CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 470012331000201000002 01 (41.578)

Actor: Gestión y Consultora Limitada “Geycon Ltda”

Demandados: Distrito de Santa Marta y otros.

Asunto: Acción Contractual (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 18 de mayo de 2011¹ proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que resolvió:

“(...) 1o.- Declárese probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

2º. Denieganse (sic) todas las pretensiones de la demanda

(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 18 de diciembre de 2009²⁻³⁻⁴, **Gestión y Consultoría Limitada** - “Geycon Ltda” por intermedio de su representante legal y a través de apoderado judicial⁵,

¹ Fls.493-510 C.P

² Fls.5-16 C.1

³ Vale la pena señalar, que previo a la presentación de la demanda, el día 7 de julio de 2009 se celebró audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial No. 43 – Asuntos Administrativos de Santa Marta, solicitada mediante escrito presentado ante dicha Entidad el 13 de abril de 2009 por Geycom Ltda., y la cual fue declarada fallida por falta de animo conciliatorio del Distrito de Santa Marta. (Fls.17 C.1)

⁴ Mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2010, la parte actora corrigió las pretensiones y los hechos de la demanda. (Fls.58-78 C.1)

⁵ Fls.1 y 48-50 C.1.

presentó demanda contra el **Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta**, hoy "**Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en liquidación del Distrito de Santa Marta**" y el **Distrito de Santa Marta** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare que el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, hoy "**Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación**" del Distrito de Santa Marta, incumplió el contrato de prestación de servicios suscrito el 6 de octubre de 2005 celebrado con Gestión y Consultoría Limitada - "Geycon Ltda".

2.- Que se declare administrativa y solidariamente responsable al Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta hoy "**Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta**" y al Distrito de Santa Marta de los perjuicios materiales causados a ella, con ocasión del incumplimiento del contrato de prestación de servicios ya mencionado.

3.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta hoy "**Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta**" y al Distrito de Santa Marta a pagar a favor de Gestión y Consultoría Limitada "**Geycon Ltda**" a título de perjuicios materiales, las siguientes sumas de dinero:

3.1.- Por concepto de cumplimiento del contrato en cuanto a las cuotas pensionales adeudadas por Cajanal, Lotería del Libertador, Gobernación del Cesar y Gobernación de Arauca, la suma de \$911.321.148.96.

3.2.- Por concepto de cumplimiento del objeto del contrato en cuanto a las cuotas pensionales adeudadas por el Municipio de Ciénaga, el Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Distrito de Barranquilla, Municipio de San Pelayo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el equivalente a \$382.276.538.92

3.3.- Por concepto de honorarios, derivados del cumplimiento del objeto del contrato en cuanto a las cuotas pensionales adeudadas por el Departamento del Magdalena, la suma de \$2.095.534.635.12

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así⁶:

El día 6 de octubre de 2005 Gestión y Consultoría Limitada - “Geycon Ltda” suscribió con el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, hoy “Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta”, un contrato de Prestación de Servicios cuyo objeto era la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del contratante por concepto de cuotas partes pensionales.

Sin embargo, manifestó la parte demandante que durante ejecución del contrato, se presentaron los siguientes hechos generadores de incumplimiento, por parte del Fondo Pensional de Santa Marta hoy “Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta”:

(I) La entidad demandada dejó de realizar las actividades que le correspondía desarrollar, según lo estipulado en el contrato, tendientes a la recuperación de cartera que adeudaba Cajanal, la Lotería del Libertador, las Gobernaciones del Cesar y Arauca, los Municipios de Ciénaga y San Pelayo, los Ministerio de Educación y Hacienda y el Distrito de Barranquilla, lo cual generó que Gestión y Consultoría Limitada - “Geycon Ltda”, dejará de percibir por concepto de honorarios la suma de \$1.401.587.687.88.

(II) Dentro del proceso coactivo iniciado en contra el Departamento de Magdalena, la sociedad demandante decretó el embargo de varias cuentas de dicha entidad territorial, por valor de \$12.153.565.421; sin embargo, la entidad demandada mediante acuerdo de 5 de diciembre de 2007, determinó el levantamiento de dicha medida cautelar, lo que le imposibilitó a Gestión y

⁶ Fls.8-11 C.1

Consultoría Limitada - “Geycon Ltda”, el cobro del valor del diagnóstico y de honorarios.

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda⁷⁻⁸ y notificado el Distrito de Santa Marta⁹ y el Fondo Cuenta Especial Descentralizada en Liquidación del Distrito de Santa Marta¹⁰, el asunto se fijó en lista.

3.2.- El Distrito de Santa Marta contestó la demanda¹¹, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones por cuanto consideró que:

“(...) Se incluyó en la cláusula primera de que trata el objeto contractual, proyectar y elaborar todos los documentos necesarios dentro del respectivo proceso coactivo en primera y segunda instancia, tales como Resoluciones de cobro, notificaciones, agotamiento de la vía gubernativa, mandamiento de pago, medidas cautelares, autos resolviendo excepciones y recursos en general, todos y cada uno de los documentos, oficios y actos que deben expedidos y suscritos por el juez y demás funcionarios del Juzgado de Jurisdicción Coactiva, por lo que la parte demandante ante esa obligación debe demostrar que cumplió con esa y todas las demás exigencias contractuales”.

De igual forma, el ente demandado propuso como excepciones: (i) la inexistencia de la obligación; (ii) cosa juzgada; (iii) transacción; y (iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el ente contratante fue el Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta.

Por su parte el Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta guardó silencio.

⁷ Fls.53 C. 1.

⁸ Mediante auto calendaro 30 de abril de 2010, el A quo admitió la corrección hecha a la demanda. (Fls.80 C.1)

⁹ Fl. 83 C.1

¹⁰ Fls.84 C.1

¹¹ Fls.87-89 C.1

3.3.- Una vez decretadas¹² y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹³, oportunidad que fue aprovechada por aquellas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, el 18 de mayo de 2011 el Tribunal Administrativo de Magdalena negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* manifestó que:

(I) Con relación a la existencia en el caso concreto de la cláusula compromisoria y los efectos de dicha estipulación frente a la competencia de la jurisdicción para conocer del *sub lite*, el Tribunal de Primera Instancia consideró:

“(...) Advierte la colegiatura que en contrato de prestación de servicios profesionales suscritos entre las partes el día 6 de octubre de 2005 se estableció en la cláusula compromisoria, donde se indica que de que de presentarse diferencia respecto a la interpretación, desarrollo y ejecución del contrato las diferencias se resolverían de manera directa y si pasados 10 días sin arreglo alguno, se corcovaría (sic) a un Tribunal de Arbitramento. Lo anterior, podría eventualmente, enervar la competencia de esta Corporación para conocer de este proceso, sin embargo, ello no es así por las razones que pasarán a verse a continuación:

Al respecto es oportuno acotar que la cláusula compromisoria tiene su génesis jurídica en el contrato – el contrato es ley para las partes – y tiene como fin último evitar posibles litigios entre las partes contratantes, es así que dicha cláusula debe pactarse previo al surgimiento del conflicto.

Frente a este interrogante, el Honorable Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia ha señalado que cuando las partes intervinientes del contrato acuden ante la jurisdicción contenciosa administrativa de manera directa obviando la cláusula compromisoria pactada, se presenta renuncia tacita a dicho acuerdo, y opera para la parte demandante, cuando acude ante el juez y para la demandada cuando guarda silencio y no alega la excepción de clausula compromisoria.

¹² Fls.136 C.1

¹³ Fl.479 C.1

En el caso materia de estudio, observa la Sala que ha operado la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, por cuanto la parte demandante “Geycon” acudió ante este cuerpo colegiado quien es el competente para conocer de las controversias contractuales donde intervenga una entidad pública y las entidades demandadas (sic) no propusieron como excepción la existencia de la precitada cláusula”.

(II) No se encuentra demostrado el cumplimiento por parte de la Sociedad Gestión y Consultora Limitada “Geycom Ltda” de sus deberes contractuales respecto al cobro y recaudo de las cuotas pensionales debidas por Cajanal, la Lotería del Libertador, las Gobernaciones del Cesar, Cauca y Magdalena, los Municipios de Ciénaga y San Pelayo, Los Ministerio de Salud, Educación y de Hacienda y Crédito Público y el Distrito de Barranquilla.

De igual forma, adujo que la sociedad demandante tampoco demostró que con su gestión se logró el recaudo de los dineros que por concepto de cuotas pensionales adeudaban las personas públicas relacionadas.

(III) Se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Distrito de Santa Marta, toda vez que la actuación de dicho ente territorial dentro de las negociaciones que dieron lugar al levantamiento de las medidas cautelares en contra del Departamento del Magdalena, fue en calidad de miembro de la Junta Directiva del Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito y no en representación del ente territorial.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 28 de junio de 2011 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación¹⁴ en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, en consideración a que:

¹⁴ Fls.511-522 C.P

1.- En cuanto al incumplimiento de las obligaciones a cargo del ente demandado, en relación con el cobro coactivo de los pasivos que adeuda el Departamento del Magdalena, adjúo:

“(...) Habiéndose asegurando el recaudo de la obligación adeudada por el Departamento del Magdalena, éste se frustró por la negligente actitud del Fondo Cuenta Especial y el Distrito de Santa Marta, incumpléndose con ello el contrato de prestación de servicios que celebró con Geycon Ltda; pretensión que sólo es viable por la vía escogida, la acción contractual. Si no hubiere ocurrido el desembargo de los dineros mencionados, pertinente era la ejecutiva que se utilizó y que acredita el material probatorio agregado al expediente como prueba trasladada.

Las partes no sólo se obligan a cumplir lo pactado en el contrato de prestación de servicios sino a lo que, sobre el mismo objeto, determine la ley.

Cumplidas todas las gestiones que eran del resorte de Geycon Ltda., las cuales se encuentran debidamente acreditadas en el plenario y resaltadas precedentemente en este escrito, el no recaudo de las sumas mencionadas es producto de un acto incomprensible, exclusivo y voluntario de la demandada; causa por la que se frustró el ingreso de aquella cantidad a las arcas del Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación de Santa Marta”.

2.- Con relación a la solidaridad del Distrito de Santa Marta, la sociedad demandante consideró que:

“Se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con la solicitud de la declaratoria de solidaridad deprecada contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, con el argumento de que el Alcalde Distrital suscribió el acuerdo con el Departamento de Magdalena para lograr el desembargo de la suma capturada, por ser integrante de la Junta Directiva del Fondo Cuenta Especial; Pasa el Honorable Tribunal que fue precisamente la condición de mandatario seccional la que impuso la injustificada decisión. Además, el Tribunal no estimó o valoró la fuerza probatoria que para esta pretensión tiene la prueba trasladada del Juzgado Primero Administrativo de esta ciudad; sobre todo, porque en el acuerdo de pago o transacción para la terminación del mismo, intervino activa y determinadamente la administración distrital”.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo el 13 de enero de 2012¹⁵ y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar la decisión que adelante se expone: (1) La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral. El pacto arbitral (2) Las excepciones a la justicia arbitral. (3) Renuncia al pacto arbitral - a la Cláusula Compromisoria. (4) Análisis del caso concreto.

1. La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral. El pacto arbitral¹⁶.

En el derecho administrativo colombiano las controversias surgidas de las relaciones contractuales del Estado no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contenciosa administrativa. Precisamente, con el ánimo de garantizar a los asociados, la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negócias del Estado, y con el propósito de obtener, la seguridad jurídica necesaria para mantener la suficiente fluidez en el tráfico jurídico y la confiabilidad indispensable en las instituciones, se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestra legislación¹⁷, pero sobre todo acentuado, con la

¹⁵ Fls.541 C.P

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia de 13 de febrero de 2003, Exp. 24.612, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con cita de "El control de constitucionalidad y legalidad de la actividad de la administración: Aproximación a la justicia contenciosa administrativa en Colombia. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Universidad Externado de Colombia".

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Febrero 26 de 1998. C.p Daniel Suarez Hernández Exp No 11477. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. " La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que Laubadere define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2º del Código Judicial de 1.931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2ª de 1.938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento

entrada en vigencia de la constitución política¹⁸ de 1991, un complejo sistema de justicia alternativa, que en materia de litigios contractuales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes, con ocasión de la actividad contractual y, de la utilización de ser del caso, de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, amigable composición, transacción y cualquiera otra de los previstas en la ley¹⁹, sin que de manera alguna puedan ser estos mecanismos, objeto de restricciones o limitaciones por la administración o por cualquier interesado, prohibiéndose de manera expresa por el ordenamiento actitudes de esta naturaleza²⁰.

En este contexto, se destaca por su utilidad, necesidad y procedencia la figura

Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1.970) y de Comercio (Decreto 410 de 1.971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica. " Mediante una de estas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4ª de 1.964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: "Artículo 13.- Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la ley 2ª. de 1.938, las diferencias que se presenten con los contratistas. "Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos administrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2ª de 1.938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial. " Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1.976 y en el 76 del Decreto 222 de 1.983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será "en la forma prevista en el Código de Comercio", y en ambos se ordena que "el fallo será siempre en derecho".

¹⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 116 "... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad, en los términos que determine la ley."

¹⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 68º.- De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Parágrafo.- Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

²⁰ Ley 80 de 1993. Artículo 69º.- De La Improcedencia De Prohibir La Utilización De Los Mecanismos De Solución Directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

del arbitramento²¹, la cual, fundada en razones de planeación del contrato y autonomía y voluntariedad de las partes que se concretan en el denominado pacto arbitral²² permiten dar vida jurídica a la posibilidad de que árbitros habilitados juzguen las diferencias surgidas de la relación negocial del Estado²³.

²¹ Múltiples son las definiciones de lo que se entiende por arbitramento o arbitraje. El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, define el arbitraje como un "...mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...". Otra definición señala que "...es una figura jurídica que consiste en la resolución de las diferencias surgidas entre dos o más personas por un tercero a cuya decisión se someten las partes libre y voluntariamente...". ALBANES MEMBRILLO, Antonio. El Arbitraje y el Contrato de Seguro. En: Revista Española de Derecho de Seguros, N° 55, Madrid, julio-septiembre, 1988, p. 64. Otra definición también cercana al Derecho de Seguros indica que es "...el escenario procedimental al cual las partes contratantes, en desarrollo de su autonomía privada, alternativamente acuden en procura de resolver, con carácter definitivo, sus controversias –potenciales o puras y simples- confiando su resolución a particulares denominados árbitros que, transitoriamente, por imperio de la Ley, son investidos de los mismos poderes inherentes a los jueces y magistrados ordinarios (justicia estática). El Arbitraje y la Mediación en el Derecho de Seguros: Visión Comparada –Arquetipos de Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos Derivados del Contrato de Seguro-. Ponencia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros – ACOLDESE en el marco del IV Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA-CILA, celebrado en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 1995, p. 9. Una visión más global acerca de la definición de arbitraje la encontramos en las siguientes citas: "...es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas –por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica- a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas...". FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis & CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Derecho Mercantil Internacional. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 709; "...Se entiende por arbitraje la institución de una justicia privada merced a la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción de Derecho Común, con el objeto de resolverlos por parte de individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar...". ROBER, Jean. L'Arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé. Paris: Dalloz, 1983, p. 3 y "...el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión...". BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1994, p. 4.

²² Artículo 115 de la Ley 446 de 1998. Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces." Artículo incorporado en el Decreto 1818 de 1998, artículo 117, publicado en el Diario Oficial No. 43.380, del 07 de Septiembre de 1998, "Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos".

²³ Ley 80 de 1993. Artículo 70º.- *De la Cláusula Compromisoria*. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.

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

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

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

El consentimiento forjado para la administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, y consolidado en el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato mismo, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado compromiso, en ambos casos, con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias²⁴.

Esta orientación se deduce sin mayores dificultades de la redacción de los artículos 68 y 69 de la ley contractual del Estado, disposiciones incorporadas en los artículos 226 y 227 del Decreto 1818 de 1998, al disponer precisamente que las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a cualquiera de los mecanismos anteriormente señalados, o incorporando en los contratos, estipulaciones que privilegien este tipo de soluciones, frente a los conflictos y discrepancias que surjan de la relación contractual.

Esta decisión del legislador, de retomar los senderos de la solución directa y pacífica de las diferencias contractuales, se acentúa en la redacción del artículo 69 del mencionado estatuto, al indicar, que las autoridades, no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales, ni establecer prohibiciones en torno a la posibilidad de acudir al arbitramento, para resolver los conflictos que se presenten en todo lo relacionado con los contratos del Estado. Esto es, se abren todas las posibilidades para que las partes, en ejercicio de la autonomía

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltran Sierra. "La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental"

de la voluntad acuerden cuando lo consideren, habilitar árbitros para que diriman las diferencias o litigios emanados de la relación contractual²⁵.

De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de la función de administrar justicia por parte de los particulares, en concordancia con los artículos 70 a 72 de la ley 80 de 1993 incorporados en los artículos 228 a 230 del Decreto 1818 de 1998 o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversia que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible²⁶. Habilitación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso y a las cuales acude la administración a partir de los razonables análisis y justificaciones sustentadas en la planeación del negocio mismo. Esto es, que la decisión de acudir a esta habilitación tiene adicionalmente sus soportes en el principio de planeación de los contratos públicos.

En este sentido, se puede sostener que esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la administración, debidamente soportada en los estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual, aceptada por la otra parte negocial, consentimiento este, que es aceptado y reconocido por la Constitución Política en el inciso cuarto del su artículo 116, como un mecanismo valido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido, la autonomía de la voluntad²⁷, entonces, es el sustento supremo del mecanismo

²⁵ El contrato del Estado frente a la justicia arbitral. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Universidad Externado de Colombia

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 de 2000. Mp Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp No 16973.

²⁷ La Jurisprudencia Constitucional ha resaltado el papel determinante, que tiene en este asunto la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decidirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual, de optar por su uso. Corte

arbitral; su indiscutible base de carácter material, que determina los alcances, limitaciones y sobre todo conforma el ámbito de sus competencias funcionales²⁸. Indica la disposición que *“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”*.

Asimismo, el principio se retoma, en la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", al desarrollar el anterior precepto constitucional, sin embargo, la ley estatutaria lo hace bajo la advertencia, en su artículo 8 de proclamar como una regla fundamental para la administración de justicia el de la alternatividad de mecanismos para la solución de los conflictos entre los asociados, destacándose entonces, la tendencia a abandonar como vía única frente a los de los litigios, la de la solución jurisdiccional tradicional y aceptándose otras alternativas, entre ellas la de la administración de justicia por árbitros habilitados por las partes dentro de los términos de la constitución y la ley. Es así como, en el artículo 13 No. 3 de esta misma codificación estatutaria al referirse al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares determina que la justicia en Colombia, puede ser ejercida entre otros por los árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

Constitucional. Sentencia C – 294 de 1995. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1997. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 27 de 2002. C.p María Elena Giraldo Gómez Exp No 21040. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . “Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulan las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar o la congruencia del laudo o su eventual nulidad”

Esto es, al elevarse a norma suprema y ser esta desarrollada por la ley estatutaria de la administración de justicia, en el sentido de que las partes de un contrato, pueden habilitar árbitros para conformar tribunales tendientes a resolver conflictos con fuerza vinculante y de carácter judicial, en asuntos que puedan ser susceptibles de transacción, se incorpora al ordenamiento constitucional, un típico principio negocial, fundamentador de la capacidad constructiva de la autonomía de la voluntad, como es el de la habilitación consensuada para instituir autoridades y sobre todo para determinarles el contenido sustancial de sus competencias²⁹.

La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negócias entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial³⁰, siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiere considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomendaron justificadamente en el caso del

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 7 de 2002. C.p Jesús María Carrillo Ballesteros Exp No21943. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. "Esta misma Sala ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado. El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta, autoriza, patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la Ley y todas las garantías procesales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios".

³⁰ Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales".

compromiso propiamente dicho.

Esto con una limitante trascendental, la de que tan solo es procedente en los litigios que pudieren ser objeto de transacción entre las partes, lo cual excluye³¹, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual³².

En la perspectiva estrictamente legal, esta es la orientación que las normas reguladoras del arbitramento le otorgan a la institución³³, al aceptarla como una habilitación de árbitros, a particulares, para que actuando a través de tribunales, por ellos conformados, definan con fuerza de decisión judicial un conflicto entre partes interesadas³⁴. Se trata en términos de la ley de “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).

El consentimiento de las partes contratantes tendiente a la habilitación de árbitros, en consecuencia la renuncia a la jurisdicción contenciosa y la

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T -058 de 2009. Mp Jaime Araujo Rentería. “.. debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos”.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltran Sierra. “De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación “no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, _”... Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.

³³ “...La Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 29 de 1969 que declaró exequibles los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931 y la Ley 2ª de 1938, expresó que: ‘El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...’.

³⁴ Corte Constitucional Sentencia C-242 de 1997 Mp. Hernando Herrera Vergara el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

conformación de los tribunales pertinentes se solemniza a través de pactos arbitrales que pueden según las circunstancias adoptar la modalidad de cláusula compromisoria y compromiso, así se deduce de la redacción del artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989 y 117 del decreto 1818 de 1998.

La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales³⁵ litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de los asuntos que se someterían a conocimiento de ellos³⁶. Esta intención también puede estar contenida en documento anexo al contrato caso en el cual para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.

La cláusula compromisoria, tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes³⁷. (Artículo 70 de la ley 80 de

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. "Dicho de otra manera, cuando las partes deciden suscribir la cláusula compromisoria, aún no existe el conflicto, por lo que surge para los árbitros la libertad, obviamente dentro de los límites que les fija la ley, para resolver sobre las cuestiones litigiosas que les son puestas a su consideración; al paso que en tratándose del compromiso, entre las partes ya existe el conflicto, y por tanto, éstas delimitan de modo preciso el ámbito de competencia de los árbitros".

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Julio 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 19333. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. "Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, debe entenderse que se extiende a los conflictos derivados del contrato que le sirvió de fuente, pero, con las limitaciones que imponen la Constitución y la ley. De igual manera, cabe precisar que aún cuando en el pacto arbitral, o en las pretensiones de la demanda, o en la correspondiente contestación, se propongan al conocimiento del tribunal de arbitramento asuntos que por disposición legal escapan a su competencia, es igualmente procedente la causal que se estudia, porque, como se indicó, la competencia la delimitan las partes, pero, con sujeción a la Constitución y la ley".

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 17951. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia.

1993, 228 del decreto 1818 de 1998 en concordancia con el 118 y 120 de este mismo decreto y artículo 4º del Decreto 2279 de 1989)

El compromiso, que igualmente es un negocio jurídico autónomo, al contrario de lo que ocurre con la cláusula compromisoria, tiene como punto de partida la existencia³⁸ de un litigio presente y determinado emanado de un contrato estatal, se trata por lo tanto de un pacto en el cual las partes acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual a la decisión de los árbitros y relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo³⁹.

En general el pacto arbitral goza de plena autonomía en cualquiera de sus modalidades, ordenando en virtud del artículo 116 constitucional de manera excepcional y transitoria la jurisdicción que asumirá los litigios acordados por las partes. En este sentido, el pacto debe ser no solo reconocido por las autoridades, sino respetado y acatado con toda la fuerza e intensidad que el ordenamiento constitucional le brinda, en especial cuando se intenten acciones o mecanismos procesales por fuera de sus parámetros materiales. La existencia del pacto enerva cualquier posibilidad de actuación por parte de las autoridades contencioso administrativas en cuanto la configuración de una clara hipótesis de ausencia sustancial de jurisdicción para actuar válidamente en relación con los litigios que le fueren puestos a su consideración.

³⁸ Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998. "...El documento de compromiso, que tiene lugar cuando se han presentado diferencias entre las partes..." MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Bogotá: 8ª Edición, Editorial ABC, 1983, p. 445; "...Mediante un compromiso, después que el litigio haya surgido..." DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil. Volumen Segundo. Parte Especial. Bogotá: 6ª Edición, Editorial Colinter, 1985, p. 821; "...Las partes, mediante el contrato de compromiso, pueden someter al conocimiento y decisión de árbitros o arbitradores las controversias existentes entre ellas, específicamente determinadas..." MONROY CABRA, Marco Gerardo. Consideraciones sobre el Arbitraje Comercial en Colombia. En: Alternativas a la Justicia Institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1986, p. 43; "...Mediante...el compromiso, las partes deciden someter a la consideración de la justicia arbitral las desaveniencias existentes que sean objeto de delimitación convencional..." JARAMILLO J, Carlos Ignacio. Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 267.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia

2. Las excepciones a la justicia arbitral

Por averiguado se tiene que la fuente jurídica de la jurisdicción arbitral nace de la propia normativa constitucional, conforme a las notas del inciso final del artículo 116 constitucional a cuyo tenor literal se lee *“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 fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

Dicho precepto, en lo que hace relación a la justicia arbitral, encuentra su explicación y razón de ser dentro de un marco jurídico constitucional relativo a la economía social de mercado, conforme al cual se reconoce la libre iniciativa de los particulares⁴⁰ para entrar, participar y salir libremente del mercado así como la competencia del Estado, previa intervención legislativa, de intervenir en el decurso económico de manera restrictiva y proporcional. En lo que respecta a las entidades públicas, tal principio se conjuga con la debida y necesaria planeación negocial.

Por consiguiente, si la justicia arbitral es reflejo del reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que un particular *ad-hoc* resuelva con fuerza de cosa juzgada la controversia (futura o actual) suscitada, se sigue que las condiciones, restricciones o modulaciones de dicho instituto jurídico sustantivo quedan reservadas, de manera exclusiva y excluyente, a lo que disponga el legislador sobre la materia dentro del ámbito de configuración normativa que la propia Constitución le reconoce de manera especial en el

⁴⁰ “[E]l arbitraje presupone el reconocimiento de un principio convencional fundamental como es la libertad económica, conforme al cual se reconoce la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁴⁰. Esto supone, como contrapartida, que respecto del Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de una actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad)” Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.

artículo 116 cuando prescribe que la administración de justicia por los particulares se realizará “en los términos que fije la ley”.

Quiere decir lo anterior, que las limitaciones *ratione materiae* a la competencia de la jurisdicción arbitral no pueden ser otras que las derivadas de manera directa, taxativa y perentoria de la Ley, pues sólo de esta manera se garantiza el ejercicio efectivo de este tipo de justicia y se protege la autonomía privada de la voluntad. En esta línea de pensamiento, se tiene que no están llamadas a prosperar aquellas lecturas dirigidas a limitar el campo de acción de la justicia arbitral que no se correspondan directamente con tal presupuesto.

Así, conviene recordar, con la jurisprudencia constitucional y de esta Sección, que las excepciones a la operatividad de la cláusula compromisoria, en el ámbito de la contratación estatal, hacen referencia a los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 así como otras decisiones unilaterales. Se trata de un criterio sólido y unificado de la Sección Tercera de esta Corporación, reiterado recientemente en providencia de 18 de abril de 2013 (exp. 17859):

“(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009⁴¹, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000⁴², mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que *los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los*

⁴¹ Expediente 36252.

⁴² M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna⁴³.

Dicho lo anterior, esta Sala comprende que la habilitación de las partes de un contrato estatal para que un tercero resuelva judicialmente una controversia constituye un desarrollo expreso y directo por el constituyente tal como se verifica en el artículo 116 superior en armonía con otras disposiciones; por tanto, corresponde al Juez Administrativo leer esta institución en clave constitucional para comprender que salvo aquellas restricciones, modulaciones o restricciones que expresamente fije la Ley, no es dable restar eficacia jurídica a la cláusula compromisoria o compromiso suscritos por las partes.

3. Renuncia al pacto arbitral - a la Cláusula Compromisoria

La Sala en múltiples ocasiones se ha pronunciado sobre de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que este debe ser expreso y que su finalidad consiste en habilitar la competencia de los árbitros y, a su vez, excluir la jurisdicción institucional, esto es, la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Entonces, se tiene por cierto que la cláusula compromisoria debe solemnizarse mediante escrito que contenga la manifestación expresa de las partes, de manera que refleje su voluntad inequívoca de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, *“voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado”*⁴⁴, razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

⁴³ Este planteamiento ha sido reiterado en decisiones anteriores de esta Corporación como por ejemplo en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera 10 de junio de 2009, expediente 36.252 y más recientemente en sentencia de la Subsección B 8 de noviembre de 2012, expediente 36709.

⁴⁴ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp: 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Así las cosas, el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito.

Ahora bien, con relación a la renuncia que de la cláusula compromisoria hagan las partes, vale recordar que una primera tesis desarrollada por la jurisprudencia de la Sala, aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando a pesar de haber acordado llevar sus diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegaba la existencia de dicha cláusula ni proponía la correspondiente excepción de la falta de jurisdicción, ya fuera porque no existía contestación a la demanda o porque, aun en el eventos de haberse efectuado, dicha contestación guardaba silencio al respecto.

Sin embargo, la Sección Tercera de esta Corporación, en su Sala Plena, mediante providencia del 18 de abril de 2013⁴⁵ modificó y unificó la tesis jurisprudencial que se venía aplicando. Al respecto sostuvo:

“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular.”

En conclusión, la decisión de unificación y adopción de tesis jurisprudencial vigente, reconoce que la única vía para modificar, alterar o derogar de manera válida el pacto arbitral la constituye la celebración de un nuevo convenio expreso entre las partes contratantes, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del mismo.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, Exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Con relación al cambio jurisprudencial, la Subsección quiere reiterar algunas razones que refuerzan el fundamento⁴⁶ del cambio jurisprudencial:

i).- El carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria.

Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales en cuanto a los contratos estatales se refieren, establecen la solemnidad del escrito como un requisito esencial de la cláusula compromisoria, tal como en diversas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sección Tercera⁴⁷.

Entonces, por cuanto el perfeccionamiento del pacto arbitral exige la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral, del mismo modo, la modificación, variación, derogatoria o renuncia a ese acuerdo debe someterse a las formalidades exigidas para su formación.

En atención a lo anterior, debe preverse que exigir para la modificación o renuncia del pacto arbitral, o concretamente de la cláusula compromisoria, los formalismos propios de la formación del negocio jurídico, encuentra su fundamento en el principio según el cual en el Derecho las cosas se deshacen como se hacen.

Sin embargo, también la jurisprudencia ha aclarado que la presente tesis no pretende convertir el pacto arbitral en inmodificable e inderogable. Simplemente se trata de someterlo al acuerdo conjunto, expreso y escrito de las partes que en él convinieron.

⁴⁶ Consejo de Estado, sentencia de 12 de agosto de 2013, Exp. 28.730, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871.

“(...) naturalmente se entiende que así como 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, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral.

*De esta manera, para que las partes de un contrato estatal puedan alterar, cambiar, modificar o incluso derogar la correspondiente cláusula compromisoria que previamente hubieren convenido de manera **expresa y por escrito** en relación con el respectivo contrato estatal, será necesario entonces que tal alteración, cambio, modificación o derogatoria sea convenida también de manera **expresa y por escrito** – independientemente que tal acuerdo nuevo conste en un solo escrito o en varios–, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él”⁴⁸.*

ii).- La naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria.

Como es bien sabido, según lo desarrollan de manera precisa los parágrafos de los artículos 116 de la Ley 446 de 1998 y 118 del Decreto 1818 de 1998, la autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características y en virtud de ella se determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga⁴⁹.

Por lo tanto, es en razón de su autonomía, que el pacto arbitral – cláusula compromisoria subsiste incólume en el mundo jurídico cuando las partes que la convinieron nada han decidido de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia antes citada de 12 de agosto de 2013, Exp. 28.730, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁹ Al respecto ver: Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente No. 32.871.

“Así pues, si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, lo cual permite resaltar que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, cada parte podrá ocurrir entonces ante la justicia arbitral en procura de una decisión que dirima las controversias o litigios existentes para con su contraparte, sin que tal facultad signifique que esa parte interesada en una solución de índole judicial pueda escoger válidamente entonces y de manera unilateral y a su libre albedrío entre formular su demanda ante los jueces institucionales de lo contencioso administrativo o, porque sencillamente así lo prefiera y lo decida, solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento”⁵⁰.

iii).- Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar.

También la jurisprudencia ha sostenido que cuando los jueces contencioso administrativos advierten en la presentación de la demanda la existencia de la correspondiente cláusula compromisoria, de manera directa y *primaefacie*, deben proceder al rechazo por carecer de jurisdicción y de competencia –para evitar que sus actuaciones resulten afectadas de los vicios de nulidad consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.– sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la demanda proponga la respectiva excepción.

Lo anterior con fundamento en que las partes del contrato estatal previamente han acordado, mediante la cláusula compromisoria, habilitar la competencia de los árbitros y derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces administrativos.

“Así pues, en cuanto resulta evidente que los vicios contemplados en los aludidos numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., afectarían de nulidad la actuación procesal que llegare a desplegar el juez institucional o

⁵⁰ Consejo de Estado, sentencia antes citada de 12 de agosto de 2013, Exp. 28.730, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

permanente que decidiere admitir la demanda y darle curso al proceso a pesar de la existencia de una cláusula compromisoria que estuviere abarcando válidamente el objeto del litigio planteado, mal podría considerarse entonces que esos vicios tan graves que la propia ley procesal califica de insubsanables (artículo 144 C. de P. C.), sencillamente desaparecerían o dejarían de afectar la validez del proceso sencillamente porque la parte demandada hubiere omitido –de manera deliberada o por simple descuido– proponer la excepción correspondiente.”⁵¹

iv) El respeto a los principio de planeación

Del mismo modo, la Sala ha entendido que si el pacto arbitral o la cláusula compromisoria provienen de los estudios previos de la contratación estatal y fue pactada con fundamento en ellos, naturalmente resultaría contradictorio que se admitiera la posibilidad de su disposición unilateral por parte del contratista demandante.

v).- El deber del juez contencioso administrativo de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción.

Finamente, frente a los fundamentos que refuerzan el cambio de tesis jurisprudencial, con atención al inciso 2º del artículo 164 del C.C.A., según el cual “*en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada*”; la Sala ha concluido que de manera imperativa, corresponde a los jueces el deber de pronunciarse en la sentencia tanto sobre las excepciones que hubieren sido propuestas como sobre aquellas otras que se encuentren probadas.

“Desde esta perspectiva cabe reiterar entonces que por el solo hecho de que no se haya propuesto de manera expresa la excepción de falta de jurisdicción y/o de competencia o no se haya contestado la demanda, no desaparece el pacto arbitral y menos se sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de falta de jurisdicción y de competencia del juez institucional para conocer del respectivo litigio”⁵².

⁵¹ Consejo de Estado, sentencia antes citada de 12 de agosto de 2013, Exp. 28.730, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵² Consejo de Estado, sentencia antes citada de 12 de agosto de 2013, Exp. 28.730, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

4. Caso Concreto

En el caso de autos la Sala encuentra acreditado que el 6 de octubre de 2005, entre el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta – en Liquidación⁵³ y la sociedad Gestión y Consultoría Limitada - “Geycon Ltda”, se suscribió el contrato de prestación de servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva, de los créditos causados a favor del Fondo contratante⁵⁴.

Dentro del mencionado contrato, las partes acordaron que las diferencias o controversias surgidas en razón de dicho contrato se someterían a la decisión de un tribunal de arbitramento. Al respecto se lee:

“Cláusula compromisoria- Las diferencias que surjan entre las partes con relación a la interpretación, desarrollo y/o ejecución de este contrato, se resolverán de manera directa. Si pasados diez (10) días de manifestada por escrito la diferencia sin haberse logrado acuerdo, se convocará a un Tribunal de Arbitramento, que funcionará de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 o las normas que rijan para la ocasión. El Tribunal funcionará en el Municipio de Santa Marta. (...) Vigésima segunda: **Perfeccionamiento y ejecución** – Para el perfeccionamiento se requiere de las firmas de las partes. Para la ejecución y la legalización del contrato, se realizará con la aprobación de la póliza y la publicación del contrato de acuerdo con la Ley. (...).”

Ahora bien, aunque también se encuentra acreditado que el día 26 de septiembre de 2007, entre el Fondo Distrital de Pensiones en Liquidación y la Empresa Gestión y Consultoría Limitada - “Geycon Ltda” (partes contratantes) suscribieron otro sí⁵⁵ al contrato entre ellas celebrado, lo cierto es que allí no se

⁵³ En el expediente obra copia auténtica del Decreto No. 053 de 2 de marzo de 2006 proferido por el Distrito de Santa Marta por medio del cual se creó el Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta y se le asignó como: (i) funciones, las de reconocer y pagar todas las obligaciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta, Instituto Descentralizado y Establecimientos Públicos en liquidación y efectuar el pago de las sumas reconocidas por sentencias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de todas las entidades en liquidación; y (ii) como objetivo, entre otros, el de manejar y organizar el reconocimiento y pago de las obligaciones de las entidades en liquidación, entre las que se encontraba el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta. (Fls.278-285 C.1)

⁵⁴ Fls.19-21,36-39 y 296-299 C.1

⁵⁵ Fls.22-23, 40-41, 300-301 y 356-363 C.1

observa que la cláusula compromisoria antes transcrita hubiera sido objeto de modificación.

Al respecto, la Sala observa que las partes expresamente acordaron prorrogar el plazo del contrato, reemplazar la constitución de la fiducia acordada en el contrato inicial por la apertura de una cuenta bancaria para la consignación y manejo de los dineros recaudados mediante el cobro coactivo y la extender la vigencia de la póliza de garantía única otorgada por el contratista⁵⁶. Por el contrario, el otro sí suscrito entre las partes expresamente señaló que “*las demás cláusulas contractuales pactadas inicialmente entre las partes, continuarán vigentes*”.

⁵⁶ El otro sí suscrito entre las partes, señaló: “2º) Que el contratante Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, fue suprimido y su liquidación y funciones le fueron encomendadas al Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta, ente Distrital creado mediante Decreto 053 de marzo 2 de 2006, y que automáticamente pasó subrogarse en la condición de parte contratante dentro del aludido contrato de prestación de servicios profesionales, y por ende su Representante Legal y Gerente Dra. Yesenia Mendoza Jiménez se encuentra legamente autorizada para realizar actos contractuales y administrativos con ocasión del mismo. 3º) Que el tiempo inicialmente pactado para la ejecución del contrato en cita, se encuentra cerca de fenecer y ha resultado insuficiente para que el contratista GEYCON Ltda., adelante con fluidez y eficacia las labores contratadas por los múltiples tropiezos presentados en la ejecución contractual, no imputables al contratista. 4º) Que en la cláusula cuarta del contrato referido, se estableció la obligación por parte de los contratantes de abrir una cuenta en una entidad fiduciaria, encargo que no ha podido contratarse, por razones ajenas a la voluntad de las partes contratantes, pese a las gestiones adelantadas en ese sentido, siendo esta una situación que ha entorpecido la eficaz ejecución del contrato. 5º) Que en la actualidad y en desarrollo del contrato mencionado se ha efectuado un diagnóstico que identifica y cuantifica las entidades que adeudan al Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, dineros provenientes de cuota partes pensionales y con base en esto se han realizado cobros persuasivos y dado inicio a procesos de ejecución vía coactiva. 6º) Que se hace necesario dar continuidad a las labores desarrolladas con ocasión de la referida contratación, a fin de asegurar el cumplimiento de los cometidos que motivaron la suscripción de dicho contrato y así lograr la recuperación de la cartera derivada de la asumir (sic) y pagar las mesadas pensionales correspondientes, siendo procedente entonces prorrogar el plazo de ejecución inicialmente pactado. Por las anteriores consideraciones, las partes acuerdan suscribir el presente otro si modificadorio al contrato que hemos venido referenciado de la siguiente manera: Primera: Prorrogar por espacio de un (1) año más, contado a partir del cinco (5) de octubre de 2007, el plazo pactado para la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales, para el cobro de cuotas partes pensionales suscrito entre el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta y la firma contratista Gestión y Consultoría Limitada “GEYCON Ltda” por tanto queda entendido que el término de duración del referido contrato se extiende hasta el día cinco (5) del mes de octubre del año dos mil ocho (2008), con el propósito de lograr el ingreso de todos los dineros adeudados al Distrito de Santa Marta, por parte de las otras entidades por concepto de cuotas pensionales y demás actividades descritas en la cláusula primera del contrato. Segunda: En lo sucesivo y hasta su finalización, deberá entenderse sustituida la parte de la cláusula cuarta del contrato a que hemos hecho referencia, referente a la apertura de una cuenta ante una entidad Fiduciaria para la consignación y manejo de los dineros provenientes de los cobros efectuados, entendiéndose que la consignación de tales recursos se hará en las cuentas bancarias que abra el Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta para tal fin, ante cualquier entidad o entidades bancarias, cuyos números le serán informados al contratista, pues ello dará mayor agilidad al desarrollo del objeto contractual. (...)”

Por lo demás, la Sala también observa que en el plenario no obra material probatorio alguno que permita verificar que las partes expresamente hayan renunciado o derogado la cláusula compromisoria entre ellas pactada.

En razón a lo anterior y con fundamento en los argumentos expuestos en los acápites precedentes, la Sala concluye que la jurisdicción contencioso administrativa no tiene competencia para conocer las controversias derivadas contrato de prestación de servicios suscrito el 6 de octubre de 2005 entre el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta – en Liquidación⁵⁷ y la sociedad Gestión y Consultoría Limitada - “Geycon Ltda”, ni sobre su incumplimiento, de manera que procederá a declarar la falta de jurisdicción.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia de 18 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena la cual quedará en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

SEGUNDO: REMITIR, una vez en firme esta decisión, el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Para todos los efectos legales, debe tomarse como fecha de presentación de la demanda el 18 de diciembre de 2009.

⁵⁷ En el expediente obra copia auténtica del Decreto No. 053 de 2 de marzo de 2006 proferido por el Distrito de Santa Marta por medio del cual se creó el Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta y se le asignó como: (i) funciones, las de reconocer y pagar todas las obligaciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta, Instituto Descentralizado y Establecimientos Públicos en liquidación y efectuar el pago de las sumas reconocidas por sentencias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de todas las entidades en liquidación; y (ii) como objetivo, entre otros, el de manejar y organizar el reconocimiento y pago de las obligaciones de las entidades en liquidación, entre las que se encontraba el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta. (Fls.278-285 C.1)

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente