



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
San José de Cúcuta, cuatro (4) de septiembre de dos mil trece (2013)

Ref: **Acción** : Contractual
 Radicado : 54-001-23-33-000-00041-00
 Actor : INDUCON LTDA.
 Demandado : Municipio de Abrego - INVIAS

En atención al informe secretarial que precede (fl. 613), y luego del estudio conjunto de la demanda, sus anexos y las contestaciones a la misma, llega el Despacho a la conclusión de que lo pertinente será declarar la nulidad de lo actuado y declarar la falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria, conforme las siguientes razones:

La empresa INDUCON LTDA, presenta demanda a través de apoderado, en el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con el objeto: (i) que se revise el contrato de obra No. 008 del 9 de noviembre de 2009, a efectos de que se ajuste su valor total incluyendo el precio y cantidad de materiales de obra y transporte de los mismos para la ejecución de los ítems "1.2 TERRAPLENES y 1.3 PEDRAPLEN COMPACTO"; (ii) que se declare la nulidad del acto administrativo No. 825 del 12 de diciembre de 2011, por medio del cual el Alcalde del Municipio de Abrego liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 008 del 9 de noviembre de 2009 y (iii) que el Municipio de Abrego e INVIAS solidariamente reconozcan y paguen al actor el mayor valor pagado por concepto de los materiales Terraplen y Pedraplen por un valor de \$721.887.986.

En los hechos se menciona que el Municipio de Abrego e INVIAS suscribieron el Convenio Administrativo No. 905 del 14 de julio de 2009, por un valor de mil millones de pesos, para ejecutar obras de mejoramiento y mantenimiento de la carretera variante de Abrego. Posteriormente, el Municipio de Abrego mediante

Resolución 1212 del 5 de octubre de 2009, ordenó la apertura de la licitación pública No. LP-001-2009 por un valor de \$925.925.780.57, por medio del cual finalmente se adjudicó a la Unión Temporal VARINMAR el contrato de obra.

Como consecuencia de tal adjudicación, las partes suscribieron el contrato de obra No. 008 del 9 de noviembre de 2009, cuyo objeto fue el mejoramiento y mantenimiento del Municipio de Abrego, por valor de \$925.925.738.

El 31 de marzo de 2010 se suscribió por parte del Representante Legal de la UT VARINMAR, la firma interventora y un delegado de INVIAS, el acta de entrega final de la obra y finalmente, mediante Resolución No. 0825 del 12 de diciembre de 2011 se liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 008 del 9 de noviembre de 2009, por parte del Municipio de Abrego.

Ahora bien, observa el Despacho que de folio 545 a 561 del expediente obra copia del referido Contrato de Concesión No. 008 de 2009, el cual contiene 38 cláusulas. En la cláusula TRIGESIMA SEGUNDA las partes pactaron la CLAUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan por razón de la celebración del presente contrato, de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación se someterán a la decisión de tres (3) árbitros; el arbitramiento será en derecho, y se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Las diferencias de carácter exclusivamente técnico se someterán a la decisión de expertos en la materia, designados directamente por las partes”.

Como es sabido en el artículo 70 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, aplicable al contrato objeto de estudio toda vez que éste se celebró en vigencia de dicha norma, señalaba la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato estatal, incluyeran en el texto del mismo una cláusula compromisoria, a fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias que pudieran surgir en virtud de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Por su parte en el artículo 71, ibídem, igualmente derogado por la misma norma, se regulaba la figura del compromiso de las partes de convocar a un tribunal de arbitramento cuando en el texto del contrato no se haya pactado la cláusula compromisoria.

615

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en forma reiterada ha señalado que cuando en un contrato estatal se pacta la cláusula arbitral tal decisión conlleva la falta de jurisdicción de la jurisdicción contenciosa administrativa para decidir el conflicto que se origine en la ejecución de dicho contrato.

Recientemente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 18 de abril de 2013¹, unifica la jurisprudencia de esa Sala acerca de los requisitos formales que deben observarse para modificar o dejar sin efecto un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes de un contrato estatal, en los términos que se exponen a continuación, aclarando que esa nueva tesis jurisprudencial que se acoge aplica únicamente para asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012.

1. En relación con la naturaleza y alcance del pacto arbitral señaló la Sala que son las partes las que como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y competencia a uno o varios árbitros para dirimir las controversias suscitadas, y de este modo, son ellas las que deciden declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales estatales, para radicarla en la jurisdicción arbitral.

De igual manera concluye que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria es que conste en un documento, y tal solemnidad cumple no solo una función probatoria, sino más aún, una función constitutiva, esto es, de perfeccionamiento o surgimiento del pacto arbitral a la vida jurídica.

Por consiguiente y dado que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público y, por lo mismo, inderogables e inmodificables por el querer de sus destinatarios, quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral tienen el deber de acatar la exigencia legal del documento, a fin de perfeccionar su existencia.

De esta forma, un pacto arbitral se reputará legalmente perfecto y tendrá la virtualidad de habilitar a uno o varios árbitros, para definir con autoridad de cosa juzgada una disputa específica, cuando: i) las partes expresen su

¹ Radicado No. 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859).

intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento.

2. Respecto de la irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria, recoge la tesis que ha sostenido hasta el momento, en los siguientes términos:

2.1. Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria.

Así, el artículo el artículo 2 A del Decreto 2270 de 1989², *"por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones"* dice que *"se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral"* (se resalta).

Pues bien, 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.

Señala la Sala que esta tesis, que ahora acoge, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y

² Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que “*en derecho las cosas se deshacen como se hacen*”.

2.2. 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 partes³.

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

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

2.3. **Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado**, con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisoria.

En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de

planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente –como ya se vio- en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, 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 extraordinarias.

Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad⁴, y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

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

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

⁴ 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, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

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 ha de 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 puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

2.5. Finalmente recuerda que, en materia de nulidades procesales, las normas del Código Contencioso Administrativo remiten a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada a otra autoridad de diferente jurisdicción.

Con base en lo anterior concluye que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio, el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de

declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.

En este orden de ideas y conforme a la jurisprudencia antes citada, encuentra el Despacho que en el Contrato de Concesión No. 008 de 2009, las partes pactaron en la cláusula TRIGESIMA SEGUNDA la CLAUSULA COMPROMISORIA, lo cual conduce indubitadamente a concluir que no resulta posible conocer del presente asunto, por cuanto existe una total falta de jurisdicción, ya que las partes acordaron someter las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del precitado contrato a la justicia arbitral.

Aunado a lo anterior, se resalta que el presente conflicto jurídico entre las partes no gira en torno a la legalidad de actos administrativos contractuales que comporten el ejercicio de las cláusulas exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 (interpretación unilateral del contrato; modificación unilateral del contrato; terminación unilateral del contrato; caducidad; reversión y sometimiento a las leyes nacionales), caso en el que se conocería necesariamente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como quiera que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales no podrían pronunciarse sobre la legalidad de dichos actos⁵.

Así las cosas, considera el Despacho que al advertir la existencia de ese pacto, lo procedente es declarar la falta de jurisdicción para conocer de la demanda,

⁵ Ver Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 36.252.

618

incoada a través de apoderado, por la empresa INDUCON LTDA. De igual manera, y dado que el artículo 168 del CPACA señala que en caso de falta de jurisdicción o competencia el juez ordenará remitir el expediente al competente, y que para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación que ordena la remisión, se dispondrá la remisión del presente expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de la Cámara de Comercio de Cúcuta, para lo que corresponda, resaltando, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, la cual es 30 de enero de 2013.

Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que este Despacho profirió los autos de fechas 6 de febrero de 2013, por el cual se inadmitió la demanda y, 27 de febrero de 2013, por el cual se admitió finalmente la misma, se procederá a declarar (i) la nulidad de dichos proveídos, teniendo en cuenta lo dispuesto en las causales 1ª y 4ª del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 208 del CPACA, y (ii) la falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre las partes.

En mérito de lo brevemente expuesto, este Despacho

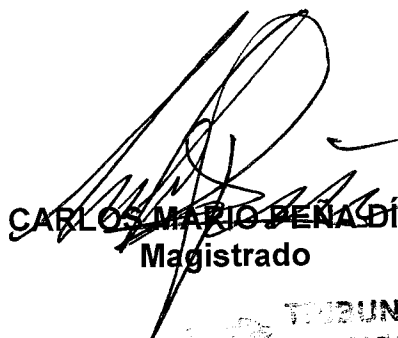
RESUELVE

PRIMERO: Declárese la nulidad de los autos de fechas 6 de febrero de 2013, por el cual se inadmitió la demanda de la referencia y, 27 de febrero de 2013, por el cual se admitió finalmente la misma, la cual fue presentada por la empresa INDUCON LTDA en contra del Municipio de Abrego y el Instituto Nacional de Vías –INVIAS-.

SEGUNDO: Declárese la falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva.

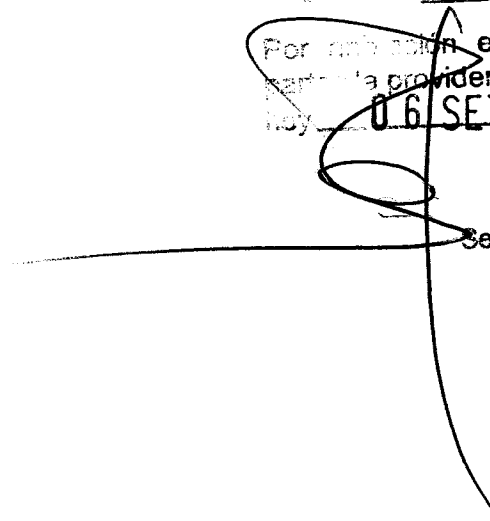
TERCERO: En firme esta providencia, y de conformidad con lo señalado en artículo 168 del CPACA, por Secretaría, **Remítase** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, 30 de enero de 2013.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado


**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
NORTE DE SANTANDER**
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por certificación en **ESTADO**, notifico a las
partes la providencia anterior, a las 6:00 a.m.
del día **06 SET. 2013**


Secretario General