

3p.

T:1100

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrana Barrera

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Radicación : 73001 23 31 000 2003 00221-01
Expediente : 31622
Demandante: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
Demandado: Cooperativa Multiactiva de Comerciantes de Plazas de Ibagué
 –COOPERPLAZAS–
Naturaleza: Acción Contractual

Encontrándose el proceso de la referencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 14 de marzo de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, el Despacho advierte la presencia de dos causales de nulidad procesal que impiden proseguir el trámite de segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 11 de diciembre de 2002 en el Tribunal Administrativo del Tolima, el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–, por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra la Cooperativa Multiactiva de Comerciantes de Plazas de Ibagué –COOPERPLAZAS–, con el fin de que: 1) se declare liquidado el contrato de concesión 077, del 16 de julio de 1991, 2) se declare que el contratista le adeuda a la antigua ESPI (hoy INFIBAGUE) la suma de \$473'318.452, 3) se declare que "...INFIBAGUE como cesionario de la antigua ESPI le adeuda al contratista la suma de \$3'187.696, por concepto de los siguientes rubros: a) Deuda por recuperación de cartera generada durante la concesión a favor de COOPERPLAZAS \$14'376.051, b) Menos pagos efectuados por INFIBAGUE con cargo a ingreso por recuperación de cartera \$11'188.355 (sic)..."(fl.146 C.1), 4) se declare que, como consecuencia de la

Expediente 31622
 Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
 Acción Contractual

compensación de las sumas debidas, el contratista queda adeudando a INFIBAGUE, como subrogatario de la antigua ESPI, la suma de \$470'130.756, 5) se declare que "...la liquidación del contrato No 077 del 16 de julio de 1996 presta mérito ejecutivo" (fl.146 C.1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- La Empresa de Servicios Públicos de Ibagué ESPI, mediante aviso publicado entre el 15 de diciembre de 1995 y el 19 de enero de 1996, "...hizo invitación pública para adjudicar la administración de la plaza de mercado –El Jardín–" (fl.147 C.1).

2.2.- La Cooperativa Multiactiva de Comerciantes de Plazas de Ibagué – COOPERPLAZAS– fue la única que presentó propuesta y con ésta se celebró el contrato de concesión 077 el 16 de julio de 1996.

2.3.- Mediante Resolución 288 del 27 de noviembre de 2000, la Empresa de Servicios Públicos de Ibagué declaró la caducidad del contrato, debido al incumplimiento del contratista. Frente a ese acto, el concesionario interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente por medio de la Resolución 066 del 6 de mayo de 2000. También solicitó la revocatoria directa del primero de los actos administrativos señalados¹, la cual fue decidida, de manera desfavorable, con la Resolución 125 del 18 de abril de 2001.

2.4.- En consecuencia, se hizo efectiva la garantía de cumplimiento del contrato, por valor de \$3'480.000, con cargo a la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

2.5.- La Cooperativa entregó a la Empresa de Servicios Públicos de Ibagué –ESPI– el bien concesionado el 20 de mayo de 2001.

2.6.- Con miras a liquidar el contrato de mutuo acuerdo "...se realizaron 14 sesiones los días 5 y 11 de abril de 2001; 25 de mayo; 1, 6, 15, 21 y 28 de junio; 25 de julio; 6 de agosto; 21 de noviembre (proyecto de liquidación); 18 de diciembre. (la

¹ Resolución 288 del 27 de noviembre de 2000 de la Empresa de Servicios Públicos de Ibagué – ESPI–.

Expediente 31622
Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo -INFIBAGUE-
Acción Contractual

Cooperativa no acepta el proyecto); 18 de diciembre (oficio de la Cooperativa rechazando el proyecto), procedimiento dentro del cual no fue posible llegar a ningún acuerdo conciliatorio" (fl. 147 C.1). Al no llegar a un acuerdo, "...venció el plazo para liquidar el contrato de manera unilateral" (fl. 147 C.1).

3.- La actuación procesal.

Por auto del 30 de enero de 2003, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al agente del Ministerio Público y a la demandada, dispuso fijar en lista el negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fl. 161, C. 1).

Mediante escrito radicado el 30 de abril de 2003, COOPERPLAZAS, a través de su apoderado, contestó la demanda, coadyuvó la primera pretensión relacionada con la liquidación judicial del contrato y se opuso a la prosperidad de las demás; en cuanto a los hechos, aceptó unos como ciertos y otros como parcialmente ciertos.

5.- La sentencia de primera instancia.

Mediante fallo del 14 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda y ordenó compulsar copias a la Contraloría Municipal de Ibagué, para que se investigara si "...con la declaratoria de caducidad del contrato 077 del 16 de julio de 1996 se ocasiono un daño patrimonial al Estado".

6.- El recurso de apelación.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fls. 514 a 516, C. Consejo), con el fin de que se revoque la sentencia recurrida, y en su lugar, se decida la liquidación del contrato materia del debate, teniendo en cuenta los pruebas que abran en el proceso.

Expediente 31622
 Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
 Acción Contractual

7.- La actuación de segunda instancia.

El recurso de apelación fue concedido por auto del 11 de julio de 2005 (fl. 517, C. Consejo) y admitido por esta Corporación mediante providencia del 7 de octubre del mismo año (fl. 523, ibídem).

Por auto del 25 de noviembre de 2005 (fl. 553, C. Consejo), se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Si bien la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado² ha sostenido que, tanto en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, como de la Ley 80 de 1993, los Tribunales de Arbitramento carecen de competencia para dirimir controversias en torno a la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se ejercen las cláusulas excepcionales al derecho común, consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (interpretación, modificación, terminación unilateral, caducidad y reversión)³, en el caso concreto el objeto del debate gira en torno a la liquidación judicial del contrato y a los reconocimientos económicos producto de la misma, a favor de la parte actora, y no a la legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato 077 del 16 de julio de 1996; en consecuencia, el Despacho advierte que este asunto debe decidirse, como lo convinieron las partes, por un Tribunal de Arbitramento.

En efecto, en la cláusula "VIGESIMA" del contrato quedó consignado el siguiente pacto arbitral (se transcribe tal cual obra en el folio 79, C. 1):

"La Empresa de Servicios Públicos de Ibagué E.S.P. (antes Empresas Públicas Municipales de Ibagué) y el concesionario se comprometen a dirimir los conflictos que puedan surgir en el desarrollo del presente contrato de concesión y que no puedan conciliarse en acuerdo de las partes, recurrir al arbitraje de la Cámara de Comercio de Ibagué".

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 27 de febrero de 2013, exp. 20.521.

³ En el mismo sentido ver sentencia C-1436 de 2000.

Expediente 31622
 Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
 Acción Contractual

Así pues, no cabe duda de que las partes decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción del Estado las controversias que, de manera general, se suscitaban alrededor del contrato 077 del 16 de julio de 1996, para asignárselas a la justicia arbitral.

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación⁴ unificó su jurisprudencia en torno a la irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral, a la luz de las disposiciones del Decreto-ley 1818 de 1998, y concluyó que, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

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

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o a un anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación del 18 de abril del 2013, exp. 17.859

Expediente 31622
Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
Acción Contractual

importantísimos y muy significativas efectos de estirpe procesal que tal acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales, al menos, deberá ser una entidad estatal–, puesta que, a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenida cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes⁵.

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

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

Por la anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto arbitral (cláusula compromisoria a compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871.

Expediente 31622
Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
Acción Contractual

los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales a permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y, por lo tanto, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

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

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

Ahora bien, para evitar que se produzca una eventual vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y para impedir que las partes queden sin obtener decisión de fondo en relación con la controversia suscitada, la Sala acudirá a la solución prevista por la Corte Constitucional a través de la sentencia integradora C-662 de 2004 y, en tal virtud, ordenará enviar el expediente a la Cámara de Comercio de Ibagué, fijará un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que el demandante solicite la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento tendiente a

Expediente 31622
Actor: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE–
Acción Contractual

resolver las diferencias planteadas entre las partes en torno a las pretensiones de la demanda que dio inicio al presente proceso y dispondrá que, para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el Tribunal de Arbitramento tenga en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó el presente proceso, esto es, el 11 de diciembre de 2002 (ver nota de presentación personal a folio 156, C.1).

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

RESUELVE

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

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

Tercero.- CONCÉDESE el término de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que, si a bien la tiene, el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo –INFIBAGUE– solicite la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento que dirima las diferencias planteadas entre las partes en torno a las pretensiones objeto de la demanda que dio inicio al presente proceso.

Para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el Tribunal de Arbitramento tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó este proceso, esta es, el 11 de diciembre de 2002.

Cuarto.- COMUNÍQUESE esta decisión al Tribunal Administrativo de origen, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA