**PACTO ARBITRAL – Contrato estatal – Irrenunciable**

Recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación unificó su jurisprudencia en torno a la irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral, a la luz de las disposiciones del Decreto-ley 1818 de 1998, y concluyó que, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros. […] La tesis que acogió la Sala en la providencia de unificación no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a su formación, de tal suerte que, para ello, debe haber también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es válido señalar que, por regla general, “*en derecho las cosas se deshacen como se hacen*”.

**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Autonomía – Efectos**

La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes. Así, pues, los efectos que comporta la cláusula compromisoria son de tal importancia que, incluso, por razón de su autonomía, la misma subsiste aunque no ocurra lo mismo con el contrato que le dio origen –bien por razón de su nulidad, o bien por su inexistencia–; por lo mismo y con mayor razón, hay que admitir, entonces, que ella debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación. […] Por lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia y, por lo tanto, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C. […] En este caso, no hay razón para desconocer la eficacia de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima sexta del contrato 1-439; por consiguiente, todo lo actuado en este proceso resulta nulo.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00090-01(32663)**

**Actor: CONSORCIO VIAL Y OTRO**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)**

Encontrándose el proceso de la referencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 17 de agosto de 2005 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, la Sala advierte la presencia de dos causales de nulidad procesal, que impiden proseguir el trámite de segunda instancia.

### **I. ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.-**

Por conducto de apoderado y mediante escrito radicado el 10 de diciembre de 1999 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, Rómulo Tobo Uscátegui y Aurelio Gutiérrez Castillo, integrantes del consorcio VIAL formularon demanda, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Obras Públicas (SOP), con el fin de obtener que: i) se declare el incumplimiento del contrato de obra pública 1-439 del 27 de septiembre de 1996 celebrado entre el consorcio VIAL y el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas (fl. 3, C.1), ii) se declare que el consorcio VIAL no ejecutó la totalidad de los trabajos objeto del contrato 1-439, por causa exclusiva del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la Secretaría de Obras Públicas (fl. 3 C.1), iii) se ordene a la entidad demandada complementar la liquidación final del contrato de obra 1-439, en el acápite del estado financiero, para incluir las sumas a las que resulte condenada a pagar, (iv) se condene a la demandada a indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, perjuicios que ese estiman en: a) $442’570.651.40 o la suma que determinen los peritos, por concepto de los costos indirectos (AIU), representados en los gastos de personal, de maquinaria y de equipos que debió utilizar el contratista por la mayor permanencia en la obra, b) $197’408.785.10 o la suma que determinen los peritos, por la utilidad dejaba de percibir por el contratista y c) $1’302.445.oo o la suma que determinen los peritos, por el mayor valor pagado por concepto de primas de las pólizas o garantías de cumplimiento, (iv) se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas, a la tasa prevista por el artículo 4º, numeral 8, de la Ley 80/93 y al pago de las costas del proceso y de las agencias en derecho (fl. 5, C. 1).

**2.- Hechos.-**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

**2.1.-** El 27 de septiembre de 1996, el consorcio Vial y la Secretaría de Obras Públicas (SOP) suscribieron el contrato de obra pública 1-439, mediante el cual el primero se obligó “…  *a ejecutar para LA SECRETARÍA por el sistema de precios unitarios la RECUPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE CRA 86 DE CLL. 73 A CLL. 74 A; CRA 92 DE CLL 80 A CLL 86; CLL 89 DE CRA 86 A CRA 90; CRA 91 DE CLL 90 A CLL 96; CRA 89ª DE CLL 89 A CLL 94; CLL 81 DE TRV.90 A CRA 94, de conformidad con la propuesta presentada…*” (fl. 2, C. 2).

**2.2.-** En la cláusula tercera del contrato, se fijó el valor del mismo en la suma de $1.604’928.806.oo y, en la cláusula sexta, se estipularon el plazo de ejecución en un total de 90 días contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación y la vigencia del contrato por un término igual al plazo de ejecución y un mes más.

**2.3.-** En la cláusula novena se estableció que el pago se haría una vez el contratista presentara los respectivos comprobantes de pago, soportados en las actas mensuales de obra aprobadas por el interventor, conforme a las cantidades ejecutadas. Igualmente, se estableció que se pagaría al contratista un anticipo del 50% del valor del contrato, una vez que éste quedara perfeccionado y se cumplieran los requisitos para su ejecución.

**2.4.-** El 20 de noviembre de 1996 se suscribió el acta de iniciación de las obras, en la cual quedó consignado que las cantidades de obra del diseño de los trabajos eran menores a las contratadas y, adicionalmente, que dos tramos no se ejecutarían debido a que, el primero, se encontraba en garantía de estabilidad por los contratistas anteriores y, el segundo, no estaba en el contrato y necesitaba un pronunciamiento al respecto que lo legalizara (fl. 220, C.2).

**2.5.-** El 23 de enero de 1997, las partes suscribieron el primer otrosí aclaratorio al contrato de obra 1-439, en el que incluyeron el tramo faltante –carrera 91 de calle 90 a calle 96-; posteriormente, el 17 de febrero de 1997, las partes suscribieron la primera prórroga del plazo de ejecución por 60 días.

**2.6.-** El 10 de diciembre de 1997, las partes, de común acuerdo, suscribieron el acta 11 de liquidación final del contrato de obra 1-439, en la cual el consorcio contratista se reservó el derecho de reclamar en juicio los derechos que, en su opinión, le fueron vulnerados por la SOP.

**3.- La actuación procesal**

Por auto del 11 de febrero de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó la notificación personal de la providencia al Alcalde Mayor de Bogotá y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fls. 36 y 37, C. 1).

Dentro del término de fijación en lista, el apoderado del Distrito Capital – SOP contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó otros y pidió la prueba de los demás (fls. 65, 66 C. 1).

**4.- La sentencia de primera instancia.-**

Mediante fallo del 17 de agosto de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, afirmó que la decisión de excluir la diagonal 88 A de las carreras 81 a 86 no fue adoptada mediante acto administrativo y, además, no fue objetada por el contratista, por lo cual dedujo que fue tácitamente aceptada.

Por otra parte, señaló que la exclusión de dicho tramo vial no se optó de forma caprichosa, pues éste se encontraba en perfectas condiciones de estabilidad y, de haber permitido la ejecución de obras sobre ese corredor se habría patrocinado un enriquecimiento sin causa a favor del contratista.

Asimismo, el Tribunal señaló que *“…en el expediente no obran las pólizas que hayan (sic) constituido la firma contratista a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (…) que permita determinar la existencia del fenómeno del sobreseguro (sic) es decir, que el valor de las primas pagado por las respectivas pólizas haya sido superior al valor real del interés asegurable. Además, en caso de haber lugar a reconocer alguna suma de dinero al contratista por este concepto, el reembolso estaría a cargo de la Compañía Aseguradora (que no fue demandada), y no de la SOP...”* (fl. 195 vto. C. Consejo).

**5.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fls. 198, 232 a 241, C. Consejo), con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia recurrida y, en su lugar, lograr que se acceda a las pretensiones de la demanda.

**6.- La actuación de segunda instancia.**

El recurso de apelación fue concedido por auto del 28 de septiembre de 2005 (fls. 200 a 201, C. Consejo) y admitido por esta Corporación mediante providencia del 30 de junio de 2006.

Por auto del 4 de agosto de 2006 (fl. 245, C. Consejo), se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

La parte demandante solicito revocar el fallo de primera instancia y, en consecuencia, despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

La parte demandada solicitó confirmar en su totalidad la sentencia recurrida y condenar en costas a la parte demandante.

El Ministerio Público guardó silencio.

**CONSIDERACIONES**

En el contrato 1-439 (fls. 1 al 10 C. 2), celebrado el 27 de septiembre de 1996, las partes incluyeron el siguiente pacto arbitral:

“…CLAUSULA VIGÉSIMA SEXTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- Las partes podrán acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de las controversias contractuales surgidas en desarrollo del presente contrato. Así mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato…” (fl. 8, C. 2).

No cabe duda de que las partes decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción del Estado las controversias que, de manera general, se suscitaran del contrato 1-439 del 27 de septiembre de 1996, para asignárselas a la justicia arbitral; no obstante, el Tribunal de primera instancia guardó silencio acerca de los efectos del pacto arbitral en la competencia para conocer del negocio en esta jurisdicción.

Recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación[[1]](#footnote-1) unificó su jurisprudencia en torno a la irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral, a la luz de las disposiciones del Decreto-ley 1818 de 1998, y concluyó que, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

La tesis que acogió la Sala en la providencia de unificación no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a su formación, de tal suerte que, para ello, debe haber también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es válido señalar que, por regla general, “*en derecho las cosas se deshacen como se hacen*”.

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o un 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 tal 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.

La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes[[2]](#footnote-2).

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

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

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

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho pacto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción.

En este caso, no hay razón para desconocer la eficacia de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima sexta del contrato 1-439; por consiguiente, todo lo actuado en este proceso resulta nulo.

Por lo anterior, la Sala estima que, en este caso, se configuran las causales de nulidad procesal contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., las cuales son insaneables, según lo dispuesto por el inciso final del artículo 144 ibídem, por cuanto, en virtud del pacto arbitral, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda, pues corresponde conocer de ellas a la justicia arbitral. Así, pues, la Sala declarará de oficio la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

Ahora bien, para evitar que se produzca una eventual vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y para impedir que las partes queden sin obtener decisión de fondo en relación con la controversia suscitada, la Sala acudirá a la solución prevista por la Corte Constitucional a través de la sentencia integradora C-662 de 2004 y, en tal virtud, ordenará enviar el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, fijará un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que la parte demandante solicite la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento tendiente a resolver las diferencias planteadas entre las partes en torno a las pretensiones de la demanda que dio inicio al presente proceso y dispondrá que, para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el Tribunal de Arbitramento tenga en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó el presente proceso, esto es, el 10 de diciembre de 1999 (ver nota de prestación personal visible a folio 33, vto, C. 1).

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

**R E S U E LVE**

**Primero.- DECLÁRASE** la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo.-** En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo.

**Tercero.-** Comuníquese esta decisión al Tribunal de origen, para lo que corresponda.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación del 18 de abril del 2013, exp. 17.859 [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871. [↑](#footnote-ref-2)