería de Silvania de emitir, en el proceso de cobro coactivo, la providencia que en derecho corresponda – providencia de 13 de noviembre de 2003-; (v) el municipio de Silvania, mediante Resolución 01 de 24 de abril de 2004, terminó el proceso de jurisdicción coactiva, porque la obligación estaba satisfecha y ordenó el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y (vi) en las diligencias de 7 y 17 de junio de 2004, el Tesorero de Silvania dispuso la entrega material de los bienes embargados y secuestrados a su dueño y la terminación del contrato de arrendamiento suscrito por el municipio y los actores.

**ANTECEDENTES**

1. **Lo que se demanda**

Mediante escrito presentado el 25 de enero de 2005, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 1-14 c. ppl.), los señores Fernando Arturo Rubio Fandiño y Juan Pablo Portilla Fandiño presentaron demanda para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. *La TESORERÍA MUNICIPAL DE SILVANIA y el MUNICIPIO DE SILVANIA son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los arrendatarios FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO y JUAN PABLO PORTILLA FANDIÑO, como consecuencia del incumplimiento al terminar en forma abrupta, unilateral, arbitraria e ilegal el contrato de arrendamiento suscrito (….) el día 18 de noviembre de 2000.*
2. *CONDENAR en consecuencia, a la TESORERÍA MUNICIPAL DE SILVANIA y al MUNICIPIO DE SILVANIA, como reparación del daño ocasionado, a pagar solidariamente a los demandantes (….) los perjuicios materiales y morales, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DE PESOS MCTE ($1.361.000.000) o lo que resulte probado en el proceso* (f. 1 c. ppl.)*.*

Los demandantes consideraron que la argumentación del Tesorero de Silvania *“para proceder a la entrega del inmueble al ejecutado, constituye un exabrupto jurídico manifiestamente contrario a la ley, ya que este funcionario se abrogó una competencia que no tenía,* ***pues él no podía dar por terminado el contrato de arrendamiento, ya que esta facultad radica única y exclusivamente en cabeza de un juez o en su defecto de un Tribunal de Arbitramento como fue pactado en el contrato de arrendamiento****”* (f. 5-6 c. ppl.-negrita con subrayas fuera del texto).

Aseveraron que *“como consecuencia de la actuación de la Tesorería Municipal de Silvania, dando por terminado en forma arbitraria, abrupta, unilateral e ilegal el contrato de arrendamiento, se causaron graves perjuicios económicos y morales”* (f. 6 c. ppl.).

1. **Intervención pasiva**

* El Tesorero de Silvania evidenció que el contrato de arrendamiento suscrito por el municipio y los demandantes *“establece en su cláusula DÉCIMA PRIMERA, lo siguiente: ´****En caso de cualquier diferencia en la interpretación o desarrollo del presente contrato , las partes la someterán a un tribunal de arbitramento****´, por lo que es esta la vía por la cual los demandantes deben someter a decisión arbitral la situación planteada con ocasión de la entrega de la precitada estación de servicio ESSO Silvania y no por la vía jurisdiccional,* ***teniendo en cuenta que fue esta la voluntad contractual pactada en caso de presentarse diferencias o controversias en el desarrollo del contrato****”* (f. 40 c. ppl.-negrita con subrayas fuera del texto).

Precisó que no hay ilegalidad en su actuación y que *“****en caso de incumplimiento contractual o desacuerdo en su desarrollo debe debatirse el asunto por la vía arbitral, por haberlo así pactado los contratantes en forma expresa****”* (f. 40 c. ppl.-negrita con subrayas fuera del texto)

Precisó que, en todo caso no se puede soslayar, que los arrendatarios conocían que (i) los bienes objeto del contrato de arrendamiento estaban embargados y sometidos a un proceso de jurisdicción coactiva y (ii) *“una vez cancelada la obligación tributaria que dio origen al cobro ejecutivo, debían hacer entrega de dichos bienes dados en arriendo a su legítimo dueño, siendo el principio de la buena fe de aplicación obligatoria en todas las relaciones entre el Estado y los particulares”* (f. 41 c. ppl.).

Propuso también las excepciones de (i) cosa juzgada, por el no ejercicio oportuno de recursos que la ley contempla para finiquitar el proceso de jurisdicción coactiva –diligencia de entrega de los bienes secuestrados y embargados- y (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto debió concurrir el municipio de Silvania, a través de su primer mandatario.

* Los actores con relación a la cláusula décimo primera evidenciada en la contestación de la demanda, afirmó que la falla del servicio se originó en *“haber dado por terminado en forma abrupta, unilateral, ilegal y arbitraria el contrato de arrendamiento, lo cual se causó con la entrega del inmueble, sin agotar el mecanismo de la cláusula compromisoria pactado en el contrato o, en su defecto, el pago de una indemnización de perjuicios por terminación unilateral del contrato”*.

1. **Alegatos de conclusión**

* Los actores sostuvieron que la *“administración incumplió su obligación legal como arrendador de ´librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada´ (artículo 1982 numeral 3º C.C.), lo cual conlleva a que se condene al pago de la CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, estipulada en la suma de $140.000.000, más los daños materiales de daño emergente, por los gastos que les ha ocasionado la actuación irregular de la administración, tales como contratar profesionales del derecho y el lucro cesante dejado de recibir por el tiempo en que no han podido explotar el local comercial, más los perjuicios morales sufridos”* (f. 74 c. ppl.).

Precisaron que *“el Tesorero Municipal no estaba facultado para tomar la decisión de restituir el bien arrendado, sin haber acudido a un Juez de la República, pues solamente a través de un proceso declarativo que lo señale se podía hacer, previa discusión de pruebas, alegatos, etc”* (f. 75 c. ppl.).

Explicaron que *“una cosa es el proceso coactivo, sobre el cual tiene facultades el Tesorero y otra muy distinta el arrendamiento que el municipio de Silvania suscribió con un particular y que debía respetar,* ***máxime cuando se había estipulado en la cláusula Décima Primera ´ARBITRAMENTO en caso de cualquier diferencia en la interpretación o desarrollo del contrato****´”* (f. 75 c. ppl.-negrita con subrayas fuera del texto).

Añadieron que el juez de tutela amparó el debido proceso en el cobro coactivo de la sobretasa a la gasolina y no hizo ningún pronunciamiento con relación al contrato de arrendamiento que contenía una condición resolutoria al vencerse el plazo de siete años. **Así las cosas, la administración debió utilizar otras vías para despojar a los arrendatarios de la explotación del local comercial, como acudir al tribunal de arbitramento o la jurisdicción civil**.

Evidenciaron que el Alcalde actuó por fuera de su competencia al arrendar el local comercial Esso Silvania, por cuanto sólo era tenedor del mismo y quien podía administrarlo o darlo en arrendamiento era la Secuestre, siempre y cuando el contrato estuviera sujeto, en cuanto a su terminación, a las resultas del proceso de jurisdicción coactiva.

Concluyeron que la demandada incurrió en una falla del servicio, pues el contrato de arrendamiento *“debió suscribirse con una cláusula condicional que sujete su terminación al resultado del proceso de jurisdicción coactiva, lo cual no se hizo, ya que la cláusula que se pactó al respecto fue resolutiva y fatal, al cumplirse los siete (7) años”* (f. 77 c. ppl.). Y desconoció el artículo 1602 del Código Civil, según el cual *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (f. 79 c. ppl.).

* El municipio de Silvania aseveró que la entrega de la estación de servicio Esso Silvania y de los lotes a su propietario no fue una decisión abrupta, unilateral y caprichosa, sino el producto de un fallo de tutela.

Insistió en que actuó *“en cumplimiento de un deber legal, mas no desconociendo algún derecho como se pretende configurar en los hechos y pretensiones invocados”* (f. 90 c. ppl.).

1. **Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección *“A”* declaró no probado el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito por el municipio de Silvania y los demandantes y denegó las demás pretensiones.

Manifestó, con relación a la cláusula *“DÉCIMO PRIMERA. ARBITRAMENTO”*, que *“en este caso no puede entenderse que las diferencias que llevan a esta controversia contractual emanen del contrato de arrendamiento, sino que por el contrario obedecen al hecho de que el municipio hubiera ordenado la entrega a su legítimo propietario de la estación de gasolina, bien entregado en arrendamiento; así las cosas, en estricto sentido no puede hablarse de diferencias que emanen de la relación contractual y, por tanto, no existe una obligación para aplicar esta cláusula contractual”* (f. 110 vto-110 c. ppl).

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, destacó que *“tal y como lo contempla la parte accionada, los recursos a los que hace referencia, tienen como finalidad discutir las acciones tendientes a materializar las decisiones proferidas en virtud del proceso de jurisdicción coactiva (entrega material de la estación de gasolina), proceso que en estricto sentido no es objeto de estudio dentro de la presente acción”* (f. 110 vto c. ppl).

En cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, sostuvo que no existe causal de nulidad alguna, habida cuenta que (i) ese es un aspecto de orden sustancial y no formal y (ii) *“la parte demandada y vinculada -municipio de Silvania- es parte de la relación contractual objeto de la presente acción”* (f. 112 c. ppl).

Desarrollado lo anterior, puntualizó que el contrato de arrendamiento se suscribió *“en virtud del secuestro del cual fueron objeto los bienes del señor Andrés Pulido Zorrilla y que el mismo presentó una propuesta de pago, la cual fue aceptada por el municipio mediante acuerdo de dos (2) de febrero de 2002, documento en el cual se estableció con claridad que el ejecutado aceptaba en todas sus partes el contrato suscrito entre el municipio y los hoy actores el 18 de noviembre del año 2000 y confirmó y avaló que con el producto de ese contrato se pagara la obligación que tenía con la localidad de Silvania”.* Precisó que *“era el propietario quien en virtud de dicho acuerdo debía seguir ejecutando el contrato de arrendamiento suscrito en nombre suyo por el administrador del bien”* (f. 115 c. ppl.).

Explicó que lo que ocurrió, en este caso, fue *“un cambio de titularidad del arrendador, es decir, ya no se debe tener como tal al municipio, puesto que su calidad de administrador había cesado, sino al propietario del bien, frente a quien el contrato seguía surtiendo efectos jurídicos”* (f. 115 vto c. ppl.).

Señaló que si se tienen en cuenta las fechas en que ocurrieron el embargo y secuestro del establecimiento de comercio y de los lotes, la entrega de esos bienes a la administración municipal y la suscripción del contrato de arrendamiento que ahora nos ocupa, no hay duda de que los arrendatarios sabían que todo estaba supeditado a las resultas del proceso de jurisdicción coactiva. Máxime cuando, en la diligencia de entrega, al dársele *“el uso de la palabra al apoderado judicial de los demandantes, el mismo aportó e hizo referencia a unos documentos que sólo podía conocer si estuviera al tanto de la situación de embargo y secuestro de los bienes”* (f. 115 vto c. ppl.).

Añadió que, en la diligencia de entrega, *“también se observa que los arrendatarios convinieron con el propietario de la estación de gasolina y, en consecuencia, con el nuevo titular del contrato de arrendamiento, que estos adquirían los bienes inventariados que estuvieran en el establecimiento de comercio, al igual que se harían responsables de la situación laboral de los empleados”* (f. 115 vto-116 c. ppl.).

Concluyó que los arrendatarios debieron requerir al propietario de los inmuebles para que cumpliera con las obligaciones contractuales *“y no al municipio y más sabiendo que el Alcalde no suscribía el contrato en virtud de su calidad de representante legal territorial, sino que en estricto obedecimiento a su función de administrador del bien, con el fin de recaudar la deuda que un particular tenía con el municipio”* (f. 116 c. ppl.).

1. **Recurso de apelación**

Los actores precisaron que el municipio de Silvania recibió los bienes embargados y secuestrados en calidad de depositario o simple tenedor y que ellos, en su calidad de arrendatarios, actuaron de buena fe, pese a que conocían de esas medidas cautelares. Añadieron que *“el que supieran nada tiene que ver, por eso no dejan de estar protegidos por la normatividad civil, más aún cuando ellos estaban actuando con el convencimiento de que estaban realizando un negocio de manera legal, quien se equivocó y quien debe responder es el municipio de Silvania, pues tenía un interés en el depósito, lo que lo hace responsable hasta de culpa leve”* (f. 128 c. ppl.).

Manifestaron que el propietario de los bienes aceptó o avaló en todas sus partes el contrato de arrendamiento y sus prórrogas o modificaciones *“con el fin de que se cumplan los fines concernientes al cumplimiento del acuerdo, en una clara novación de la obligación, ante lo cual lo correcto hubiera sido realizar una transacción, que diera por terminado el litigio, figura que el ordenamiento civil contempla como una de las formas anormales de terminar un proceso//. De esta manera, se respetaría el contrato de arrendamiento, que había suscrito con terceros que no tienen por qué someter sus derechos a la resulta de un proceso. La administración actuó de manera arbitraria e ilegal perjudicando a aquellos que no tienen la obligación de soportar esa falla del municipio”* (f. 128 c. ppl.).

Enfatizaron que el municipio de Silvania también los desalojó, de forma arbitraria, ya que *“sin tratar si quiera de llegar a un acuerdo para tratar de enmendar los varios errores ya cometidos, excediendo además los alcances del fallo de tutela, que no disponía la entrega del predio, ni la terminación del proceso coactivo, se abrogó esa facultad, violando el debido proceso, constituyéndose en juez y parte”* (f. 129 c. ppl.).

Precisaron que se dio el *“hecho del príncipe”*, pues la administración *“****sin tener en cuenta las cláusulas contractuales, rompe unilateralmente lo pactado*** *(….). Los arrendatarios no tienen ni han tenido herramientas legales para exigir al propietario del predio que respete el contrato de arrendamiento, porque no lo suscribieron con él”* (f. 129 c. ppl.-negrita con subrayas fuera del texto).

1. **Alegaciones finales**

Los demandantes puntualizaron que el argumento del a quo consistente en que el municipio de Silvania *“actuó en calidad de administración del bien dejado bajo su guarda por la secuestre designada, no es admisible (…), porque de acuerdo con el artículo 1618 del C.C. que preceptúa acerca de la interpretación de los contratos que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella que a lo literal de las palabras, por modo entonces que, la apreciación y argumentación efectuada por el H. Tribunal, para señalar que el municipio no ostenta la calidad de arrendador, sino la de administrador, rompe con el principio establecido por la legislación civil en materia de interpretación de los contratos”* (f. 136-137 c. ppl.).

Insistieron en que *“el municipio, a través de su Alcalde, asumió de manera propia y sin amagues la posición de arrendador, ya que el propietario estaba limitado legalmente para suscribir o disponer en manera alguna sobre el bien embargado, pues las cautelas impuestas tienen como finalidad sacar el bien del comercio, limitando el pleno ejercicio de los derechos sobre la cosa embargada, con el objeto de garantizar el pago de una obligación dineraria en favor de la misma localidad”* (f. 137 c. ppl.).

Aclararon que de aceptarse que la entidad demandada actuó como un simple administrador *“constituiría un esguince para soslayar la responsabilidad patrimonial del municipio de Silvania frente a los perjuicios causados, así como al incumplimiento del contrato, el cual se materializó en el momento en que, de manera antijurídica e inválida, la administración municipal entregó en forma abrupta a su propietario el inmueble, desconociendo con ello las cláusulas del contrato de arrendamiento y ante tal ostensible incumplimiento, debe reconocer y pagar a los arrendatarios las indemnizaciones por los perjuicios injustamente causados con tan anómalo y antijurídico proceder”* (f. 137 c. ppl.).

Señalaron que no se puede soslayar que el propietario de la estación de servicio y de los lotes *“avaló con posterioridad la suscripción del contrato de arrendamiento (….) para que la jurisdicción coactiva le otorgara un paz y salvo fiscal y así culminar la investigación penal, además, con el producto de dicho contrato de tenencia se pagaren por instalamentos mensuales la deuda adquirida con el municipio”* (f. 137 c. ppl.).

Consideraron que *“la administración municipal, al dar por terminado el proceso coactivo y al haber ordenado la entrega del bien al propietario, sin antes indemnizar a los arrendatarios, efectuó actos del príncipe, conforme lo señala la doctrina francesa, conllevando con su anómala actuación el desconocimiento rampante de las cláusulas contractuales”* (f. 138 c. ppl.).

Concluyeron que *“la posición de la Alcaldía municipal en el contrato de arrendamiento siempre fue la de arrendador, porque si en verdad fue administrador depositario, por delegación de la secuestre en sus funciones, la misma en su calidad de tal, también estaba facultada para arrendar el inmueble, de lo que se infiere que, la demandada también le era válido y lícito darlo en arrendamiento como efectivamente lo hizo”* (f. 140 c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por los actores, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de mayo de 2009 por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda[[1]](#footnote-1).

1. **Hechos probados**

De conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tienen probados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia[[2]](#footnote-2):

* La Tesorería de Silvania, mediante Resolución 1897 de 30 de septiembre de 1999, ordenó al señor Andrés Pulido Zorrilla a cancelar a favor del municipio la suma de $105.929.761, por concepto de sobretasa a la gasolina no reportada (f. 25 c. 2).
* La Tesorería de Silvania (i) inició un proceso de jurisdicción coactiva en contra del señor Andrés Pulido Zorrilla, en su calidad de propietario de la estación de servicio Esso de Silvania, por cuanto pretermitió liquidar y pagar parte del impuesto de sobretasa en el año 1999 y (ii) dispuso el embargo y secuestro del aludido establecimiento de comercio y de los dos lotes que abarca (f. 94 c. 2).
* El 17 de noviembre de 2000, la secuestre del proceso de jurisdicción coactiva, señora EMILCE ÁLVAREZ MARROQUÍN, entregó *“la administración del establecimiento de comercio y los lotes de la estación ESSO Silvania al municipio para que con su producido cancele el monto de la deuda que tiene el señor ANDRÉS PULIDO”* (f. 28 c. 2).
* El 18 de noviembre de 2000, el municipio de Silvania y los señores Juan Pablo Portilla Fandiño y Fernando Arturo Rubio Fandiño celebraron un contrato de arrendamiento, el cual (i) tuvo por objeto dar el uso y goce de la estación de servicio Esso Silvania y de los dos lotes que abarca, por espacio de siete años; (ii) fijó la suma de $282.519.908, por concepto de cánones de arrendamiento, pagaderos en dos cuotas de $100.000.000 y $30.000.000 y en mensualidades fijas; (iii) determinó como cláusula penal el valor de $140.000.000 y como causales de terminación la destrucción total, el vencimiento del plazo y el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento y (iv) **estableció que las diferencias de las partes en la interpretación o desarrollo del contrato *“se someterán a un tribunal de arbitramento”***.

*Entre los suscritos a saber WILLIAM MAHECHA SASIPA (….), en su calidad de Alcalde y por ende representante legal del municipio (…..), quien en adelante y para todos los efectos legales y contractuales se denominará EL ARRENDADOR y, por otra, JUAN PABLO PORTILLA FANDIÑO (….) y FERNANDO ARTURO RUBIO FANTIÑO (….), actuando en nombre propio y quienes en adelante y para todos los efectos legales y contractuales se denominaran LOS ARRENDATARIOS, hemos convenido en celebrar el siguiente contrato de arrendamiento, con base en las siguientes CLÁUSULAS.* ***PRIMERA. OBJETO****. EL ARRENDADOR da en arrendamiento a LOS ARRENDATARIOS dos lotes de terreno (…) y el establecimiento de comercio denominado ESTACIÓN DE SERVICIO ESSO SILVANIA, que funciona en los dos lotes de terreno atrás mencionados.* ***SEGUNDA. TÉRMINO****. El contrato de arriendo tiene una duración de siete (7) años, contados a partir del perfeccionamiento del presente contrato, los cuales no serán prorrogables.* ***TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO****. El presente contrato tiene un valor de DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS MCTE ($282.519.908), cuya forma de pago será así: La suma de CIEN MILLONES DE PESOS MCTE ($100.000.000), pagaderos el día treinta (30) de noviembre del presente año. La suma de TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE ($30.000.000), pagaderos el quince (15) de diciembre del presente año, el saldo se cancelará por instalamentos mensuales iguales, durante la vigencia del presente contrato, pagaderos dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.* ***PARÁGRAFO****. Estos pagos se efectuarán en la Tesorería Municipal de Silvania (…..)* ***SEXTA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA****. Las partes firman como cláusula penal pecuniaria la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS MCTE ($140.000.000), por el no cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del presente contrato (…..)* ***NOVENA. TERMINACIÓN DEL CONTRATO****. El presente contrato se dará por terminado A) Por destrucción total o parcial de la cosa (….). B) Por vencimiento del plazo. C) Por el no pago de los cánones en forma continua, caso en el cual EL ARRENDADOR dará por terminado el contrato, renunciando LOS ARRENDATARIOS a los requerimientos que la Ley exige (…..).* ***DÉCIMA PRIMERA. ARBITRAMENTO****. En caso de cualquier diferencia en la interpretación o desarrollo del presente contrato, las partes someterán a un tribunal de arbitramento* (f. 3-5, 98-100 c. 2).

* El 22 de enero de 2002, el señor Andrés Pulido Zorrilla le solicitó al municipio de Silvania que expida un paz y salvo con destino al proceso No. 4481 que cursa en la Fiscalía Quinta Especializada de Cundinamarca, por peculado por apropiación, *“en el que se diga que cancelé la obligación total, sanción e intereses”* (f. 29-30 c. 2).
* El 2 de febrero de 2002, el señor Andrés Pulido Zorrilla aceptó (i) la liquidación de su obligación; (ii) el contrato de arrendamiento que suscribió el municipio con los señores Juan Pablo Portilla Fandiño y Fernando Arturo Rubio Fandiño, así como las prórrogas o modificaciones que se efectúen; (iii) el pago de su acreencia tributaria con el producto de los cánones de arrendamiento y (iv) la suspensión del proceso de jurisdicción coactiva, mientras se finiquita lo adeudado.

*El señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA solicita se proceda a aceptar el Acuerdo de pago propuesto en escrito presentado ante esta Tesorería en enero 22 de 2002 (….) y acepta en todas sus partes la misma liquidación del 27 de enero de 2002 que arrojó un total de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVESCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($284.927.693) con corte al 27 de enero de 2002. Asimismo, manifiesta lo siguiente:*

*(….) Segundo.- Que es su voluntad aceptar en todas sus partes el contrato de arrendamiento suscrito el 18 de noviembre de 2000 entre el Alcalde municipal de Silvania y los señores JUAN PABLO PORTILLA FANDIÑO y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, tal como lo afirma en su solicitud antes aludida y, en consecuencia, lo confirma y avala totalmente para que, con el producto del mismo o sea los cánones de arrendamiento se pague por completo el crédito, intereses y gastos del presente proceso. Acepta también cualquier prórroga o modificación del mismo contrato que se haga de acuerdo a la Ley, con el fin de que se cumplan los fines concernientes al cumplimiento del presente acuerdo. También acepta desde ya que el municipio ejerza las acciones legales, a las cuales no se opondrá, relacionadas con el cumplimiento del contrato de arrendamiento y del presente acuerdo conforme a las leyes respectivas.*

*Tercero. Así mismo manifiesta el demandado que acepta las cuentas anexas de la Tesorería Municipal, según las cuales se ha recibido en Tesorería por concepto de cánones de arrendamientos y otras consignaciones, un total en dinero en efectivo solamente de CIENTO CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE ($140.896.000), puesto que se deben los cánones de arrendamiento de los meses de mayo de 2001 a enero de 2002, por un total de $14.528.000 mcte.*

*Cuarto. Reitera su voluntad de traspasar como dación en pago todos los dineros recaudados en cantidad de CIENTO CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE ($140.896.000) (….). Por consiguiente, el municipio de Silvania puede disponer libremente de dichos dineros*

*(….) Séptimo. Reitera la solicitud de suspensión del proceso y expedición de constancia sobre el presente.*

*Acto seguido, la suscrita Tesorera municipal expresa su acuerdo con todas las manifestaciones del demandado (……)* (f. 17-19 c. 2).

* El Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, mediante providencia de 13 de noviembre de 2003, revocó la decisión de 29 de agosto del mismo año, proferida por la Unidad Judicial Municipal de Silvania, para, en su lugar, (i) tutelar el derecho al debido proceso del señor Andrés Pulido Zorrilla y (ii) ordenar *“a la Tesorería municipal de Silvania que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir del recibo de la notificación, proceda a proferir en el proceso de cobro coactivo (…) las providencias que en derecho correspondan”*. Lo anterior, porque el señor Pulido Zorrilla no tiene certeza de los dineros abonados a su acreencia tributaria, por cuanto el municipio de Silvania no ha rendido cuentas de su gestión y se niega a aceptar el pago que efectuó de $110.000.000 y a finiquitar el proceso de jurisdicción coactiva.

*Como quiera que no se ha rendido cuentas de la administración de los bienes embargados y secuestrados de propiedad del ejecutado, éste no tiene certeza de los dineros que han sido abonados al crédito, ya que el ente ejecutante no ha realizado la correspondiente liquidación, para que así el accionante pueda objetarla o no.*

*(…) Al analizar la respuesta a la petición presentada por el accionante el día seis (6) de febrero de 2003, el señor Tesorero municipal de Silvania responde, en el numeral cuarto, inciso cuarto, “que con fundamento en la lealtad procesal el señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA no puede pretender, por medio de apoderado, acudir a la figura del pago y la consiguiente terminación unilateral del proceso, por medio de la consignación extraprocesal de $110.000.000 (….), desconociendo el anterior acuerdo de pago que firmó el dos (2) de febrero de 2002 y que involucró a terceros, a quienes el propio PULIDO ZORRILLA aceptó como arrendatario de la Estación de Servicio Esso de Silvania.*

*(…..) Para este despacho no cabe duda que la Tesorería municipal de Silvania ha vulnerado el derecho al debido proceso del accionante. Nótese que la accionada se ha negado a tener por válido el pago realizado por el señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA, argumentando un acuerdo de pago, igual situación acontece con la negativa de dar trámite a la liquidación del crédito, para así proceder a cancelar la deuda en su totalidad. Es necesario diferenciar que el título ejecutivo que ha dado origen a la obligación y, por consiguiente, al proceso de cobro coactivo, es la Resolución 1897 de septiembre 3 de 1999 y no el acuerdo de pago suscrito el día dos (2) de febrero de 2002 y que, por consiguiente, el señor Tesorero ha querido hacer valer en este proceso* (61-71 c. 2).

* El Tesorero de Silvania, mediante providencia de 23 de noviembre de 2003, (i) corrió traslado de la liquidación presentada por la demandante, por el término de tres días; (ii) ordenó a la secuestre rendir cuentas y (iii) señaló que, *“aunque no comparte las consideraciones y parte resolutiva de la sentencia en mención –tutela-, porque afecta la suspensión del proceso pedida por el propio demandado y decretada en el auto del 2 de febrero /02 y podría afectar los derechos del municipio de Silvania, pues altera el acuerdo de pago del 2 de febrero del 2002, que es ley entre las partes y derechos de los terceros arrendatarios, ha dispuesto cumplirla”* (f. 82 c. 2).
* El municipio de Silvania, mediante Resolución 01 de 24 de abril de 2004, (i) aceptó el acuerdo de transacción a que llegaron las partes en el proceso de jurisdicción coactiva, porque las obligaciones están satisfechas; (ii) ordenó el levantamiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro que fueron decretadas y (iii) dispuso oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá (f. 94-96 c. 2).
* El 7 de junio de 2004, a las 2:25 p.m., se efectuó la diligencia de entrega material de la estación de servicio Esso Silvania y de los dos lotes que abarca. En la actuación intervinieron (i) el apoderado del señor Andrés Pulido Zorrilla para pedir la entrega de los bienes y, finalmente, interponer recursos de reposición y, en subsidio, apelación; (ii) el abogado de los señores Juan Pablo Portilla Fandiño y Fernando Arturo Rubio Fandiño para oponerse a la diligencia y probar los pagos efectuados a la Tesorería; (ii) la Secuestre para aclarar que no realizó la administración que le correspondía, por cuanto esta fue asumida directamente por el municipio y (iii) el Tesorero para suspender la diligencia, mientras se efectúa la rendición de cuentas.

*Se le concede el uso de la palabra a la apoderada del demandado. Se le confiere el uso de la palabra a la apoderada del demandado DEBORA FAJARDO, quien manifiesta que como quiera que la deuda que tiene mi mandante con el municipio de Silvania se encuentra cancelada en su totalidad y el despacho dispuso la terminación del proceso por pago total de la obligación y que de conformidad con el Art. 537 del Código de Procedimiento Civil solicito se me haga entrega de la estación de servicio. Se le concede el uso de la palabra al doctor CARMELO TORRES, quien manifiesta que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil me permito presentar oposición a la presente diligencia en virtud de que existe un contrato de arrendamiento entre el municipio de Silvania, en calidad de arrendador y mis poderdantes, en calidad de arrendatarios, el cual se celebró con el lleno de los requisitos legales emanados de la legislación civil y administrativa. Contrato que tiene una vigencia de siete (7) años, contados a partir del 18 de noviembre de 2000 (…..). Por todo lo anterior, manifiesto mi oposición a la presente diligencia, teniendo en cuenta que el fallo a que alude el asesor jurídico de la Alcaldía no afecta la plena validez y vigencia del contrato suscrito entre mis poderdantes y el municipio de Silvania, el referido fallo no ordena ni anula en ninguna de sus partes el contrato en referencia. Con base en lo anterior, el municipio de Silvania, de acuerdo con lo establecido en el Art. 1932 y siguientes del Código de Procedimiento Civil tiene la obligación de preservar la tenencia tranquila de mis poderdantes en el contrato de arrendamiento vigente (…..). La mencionada secuestre –Emilce Álvarez Marroquin- manifiesta que desea hacer algunas aclaraciones (……), manifestando que yo no administré, puesto que se dio la administración a la Alcaldía de Silvania, como consta en la diligencia, como en el informe que yo pasé a la Tesorería (…..). El despacho procede a determinar, escuchadas las versiones de los intervinientes y teniendo en cuenta que la secuestre no ha rendido cuentas y manifestando que no ha ejercido administración alguna sobre el bien objeto de la medida cautelar se considera que debe ser escuchada por el Juez de esta causa, para que explique en oportunidad lo por ella manifestado. Requiriéndosele nuevamente para que en el término de tres días contados a partir de la fecha proceda a rendir cuentas sobre su función como secuestre. En el mismo sentido, teniendo en cuenta las apreciaciones formuladas por la apoderada del demandado y que esta Tesorería considera aceptable, en cuanto a que es el Estado quien tiene bajo su administración la Estación de Servicio, por una parte y por otra, como lo manifiesta el apoderado de los arrendatarios, ellos no han sido parte del proceso de jurisdicción coactiva, lo que evidencia que es sólo el estado a quien le corresponde determinar la entrega material del bien y, por lo mismo, se termina suspender temporalmente la diligencia de entrega material a la espera de la rendición de cuentas de parte de la secuestre y para que los demandados acrediten documentalmente los pagos efectuados a la Tesorería municipal de Silvania sobre las dos cuotas pactadas inicialmente en el contrato de arrendamiento (….). Nuevamente la apoderada de la parte demandada solicita el uso de la palabra (…) que interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación (…..). Teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la apoderada de la parte demandada se procede a aceptar este y se resolverá en el término legal* (f. 7-10, 116-119 c. 2).

* El 17 de junio de 2004, a las 8:35 p.m., se continuó la diligencia de entrega de los bienes, en ella, se (i) resuelve negativamente la oposición presentada por el abogado de los señores Juan Pablo Portilla Fandiño y Fernando Arturo Rubio Fandiño, quien recurre ese pronunciamiento; (ii) decide y da trámite a los recurso interpuestos por el apoderado del señor Andrés Pulido Zorrilla; (iii) **dispone la entrega material de los bienes a su dueño y la terminación del contrato de arrendamiento que ahora nos ocupa**.

*Acto seguido se procede a resolver la oposición presentada en la parte inicial de la diligencia por el señor apoderado de los arrendatarios (…..). Considera la Tesorería que no es admisible la oposición planteada a la luz de lo normado en el Art. 688 del Código de Procedimiento Civil, que establece que en la diligencia de entrega de bienes no se admitirán oposiciones, en consecuencia se procede a negar de plano dicha oposición, no sin antes dejar constancia que en contra de esta decisión proceden los recursos de ley, cuya admisibilidad se resolverá en esta diligencia (…). Acto seguido hace uso de la palabra el apoderado de los arrendatarios de la estación de servicio, quien manifestó: Me permito interponer los recursos de reposición y en subsidio de apelación a la decisión tomada en esta diligencia bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho, antes que todo me permito poner en conocimiento que la apoderada del demandante, doctora DEBORA FAJARDO, se encuentra incursa en una de las causales de inhabilidad establecidas en el Código único Disciplinario (….), como segunda medida debe aclarar que el fallo de tutela simplemente ordena la entrega de la administración de los bienes al señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA y no desconoce el contrato de arrendamiento actualmente vigente entre mis poderdantes y el municipio de Silvania (….), como segunda medida la diligencia de restituir los bienes a su propietario como le dije anteriormente no implica el desconocimiento de los derechos de tenencia de mis poderdantes derivados del contrato de arrendamiento que obra en autos y en el cual la Alcaldía obró en representación del señor PULIDO ZORRILLA, por lo tanto ha de entenderse para todos los efectos procesales que mis mandantes son arrendatarios del señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA, en consecuencia, el despacho no puede desconocer ni vulnerar la validez y vigencia de esa relación contractual (….), en consecuencia y para efectos de precisar mi oposición solicito del despacho restituya la administración de los bienes del señor ANDRÉS PULIDO ZORRILLA sin desconocer los derechos que le asisten a mis representados en el goce y tenencia del inmueble amparado en el contrato de arrendamiento y se prevenga a los arrendatarios para que en adelante se entiendan directamente con el propietario y peticionario (….). Acto seguido, procede el despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto y, en subsidio, de apelación, en los siguientes términos: Al tenor de lo normado en el Art. 338 del Código de Procedimiento Civil, parágrafo tercero numeral segundo, el recurso interpuesto es procedente y, por lo mismo, entra el despacho a resolverlo: se reitera lo señalado al inicio de esta diligencia, en el sentido de que el contrato de arrendamiento suscrito entre la Alcaldía municipal de Silvania y los señores JUAN PABLO PORTILLA FANDIÑO y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, halla su causa en las medidas cautelares decretadas por la Tesorería municipal y, en consecuencia, dicho contrato debe seguir la suerte del proceso de jurisdicción coactiva, es decir, que una vez terminado dicho proceso, automáticamente cesarán los actos que en su desarrollo se hayan proferido o se hayan suscrito (….). En el presente caso se tiene establecido que el secuestre nombrado y posesionado no ejerció la función que le fuere encomendada, ni tampoco renunció e hizo entrega formal de dicho bienes embargados y secuestrados al Tesorero municipal, juez de la causa, por lo que en esta eventualidad es al Tesorero municipal a quien le corresponde hacer entrega de los bienes secuestrados. Así entendidas las razones expuestas, se tiene que una vez la Tesorería dio por terminado el proceso de jurisdicción coactiva, por pago del demandado, es imperativo para la Tesorería municipal proceder a la entrega material de los bienes a su dueño y como se acotó anteriormente la terminación del proceso de jurisdicción coactiva implica la terminación de todos los actos procesales y de todas las medidas adoptadas para la administración de dichos bienes, en este caso la terminación del contrato de arrendamiento señalado. Igualmente teniendo en cuenta las consideraciones y observaciones (….) adoptadas por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Fusagasugá al entrar a resolver la acción de tutela instaurada por el demandado, a través de su apoderado, debe la Tesorería proceder a la entrega material y real. Lo contrario sería una vulneración flagrante del derecho de propiedad que le asiste al demandado que tiene en relación con la ESTACIÓN DE SERVICIO ESSO DE SILVANIA (….). En relación con el recurso de apelación interpuesto y teniendo en cuenta la normado en el código de procedimiento civil sobre este aspecto se le declara admisible y, por lo mismo, se dispone compulsar a costa del recurrente las copias ante el juez de segunda instancia para que finalmente lo resuelva. El recurso interpuesto y de conformidad con lo normado en el ART. 338, parágrafo tercero, numeral segundo del Código de Procedimiento Civil se confiere en el efecto devolutivo. Por lo anterior, se continuará con la diligencia de entrega material de bien secuestrado* (f. 11-16 c. 2).

1. **Problema jurídico**

Acorde con el recurso interpuesto, corresponde a la Sala determinar si como lo afirman los demandantes, el municipio de Silvania, en su calidad de arrendador, debe responder por los perjuicios causados con ocasión de la entrega de la estación de servicio Esso Silvania y de los dos lotes a su propietario, sin respetar el clausulado del contrato de arrendamiento y la cláusula compromisoria allí estipulada.

1. **Análisis de la Sala**

En el *sub judice* la entidad demandada, atendiendo el contenido de la cláusula décima primera del contrato de arrendamiento, sostiene, sin titular la excepción, que la vía arbitral era la procedente para abordar la controversia planteada.

Los actores, por su parte, manifiestan que reprochan la falla del servicio en que incurrió la demandada, al *“haber dado por terminado en forma abrupta, unilateral, ilegal y arbitraria el contrato de arrendamiento, lo cual se causó con la entrega del inmueble, sin agotar el mecanismo de la cláusula compromisoria pactado en el contrato o, en su defecto, el pago de una indemnización de perjuicios por terminación unilateral del contrato”*.

El *a quo* para asumir el conocimiento del proceso, precisó que *“en este caso no puede entenderse que las diferencias que llevan a esta controversia contractual emanen del contrato de arrendamiento, sino que por el contrario obedecen al hecho de que el municipio hubiera ordenado la entrega a su legítimo propietario de la estación de gasolina, bien entregado en arrendamiento; así las cosas, en estricto sentido no puede hablarse de diferencias que emanen de la relación contractual y, por tanto, no existe una obligación para aplicar esta cláusula contractual”*.

La Sala considera que como los demandantes pretenden una indemnización por la actuación del municipio de Silvania en las diligencias de entrega de bienes de 7 y 17 de junio de 2004, en las que desconoció el clausulado del contrato de arrendamiento de 18 de noviembre de 2000, mismo en el que se pactó que las diferencias de las partes ***“se someterán a un tribunal de arbitramento”***, esta jurisdicción carece de competencia.

En efecto, las partes en el contrato de arrendamiento convinieron en la cláusula décimo primera que, en caso *“de cualquier diferencia en la interpretación o desarrollo del presente contrato, las partes someterán a un tribunal de arbitramento”*.

La decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento de la justicia arbitral la presente controversia y el fundamento central comprendido por este tipo de justicia, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional para ejercer la función pública de administrar justicia a los sujetos habilitados por las partes, según la previsión contenida en último inciso del artículo 116 de la Constitución Política:

*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.*

En rigor, las partes declinaron voluntariamente a la jurisdicción propia de las controversias del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.P., que faculta para solventar los conflictos ante la jurisdicción arbitral.

Debe entenderse, entonces que, en virtud de tal determinación, las controversias sobre asuntos susceptibles de disposición en razón de la cláusula compromisoria, escapan a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten por derogar expresamente tal cláusula.

Así lo entendió la Sala Plena de la Sección Tercera, en reciente decisión de unificación, en cuanto discurrió que la derogatoria de la cláusula arbitral requiere de un pacto revestido de las mismas formalidades expresas y escritas exigidas al acuerdo[[3]](#footnote-3).

En síntesis, porque los extremos contractuales deben como para convenir el pacto arbitral o la cláusula compromisoria, vale decir, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito.

Proceder con el que no se cuenta. Esto es las partes no se manifestaron por escrito sobre su voluntad de derogar la cláusula y, no obstante, el asunto se admitió y se encuentra en estado de decidir al margen de la falta de jurisdicción, por lo que corresponde declarar la nulidad de lo actuado, en cuanto se advierte un vicio insaneable en los términos del numeral 1º del artículo 140 del C. de P.C., con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989[[4]](#footnote-4).

Finalmente, en esta oportunidad se reiteran las consideraciones consignadas en la providencia de 30 de octubre de 2013[[5]](#footnote-5), para declarar la nulidad de lo actuado, en un asunto similar, en acatamiento del precedente de la Sección -se destaca-:

*6. Si en el sub iudice se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del mismo, la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento alguno sobre esas diferencias, como quiera que la existencia de esta cláusula excluye la competencia de ésta.*

*7. Dice el recurrente que la citada cláusula previó una facultad de cada una de las partes de acudir a dicho tribunal y no un compromiso imperativo para las mismas.*

*La Sala encuentra, por el contrario, que lo convenido en esa regulación negocial, fue el sometimiento de las diferencias jurídicas surgidas del contrato a la justicia arbitral. Una interpretación en el sentido planteado por el demandante despojaría de cualquier efecto útil a la citada cláusula tornándola inocua y anodina, puesto que con una lectura semejante no se lograría sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los controversias surgidas del contrato que vinculó a las partes.*

*O lo que es igual, si las partes decidieron sustraer del conocimiento de la justicia institucional la decisión de los conflictos surgidos de un contrato estatal, para someterlo a la decisión de la justicia arbitral, resulta inoficioso exigir que se pongan nuevamente de acuerdo para acudir a la decisión arbitral.*

*Admitir la interpretación que hace el impugnante de la citada cláusula decimoquinta entraña tornar nugatorio el acuerdo de las partes, tornándolo fútil.*

*Para la Sala el contenido de la regulación negocial plasmada en la cláusula antes transcrita sólo admite una lectura: las diferencias jurídicas que se presentaran con ocasión del contrato, deben ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, que puede ser convocado por cualquiera de las partes.*

*8. Así las cosas, no le asiste razón al demandante cuando afirma que si una de las partes acudía a la justicia institucional desaparecía el ámbito de acción de justicia arbitral, máxime cuando la parte demandada se opuso expresamente a que ello fuera así al proponer la excepción de falta de jurisdicción.*

*No era pues menester, como parece insinuar el actor, contar -en el momento de solicitar la convocatoria- con el beneplácito de la otra parte, dado que tal consentimiento está pactado en la cláusula que se comenta.*

*Una interpretación de lo pactado, como la que plantea el recurrente, sin duda impediría el acceso pleno y efectivo al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral lo cual resulta contrario a una interpretación conforme a la Constitución. Una de las partes no puede decidir por sí y ante sí derogar lo acordado y por esta vía impedirle a la otra acudir al juez arbitral, para que este entre a estudiar y decidir asuntos propios a su función jurisdiccional transitoria, como son justamente los relativos a la ejecución del contrato.*

*9. Conviene destacar que ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala aquel según el cual la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, si media “la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma”, caso en el cual no hay lugar a pronunciamiento de fondo[[6]](#footnote-6).*

*Y la cita que hace el recurrente del fallo de la Sala no es admisible, puesto que si bien en ese pronunciamiento se indicó no era de recibo una decisión inhibitoria por parte de la justicia administrativa, en tanto estimó que no era imperativo para las partes acudir a la justicia arbitral, lo cierto es que lo hizo sobre el supuesto de que en ese proceso no existía “prueba en el plenario de que la sociedad demandante haya solicitado la aplicación de la institución arbitral” [[7]](#footnote-7).*

*Por lo que, en el caso concreto tratándose de una controversia que surge con ocasión de la ejecución del contrato n.° 061 de 1994, esta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente un contrato en el que se pactó la cláusula compromisoria.*

*10. De manera que esta cláusula compromisoria impide a esta jurisdicción especializada conocer del conflicto surgido en el asunto bajo examen, por carecer de jurisdicción, tal y como lo indicó esta Sala en oportunidad precedente:*

*En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra, ante los jueces institucionales del Estado, situación que no se da en este evento, cuando una de las partes reclama su aplicación.*

*(..)*

*En igual sentido, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la Jurisdicción Contenciosa[[8]](#footnote-8), por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria[[9]](#footnote-9).*

*11. No debe perderse de vista que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción, de conformidad con lo prescrito por su numeral 1º.*

*En consonancia con este mandato, el artículo 144 eiusdem in fine prescribe que no pueden sanearse las nulidades que se configuren por razón de falta de jurisdicción. A su vez, el artículo 145 de la citada codificación establece claramente 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.*

*12. En tal virtud, si este asunto correspondía por decisión de las partes a la jurisdicción arbitral, ello significa que se presenta una nulidad insaneable, en los términos del artículo 140-1 del C. de P. C., en concordancia con los artículos 145 y el último inciso del 144 del mismo Código.*

*Lo dicho da base suficiente para afirmar que tanto el Tribunal como esta Corporación carecen de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto, por tanto, se procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de 28 de enero de 1998, mediante la cual se admitió la demanda (f. 112-113 c. 1).*

*En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Tunja y al hacerlo se advierte que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, vale decir, el 4 de diciembre de 1997, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A.*

*Finalmente y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.*

En consecuencia, la Sala declarara la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y ordenará remitir la actuación al Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que convoque a las partes a fin de resolver la controversia, mediante la integración de un Tribunal de Arbitramento, conforme lo previsto en la cláusula décimo primera del contrato de 18 de noviembre de 2000. Para todos los efectos, se tendrá como fecha de presentación de la demanda el 25 de enero de 2005.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

**F A L L A**

**REVOCAR** la sentencia de 14 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección *“A”* para, en su lugar, disponer:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia, por falta de jurisdicción, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** En firme, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitramento 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, esto es el 25 de enero de 2005.

**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.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Subsección**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

1. Para el momento de presentación (2005) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de $51.730.000 y la pretensión mayor consignada en la demanda, correspondiente para cada uno de los demandantes por concepto de daño moral se eleva a $358.000.000, valor correspondiente a 1000 smlmv. [↑](#footnote-ref-1)
2. La prueba documental que soporta los hechos probados fue allegada por los actores. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 18 de abril de dos mil trece (2013), Radicación: 17859 (R-0035), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera con salvamento de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-3)
4. *“1. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción”*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de estado. Sección Tercera. Subsección “B”. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente n.° 23786. Posición reiterada en auto de 11 de septiembre de 2014, exp. 20562, con ponencia de quien elabora la presente decisión. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de junio de 2004, exp. 25010 C.P. Ricardo Hoyos Duque. El mismo sentido auto de 17 de febrero de 2005 expediente No. 28150 C.P. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de junio de 1997, exp. 10882, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. [↑](#footnote-ref-7)
8. Así lo dijo la Sección Tercera en auto de 10 de junio de 2004, Expediente 25.010: *“Por lo tanto, al haberse acreditado la existencia de la cláusula compromisoria y la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma, la Sala concluye que esta jurisdicción no se podría pronunciar sobre la eventual responsabilidad del asegurado surgida con fundamento en la mencionada póliza y en consecuencia, no era procedente aceptar el llamamiento en garantía formulado”*. Y, al respecto, también se pueden consultar los siguientes datos: Expedientes 24567, 25614. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Así como en auto de 17 de febrero de 2005, exp. 28150. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Auto del 3 de septiembre de 2008, exp. 34629, Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)