

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Se inhibe. Caso de Cámara de comercio que no tiene tribunal de arbitramento / EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN - Declara probada. Existencia de cláusula compromisoria / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Declara falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa / CLÁUSULA COMPROMISORIA - Falta de jurisdicción por clausula compromisoria / PACTO ARBITRAL - Su existencia en el contrato ocasiona la pérdida de la competencia del asunto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo / PACTO ARBITRAL - Vacío normativo con arbitro pactado por las partes, tribunal arbitral inexistente en el lugar o foro de designación, Cámara de Comercio del lugar o foro no cuenta con tribunal de arbitramento. Aplicación del Decreto 1818 de 1998: Ministerio de Justicia designará el tribunal de arbitramento que deberá conocer del caso / PACTO ARBITRAL - Supremacía de la autonomía de la voluntad de las partes. Interpretación del juez: Principio de autonomía de la voluntad de las partes / PACTO ARBITRAL - Centro de arbitraje competente: Domicilio del demandado, Decreto 1818 de 1998

Al estudiar el citado contrato, se lee en su cláusula vigésimo tercera la siguiente disposición: Vigésima Tercera: Cláusula compromisoria. Las divergencias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo, se solucionarán, si llegasen a fracasar los mecanismos antes estipulados, a través de un tribunal de arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Arauca, previa la presentación de la petición por parte de cualquiera de las partes contratantes, cuyos costos serán asumidos por igual tanto por el departamento por el contratista. El tribunal estará integrado de conformidad con la ley. Al analizar la anterior cláusula compromisoria, se observa que las partes decidieron voluntariamente sustraer del conocimiento de la jurisdicción administrativa las divergencias surgidas en desarrollo del contrato y de las obligaciones del mismo, para asignarlas a la justicia arbitral, lo cual se encuentra permitido en aplicación directa del artículo 116 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996. En otras palabras, las partes, conforme a la autonomía de su voluntad, en tanto el pacto arbitral es un contrato, declinaron la jurisdicción de los jueces permanentes y acordaron acudir a árbitros para que resuelvan todos los asuntos derivados de la ejecución negocial. Esta Corporación, en múltiples ocasiones, ha señalado los fundamentos de la cláusula compromisoria y las implicaciones someter una controversia a la justicia arbitral. (...). No obstante lo anterior, se observa que el pacto arbitral, de acuerdo lo indicado por el demandante y la certificación emitida por la Cámara de Comercio de Arauca y el Oficio de la Oficina Jurídica del Departamento de Arauca, hizo referencia a una institución arbitral inexistente, aspecto que deberá evaluar este Despacho para determinar si ello será suficiente para negar eficacia a la estipulación negocial y reconocer la competencia de la justicia administrativa (...). Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma. (...). Esta situación, sin duda alguna, es una patología, que necesariamente habrá de conducir a que se tenga por no pactada la institución administradora del arbitraje. Sin embargo, tal patología, en manera alguna, podrá conducir a negarle eficacia a la totalidad del pacto arbitral, pues es claro que las partes manifestaron su decisión inequívoca y directa de someterse a la justicia arbitral. (...) El yerro en la institución administradora no puede considerarse como una ausencia de voluntad de arbitrar, luego es dable concluir que esta inexactitud realmente se originó en una inadecuada revisión de

las instituciones habilitadas en Arauca para prestar esta situación (...). Ante el vacío respecto de la entidad administradora, se hace necesario, con el fin de garantizar la primacía de la voluntad de las partes, determinar el organismo que administrará el arbitraje, por lo que se tendrá como tal, de conformidad con lo reglado en el artículo 129.1 del decreto 1818 de 1998, norma vigente al momento de la suscripción del contrato, un centro de arbitraje del domicilio del demandado a quien el actor dirigirá la solicitud de convocatoria del tribunal. Si este la rechazase, conforme a la misma disposición, el Ministerio de Justicia y del Derecho indicará a qué centro le corresponderá resolver la controversia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTÍCULO 129 NUMERAL 1

PACTO COMPROMISORIO - Antecedentes internacionales: Casos de justicia internacional. Yerro en cláusula de pacto arbitral

En este caso deberá determinarse, a partir de una ponderación entre la voluntad y la indeterminación del pacto, si deberá salvaguardarse el sometimiento a la justicia arbitral o la restará eficacia y ordenará que la controversia sea conocida por la justicia contencioso administrativa. Cuando la voluntad de someter a arbitraje sea inequívoca y el yerro sea susceptible de ser suplido a partir de la redacción del pacto arbitral, deberá darse prevalencia a la estipulación contractual. Así se indicó en el Laudo *Laboratories Grossman vs Forest Laboratories* (...). Una situación como la anotada se configuró en el famoso caso *Société Asland c/ Société European Energy Corporation*, en el que las partes decidieron someterse su controversia a la Cámara de Comercio Oficial de París, institución inexistente. En este caso, la decisión del Tribunal de Gran Instancia de París fue considerar que las partes habían hecho referencia a la Cámara de Comercio Internacional, en tanto debería privilegiarse la voluntad y era fácil determinar que deseaban someterse a un tribunal constituido al amparo de la Cámara de Comercio más importante de París. Otro tanto se encuentra en la decisión de la Suprema Corte de Hong Kong de 1993, en el caso de *Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited vs Ng Moo Kee Engineering Limited*, pues las partes hicieron referencia simplemente a un tercer país, sin indicar la entidad administradora o el país, frente a lo cual se decidió darle validez al pacto, a partir de la decisión inequívoca de arbitrar, integrando la cláusula con la información recaba dentro del proceso

CLÁUSULA PATOLÓGICA - Yerro en la determinación del árbitro, centro de arbitramento. Institución arbitral inexistente, juez arbitral, centro de arbitramento, tribunal arbitral inexistente

No obstante lo anterior, se observa que el pacto arbitral, de acuerdo lo indicado por el demandante y la certificación emitida por la Cámara de Comercio de Arauca y el Oficio de la Oficina Jurídica del Departamento de Arauca, hizo referencia a una institución arbitral inexistente, aspecto que deberá evaluar este Despacho para determinar si ello será suficiente para negar eficacia a la estipulación negocial y reconocer la competencia de la justicia administrativa. Al respecto esta Corporación indicó (...). Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma. Constituye una patología del pacto arbitral la designación de una institución administradora inexistente, pues ello impediría determinar el centro de arbitraje que adelantará las labores administrativas vinculadas al proceso. En este caso deberá determinarse, a partir de una ponderación entre la voluntad y la indeterminación del pacto, si deberá

salvaguardarse el sometimiento a la justicia arbitral o la restará eficacia y ordenará que la controversia sea conocida por la justicia contencioso administrativa. Cuando la voluntad de someter a arbitraje sea inequívoca y el yerro sea susceptible de ser suplido a partir de la redacción del pacto arbitral, deberá darse prevalencia a la estipulación contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / LEY 270 DE 1996 / DECRETO 1818 - ARTÍCULO 129 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

PACTO ARBITRAL - Aplicación del principio de autonomía de las partes. El juez debe observar la intención de las partes al momento de suscribir el pacto arbitral / PACTO ARBITRAL - Vacío normativo. Excepción legal: juez puede interpretar la intención de las partes con normatividad vigente / CLÁUSULA COMPROMISORIA - Vacío normativo. Excepción legal: juez puede interpretar la intención de las partes con normatividad vigente

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la voluntad es la base del arbitraje, pues sólo la intención de los contratantes podrá determinar aspectos claves del convenio arbitral, como es el sometimiento a la justicia arbitral, la declinación de la justicia estatal, el procedimiento al cual se sujetará los árbitros, la forma de designación y calidades de los árbitros, la institución administradora del arbitraje cuando es institucional, el tipo de arbitraje; y los conflictos o controversias que podrán ser conocidas por los árbitros. Excepcionalmente la ley podrá llenar los vacíos del pacto arbitral, siempre que de forma inequívoca pueda concluirse que las partes desean someterse a la justicia arbitral, pues de lo contrario deberá darse prevalencia a la justicia estatal. Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 07001-23-31-000-2003-00018-01(28507)

Actor: HERNANDO DE JESUS RESTREPO

Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida, el día 25 de junio de 2004, por el Tribunal Administrativo de Arauca mediante la cual esa Corporación resolvió:

Declarar probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el Departamento de Arauca y, en consecuencia, inhibirse para conocer de la presente controversia contractual instaurada por Hernando de Jesús Restrepo Ariza en contra del Departamento de Arauca.

SÍNTESIS DEL CASO

La gobernación del departamento de Arauca y el señor Hernando de Jesús Restrepo suscribieron el contrato de obra No. 0582 de 2000 cuyo objeto era el mejoramiento y dotación de la estación piscícola de la granja el refugio. En el citado contrato las partes estipularon una clausula compromisoria en la que se señaló que las divergencias surgidas con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo se solucionarían a través de un tribunal de arbitramento constituido por la Cámara de Comercio de Arauca. Sin embargo, la Cámara de Comercio de Arauca, en documento allegado en el trámite de la segunda instancia, certificó que ella no ha conformado Tribunal de Arbitramento alguno para dirimir conflictos entre el Estado y los particulares y que esta entidad *“ha venido prestando los servicios de Centro de Conciliación”*.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El día 18 de diciembre de 2002, el señor Hernando de Jesús Restrepo Ariza presentó, a través de apoderado, demanda de controversias contractuales en contra del departamento de Arauca con el fin de que esta entidad fuese condenada a pagar los perjuicios que provocó al contratista con ocasión del incumplimiento del contrato de obra pública número 0582 del 19 de diciembre de 2000.

1.1. Hechos

Los hechos expuestos por la actora se resumen así:

1. El Señor Hernando Restrepo y la Gobernación de Bolívar suscribieron el contrato de obra pública No. 582 del 19 de noviembre de 2000 con el siguiente objeto: mejoramiento y dotación de la estación piscícola de la granja el Refugio, ubicada en el municipio de Arauca. El contrato se firmó por un valor de \$144.990.189 y su plazo de ejecución era 120 días.

2. En la cláusula 5 del contrato se acordó que el departamento pagaría al contratista, como anticipo, el 50% del valor del contrato. A pesar de que el contratista *“cumplió con todas las exigencias y formalismos para poder ejecutar el contrato en mención”*, el contratante se ha negado a pagar el citado anticipo, situación que ha generado un desequilibrio económico en perjuicio del contratista y que debe ser restablecido.

3. Fue el departamento de Arauca quién elaboró los estudios que determinaron la necesidad del contrato y el contratista actuó de buena fe en la suscripción del contrato. Así, no existe ninguna justificación para la demora en el pago *“adeudado contractualmente”* y para la negativa del demandado a cumplir con el pago del anticipo, petición que en múltiples ocasiones le ha elevado el contratista.

1.1. Pretensiones

Con base en los anteriores hechos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

1. Que se declare el incumplimiento del contrato estatal de obra pública No. 0582 del 19 de diciembre de 2000, por causa imputable exclusivamente al Departamento de Arauca, al no querer cancelar las sumas de dinero que contractualmente se le debían cancelar al contratista, correspondientes al anticipo pactado en ese acuerdo contractual.

2. Que se orden cancelar al contratista el valor debidamente actualizado (sic) del anticipo pactado en ese contrato estatal de obra pública, de acuerdo con las fórmulas otorgadas por la ley de contratación estatal.

3. que en el caso en que no se acepte la anterior petición, se ordene entonces cancelar la suma de dinero que le hubiera correspondido normalmente al contratista como si este hubiese ejecutado y desarrollado el objeto contractual pactado de mutuo acuerdo, cantidad de dinero esta que deberá ser actualizada conforme a los cánones legales.

4. Que se condene al departamento de Arauca al pago de las costas y agencias en derecho que surjan de este proceso.

5. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos previstos en el artículo 176 y siguientes del CCA y se ordene cancelar (sic) los intereses señalados para después del término de ejecutoria de la misma.

Bajo el acápite de fundamentos de derecho, el actor esgrimió el desconocimiento de la buena fe contractual, de los deberes que le asisten a la administración relacionados con el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y con la satisfacción de los intereses generales (folios 7 a 9 cuaderno primera instancia).

La demanda fue admitida en providencia del 18 de febrero de 2003 (folios 108 y 109 del cuaderno principal)

1.3. Contestación de la demanda

El departamento de Arauca presentó contestación a la demanda el día 07 de abril de 2003 (folios 114 a 117 cuaderno primera instancia).

Después de aceptar unos hechos, aceptar parcialmente otros y señalar que los demás no lo eran, se opuso a las pretensiones de la demanda (folios 114 y 115 cuaderno principal).

Fundó su defensa en los siguientes argumentos: i) la obra contratada no fue ejecutada pues ella “era altamente inconveniente por razones técnicas y económicas para los intereses del departamento de Arauca” (la inexistencia de la infraestructura adecuada para la administración del proyecto, la falta de capacidad del departamento para correr con los gastos de administración de la estación una vez rehabilitada por la obra, la imposibilidad de garantizar el suministro de agua para la infraestructura rehabilitada, y la falta de recursos para la puesta en marcha de un proyecto verdaderamente rentable en el tiempo); ii) “*las partes contratantes de manera expresa pactaron la cláusula compromisoria*” lo que conlleva “*a que la jurisdicción competente para conocer de la causa sea la arbitral y no la contencioso – administrativa*” y iii) en caso de acoger las pretensiones de la demanda, debe aplicarse criterios de equidad para el cálculo de la condena pues el contratista no ejecutó la obra.

Propuso como excepciones de mérito las “razones técnicas y de conveniencia para inejecutar el contrato” y, nuevamente, la falta de jurisdicción pues las partes

acordaron incluir en el contrato una cláusula compromisoria (citó de manera errada el número del contrato pero indicó correctamente que ella se encontraba en la cláusula 23).

1.4. Alegatos de conclusión

En providencia del 10 de octubre de 2003 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio público con el fin de alegar de conclusión quienes, vencido el anterior término, presentaron sus consideraciones.

La parte actora señaló que i) se encontraba acreditado el incumplimiento del departamento en el pago del anticipo; ii) la demandada, al oponerse a la viabilidad del proyecto, violó el principio de planeación contractual, iii) no debía prosperar la excepción de falta de jurisdicción puesto que la cláusula compromisoria “*era aplicable, siempre y cuando se desarrollara el objeto del contrato, cosa que no ha ocurrido porque ni siquiera se ha percibido el anticipo planteado contractualmente*” (folio 204 cuaderno primera instancia) y iii) persiste la vigencia de las obligaciones del departamento, como es la de realizar el pago.

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda e insistió sobre las excepciones propuestas (folios 207 y 208 cuaderno principal).

El Ministerio Público solicitó que fuese tenida como probada la excepción de falta de jurisdicción en virtud de que las partes habían pactado la cláusula compromisoria.

Igualmente, expresó que, en caso de que la jurisdicción no encontrase probada esta excepción, debían negarse las suplicas de la demanda en cuanto el contrato no nació a la vida jurídica y, si nació, este “*está afectado de vicios invalidantes*” pues no fue suscrito por el representante legal de la entidad demandada (folios 212 a 218).

1.5. La sentencia apelada

El tribunal Administrativo de Arauca, en sentencia del 25 de junio de 2004, se declaró inhibida para conocer del fondo del asunto al encontrar probada la

excepción de falta de jurisdicción propuesta por la entidad demandada (folios 220 a 229 cuaderno principal).

Fundamentó su decisión en que se acreditó que en el contrato 582 de 2000 las partes habían pactado la cláusula compromisoria, lo que impide a la jurisdicción administrativa asumir el conocimiento del *sublite*. Así, el Tribunal *aquo* expresó:

Es claro entonces que habiéndose pactado la cláusula compromisoria, esta jurisdicción está impedida para el conocimiento de la controversia, razón por la cual la excepción denominada falta de jurisdicción habrá de ser declarada.

1.6. El recurso de apelación

El día 07 de septiembre de 2004 (folios 240 a 245 cuaderno principal) la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia del *aquo*, el cual fue admitido en providencia del 11 de febrero de 2005 (folio 205 cuaderno principal).

La actora, inconforme con la sentencia del fallador de instancia, solicitó fuese revocado el fallo inhibitorio y, en su lugar fuese dictada una providencia *“que en verdad se ajuste a la realidad de los hechos y antecedentes que han originado esta demanda”*.

Fundamentó su petición en las siguientes consideraciones: i) la entidad demandada incumplió lo pactado contractualmente, hecho que el *aquo* *“interpretó en forma equivocada, lo que a la postre se evidenció en la denegación de las pretensiones de la demanda”*; ii) así, el *aquo* no tuvo en cuenta *“otros aspectos de suma importancia aparecidos dentro del desarrollo del proceso, lo que torna esa sentencia en incongruente por no estar en consonancia con los hechos y pretensiones contenidas en al (sic) demanda”*; iii) el concepto del ministerio público se equivocó al afirmar que el contrato no nació a la vida jurídica o que era inválido -además de que esta última situación no fue discutida dentro del proceso- y iv) la excepción propuesta no tenía aplicación *“ya que en los momentos previos a la presentación de la demanda, el departamento nunca mostró un ánimo de arreglar en forma directa la controversia”* y porque *“en la cámara de Comercio de Arauca, nunca se ha creado un tribunal de arbitramento conforme lo demuestro con*

documento suscrito por el Director Ejecutivo de la misma” (folios 240 a 244 cuaderno principal).

Finalmente, en un acápite de pruebas, el actor aportó certificación de la Cámara de comercio de Arauca y solicitó fuesen decretadas las pruebas solicitadas en la demanda y que el Departamento de Arauca no aportó.

Días después, el actor adicionó el recurso de apelación aportando un oficio del jefe de la oficina jurídica del departamento de Arauca, de fecha 8 de septiembre de 2004 donde este manifiesta, entre otras consideraciones:

En cuanto a su requerimiento de darle aplicación a la cláusula compromisoria, establecida en la cláusula décimo segunda del contrato, ante la falta de existencia de un tribunal de arbitramento en esta ciudad, aquella clausula se entenderá por inexistente (folio 249 cuaderno principal).

1.7. Alegatos de conclusión segunda instancia

Después de decretar las pruebas solicitadas, las aportadas en el recurso de apelación y su adición y de tenerlas como tales, en providencia del 27 de febrero de 2006 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (folio 296 cuaderno principal). Vencido este, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 297 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales. En el evento de que estos se encuentren acreditados, se analizará el fondo de la controversia.

Presupuestos procesales: se encuentra acreditada la falta de jurisdicción y competencia

Al analizar el contrato 582 del 19 de diciembre de 2000, que el actor alega haber sido incumplido por la Gobernación de Arauca, la Sala no puede llegar a una conclusión distinta de la expuesta por el Tribunal *aquo* y debe declarar probada la excepción alegada por la accionada relativa a la falta de jurisdicción de la justicia

contencioso administrativa para resolver la controversia que hoy se pone a consideración de esta Corporación.

Al estudiar el citado contrato, se lee en su cláusula vigésimo tercera la siguiente disposición:

Vigésima Tercera: Cláusula compromisoria. Las divergencias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo, se solucionarán, si llegasen a fracasar los mecanismos antes estipulados, a través de un tribunal de arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Arauca, previa la presentación de la petición por parte de cualquiera de las partes contratantes, cuyos costos serán asumidos por igual tanto por el departamento por el contratista. El tribunal estará integrado de conformidad con la ley.

Al analizar la anterior cláusula compromisoria, se observa que las partes decidieron voluntariamente sustraer del conocimiento de la jurisdicción administrativa las divergencias surgidas en desarrollo del contrato y de las obligaciones del mismo, para asignarlas a la justicia arbitral, lo cual se encuentra permitido en aplicación directa del artículo 116 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996.

En otras palabras, las partes, conforme a la autonomía de su voluntad, en tanto el pacto arbitral es un contrato, declinaron la jurisdicción de los jueces permanentes y acordaron acudir a árbitros para que resuelvan todos los asuntos derivados de la ejecución negocial. Esta Corporación, en múltiples ocasiones, ha señalado los fundamentos de la cláusula compromisoria y las implicaciones someter una controversia a la justicia arbitral. Por ejemplo, esta Subsección ha señalado:

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

En rigor las partes declinaron voluntariamente a la jurisdicción propia de las controversias contractuales del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.N., que faculta radicar dicha solución de conflictos en la jurisdicción arbitral. De donde, en virtud de tal

determinación, la *litis* escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado¹.

Ahora bien, la controversia que fue sometida a conocimiento de esta jurisdicción se encuentra dentro de las materias arbitrables y corresponde a un derecho de libre disposición, en tanto se trata del incumplimiento de una de las obligaciones del contrato, como es el no pago del anticipo por parte del departamento de Arauca, y este aspecto que es netamente económico y susceptible de ser renunciado por los interesados, por lo que encaja dentro del campo de aplicación del pacto arbitral contenido en el contrato 582 de 2000 el cual expresamente consagra que los árbitros tendrán competencia para conocer de las “*Las divergencias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo*”, lo que sería suficiente para que este Despacho declarara probada la falta de jurisdicción.

No obstante lo anterior, se observa que el pacto arbitral, de acuerdo lo indicado por el demandante y la certificación emitida por la Cámara de Comercio de Arauca y el Oficio de la Oficina Jurídica del Departamento de Arauca, hizo referencia a una institución arbitral inexistente, aspecto que deberá evaluar este Despacho para determinar si ello será suficiente para negar eficacia a la estipulación negocial y reconocer la competencia de la justicia administrativa. Al respecto esta Corporación indicó:

...la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del 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...²

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la voluntad es la base del arbitraje, pues sólo la intención de los contratantes podrá determinar aspectos claves del convenio arbitral, como es el sometimiento a la justicia arbitral, la declinación de la justicia estatal, el procedimiento al cual se sujetará los árbitros, la forma de designación y calidades de los árbitros, la institución administradora del arbitraje cuando es institucional, el tipo de arbitraje; y los conflictos o controversias que podrán ser conocidas por los árbitros.

¹ Consejo de Estado, sección tercera, subsección B, Exp. 33007. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo

² Consejo de Estado, sección tercera, Exp. 01054-01. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Excepcionalmente la ley podrá llenar los vacíos del pacto arbitral, siempre que de forma inequívoca pueda concluirse que las partes desean someterse a la justicia arbitral, pues de lo contrario deberá darse prevalencia a la justicia estatal.

Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma.

Constituye una patología del pacto arbitral la designación de una institución administradora inexistente, pues ello impediría determinar el centro de arbitraje que adelantará las labores administrativas vinculadas al proceso³.

En este caso deberá determinarse, a partir de una ponderación entre la voluntad y la indeterminación del pacto, si deberá salvaguardarse el sometimiento a la justicia arbitral o la restará eficacia y ordenará que la controversia sea conocida por la justicia contencioso administrativa. Cuando la voluntad de someter a arbitraje sea inequívoca y el yerro sea susceptible de ser suplido a partir de la redacción del pacto arbitral, deberá darse prevalencia a la estipulación contractual. Así se indicó en el Laudo Laboratories Grossman vs Forest Laboratories⁴:

... si el propósito dominante del acuerdo era resolver las controversias mediante arbitraje , en lugar de la instrumentalidad a través del cual el arbitraje debe efectuarse (...) En tal caso, no habiendo organización viable nombrada en el acuerdo por el que el arbitraje pudiese tener lugar, la Corte podrá dirigir el arbitraje ante dicho tribunal , ya que ella puede determinar cual sería el más adecuado a las circunstancias⁵ ..

Una situación como la anotada se configuró en el famoso caso Société Asland c/ Société European Energy Corporation, en el que las partes decidieron someterse su controversia a la Cámara de Comercio Oficial de Paris, institución inexistente.

³ Cfr. DAVIS, Benjamin G., *Pathological Clauses: Frederic Eisemann's Still Vital Criteria*, 7 Arb. Int'l 365, 1991.

⁴ Laboratories Grossman v Forest Laboratories default 295 New York Supp 2nd series 756 applied, citado en Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited vs Ng Moo Kee Engineering Limited. <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/Lucky-Goldstar-International-HK-Limited-v-Ng-Moo-Kee-Engineering-Limited-HCA94-of-1993.pdf> consultado el día 20 de noviembre de 2015.

⁵ ...whether the dominant purpose of the agreement was to settle disputes by arbitration, rather than the instrumentality through which arbitration should be effected In such event, there being no viable organization named in the agreement through which arbitration may be had, the court may direct arbitration before such tribunal as it may determine would be the most appropriate in the circumstances...

En este caso, la decisión del Tribunal de Gran Instancia de París fue considerar que las partes habían hecho referencia a la Cámara de Comercio Internacional, en tanto debería privilegiarse la voluntad y era fácil determinar que deseaban someterse a un tribunal constituido al amparo de la Cámara de Comercio más importante de París.

Otro tanto se encuentra en la decisión de la Suprema Corte de Hong Kong de 1993, en el caso de Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited vs Ng Moo Kee Engineering Limited⁶, pues las partes hicieron referencia simplemente a un tercer país, sin indicar la entidad administradora o el país, frente a lo cual se decidió darle validez al pacto, a partir de la decisión inequívoca de arbitrar, integrando la cláusula con la información recaba dentro del proceso.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que el pacto arbitral suscrito entre el señor Hernando de Jesús Restrepo y el departamento de Arauca en la cláusula 23 del citado contrato de obra, carece de precisión respecto a la entidad administradora del arbitraje, amén que las partes hicieron referencia a “un tribunal de arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Arauca” institución que, según certificación anexa por la actora, no existe o no presta los servicios de arbitramento. Esta situación, sin duda alguna, es una patología, que necesariamente habrá de conducir a que se tenga por no pactada la institución administradora del arbitraje. Sin embargo, tal patología, en manera alguna, podrá conducir a negarle eficacia a la totalidad del pacto arbitral, pues es claro que las partes manifestaron su decisión inequívoca y directa de someterse a la justicia arbitral, pues en la cláusula 23 del contrato, se reitera, aparece con claridad que *“las divergencias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo, se solucionarán, si llegasen a fracasar los mecanismos antes estipulados, a través de un tribunal de arbitramento(...)”*. Sin duda, esta declaración se traduce en una declinación de la justicia estatal.

El yerro en la institución administradora no puede considerarse como una ausencia de voluntad de arbitrar, luego es dable concluir que esta inexactitud realmente se originó en una inadecuada revisión de las instituciones habilitadas en Arauca para prestar esta situación.

⁶ <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/Lucky-Goldstar-International-HK-Limited-v-Ng-Moo-Kee-Engineering-Limited-HCA94-of-1993.pdf>, consultado el día 20 de noviembre de 2015.

Por lo anterior, la Sala deberá declarar sin efectos expresión “*constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Arauca*”, en tanto hace referencia a una institución arbitral inexistente.

Ante el vacío respecto de la entidad administradora, se hace necesario, con el fin de garantizar la primacía de la voluntad de las partes, determinar el organismo que administrará el arbitraje, por lo que se tendrá como tal, de conformidad con lo reglado en el artículo 129.1 del decreto 1818 de 1998, norma vigente al momento de la suscripción del contrato, un centro de arbitraje del domicilio del demandado a quien el actor dirigirá la solicitud de convocatoria del tribunal. Si este la rechazase, conforme a la misma disposición, el Ministerio de Justicia y del Derecho indicará a qué centro le corresponderá resolver la controversia. En efecto, se lee en la citada norma.

Artículo 129. Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y **a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte**, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. **Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde** (negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, la Sala confirmará la providencia apelada pero la modificará en el sentido de ordenar a las partes proceder a la constitución del tribunal de arbitramento conforme a lo dispuesto en esta providencia y en observancia de lo dispuesto en la sentencia C-662 de 2004 de la Corte Constitucional. Debe la Sala aclarar que sigue interrumpida la prescripción mientras se convoca el citado tribunal de conformidad con la parte resolutive de la presente providencia.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia apelada la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el Departamento de Arauca y, en consecuencia, inhibirse para conocer de la presente controversia contractual instaurada por HERNANDO DE JESÚS RESTREPO ARIZA en contra del Departamento de Arauca.

SEGUNDO: En firme esta providencia, las partes cuentan con un plazo de 45 días hábiles para que inicien el trámite de integración del Tribunal de Arbitramento de conformidad con lo prescrito en el artículo 129.1 del decreto 1818 de 1998. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, es decir el 18 de diciembre de 2002.

TERCERO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado