

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN TERCERA -

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicado	11001333603520130039700
Medio de control	Controversias Contractuales
Accionante	Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal
Accionado	Secretaria Andrés Bello - SECAB

RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS

Encontrándose el proceso para la realización de la audiencia inicial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 806 de 2020¹, concordante con el numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a resolver las excepciones previas formuladas en el escrito de contestación de la demanda.

I. ANTECEDENTES

- El Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, a través de apoderado, presentó el 31 de octubre de 2013 (Fl. 57), demanda de controversias contractuales en contra de la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés bello – SECAB, y solicitó el reconocimiento de intereses moratorios por el reintegro del capital no ejecutado, así como sobre los rendimientos financieros.
- La demanda fue admitida el 27 de noviembre de 2013 (Fls. 64) y dado que la entidad accionada no contestó, se fijó para el 26 de enero de 2016 la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (Fls. 102-103).
- El día de la audiencia inicial, el apoderado de la parte demandada formuló incidente de nulidad por falta de jurisdicción e indebida notificación del auto admisorio de la demanda (Fls. 123-146). Debido a la complejidad de los argumentos expuestos, el Despacho indicó que resolvería la solicitud de nulidad por auto separado (Fls. 152-154).
- Después que la entidad accionante se pronunció sobre la nulidad formulada (Fls. 199-213), el Despacho mediante auto del 31 de enero de 2018, resolvió no declarar la nulidad (Fls. 238-242); decisión contra la cual fue interpuesto el recurso de reposición (Fls. 245-255).
- El 31 de julio de 2018, el Despacho decidió no reponer el auto del 31 de enero de 2018; pero indicó que la parte demandada se entendía notificada por conducta concluyente; en consecuencia, se ordenó la entrega del traslado de la demanda y se le otorgó treinta (30) días para que contestara la demanda (Fls. 412-414).
- La parte demandada contestó y formuló la excepción previa de falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria y de caducidad; así mismo, propuso la excepción de

¹ **Artículo 12.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.”

mérito respecto al cobro de intereses (Fls. 416- 420). De las excepciones propuestas se corrió el traslado de las mismas a la parte demandante, quien se pronunció sobre ellas el 18 de febrero de 2019 (Fls. 476-477).

II. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo anterior, procede el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones previas conforme lo establece el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, empezando con la falta de jurisdicción por existencia de cláusula compromisoria, pues si ésta llegare a prosperar, se tornará innecesario pronunciarse sobre la excepción de caducidad del medio de control.

• EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN

La parte demandada, fundamentó la excepción de falta de jurisdicción, así:

"El inciso segundo del artículo 104 del CPACA prevé que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las controversias y litigios relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública. En razón de esta norma, la acción de controversia contractuales debe adelantarse ante el juez administrativo. Sin perjuicio de lo expuesto, las partes de un contrato estatal pueden libre y voluntariamente pactar una cláusula compromisoria, para habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas. Este efecto procesal positivo o habilitante de la cláusula compromisoria, tiene a su vez una dimensión negativa, la cual consiste en que se deroga la jurisdicción de los jueces institucionales.

Si bien la cláusula compromisoria es eminentemente consensual, en materia de contratos estatales, esta tiene una naturaleza solemne, ya que debe constar por escrito para que exista y tenga efectos procesales. Además de cumplir con la solemnidad descrita, es necesario que la cláusula compromisoria identifique como mínimo (i) las partes y (ii) el contrato al cual habrá de aplicarse¹. Debe advertirse que la cláusula compromisoria de ninguna manera puede estar redactada como una estipulación potestativa, es decir, que debe establecer la obligación más no la opción, de acudir al arbitraje²⁻³. En este sentido, si de la cláusula no se deriva la intención inequívoca de las partes de someter futuros conflictos a la justicia arbitral, ésta no será válida y por lo tanto, la controversia no podrá sustraerse de la jurisdicción estatal.

Teniendo en cuenta que el compromiso de someter una controversia al arbitraje es voluntario, en principio, las partes tienen la obligación de respetar dicho acuerdo y abstenerse de acudir a un juez. No obstante, cuándo una de las partes decide interponer una demanda ante la jurisdicción ordinaria y la otra al momento de contestarla no alega la cláusula compromisoria como excepción a la jurisdicción y competencia del juez, se entiende que hay un desistimiento tácito y por lo tanto, cesan los efectos de la cláusula.

En este caso, el Convenio 012, suscrito entre el IDPAC y la SECAB incorpora una cláusula compromisoria, la cual dispone:

'DÉCIMA OCTAVA: Las diferencias que tengan las partes contratantes en la ejecución del presente convenio, serán sometidas al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio"

Esta estipulación, no sólo consta en un documento escrito, sino que también se refiere diáfananamente a las partes y al Convenio. Así mismo, al emplear el término "serán sometidas", la cláusula excluye cualquier tinte potestativo, y por el contrario, establece una obligación.

Con base en las anteriores consideraciones, queda claro que dicha cláusula supone tanto para el IDPAC como para la SECAB, la obligación de hacer, de someter sus disputas al arbitraje, y la obligación de no hacer, de abstenerse de iniciar un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El hecho de que el IDPAC haya iniciado el medio de control de controversias contractuales previsto en el CPACA, de ninguna manera implica que la cláusula haya perdido su validez o que las partes hayan renunciado a ella, aún menos, cuándo se está invocando como excepción previa.

En conclusión, así como las partes tienen el deber de honrar su compromiso de acudir al arbitraje, el juez tiene la obligación de declarar su falta de jurisdicción y competencia si verifica la existencia de una cláusula compromisoria válida, siendo éste el caso."

Por su parte, el apoderado del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal en el traslado de las excepciones indicó que al presentar la demanda y al no mencionar la parte demandada en su momento sobre la existencia de la cláusula compromisoria, se configuró el desistimiento tácito de la misma y en ese orden de ideas la competencia para conocer del asunto es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente No. 32871

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 2017, expediente No. 58461. Artículo 4, Ley 1563 de 2012, Estatuto Arbitral de Colombia.

A su vez, indicó que la cláusula compromisoria tiene aplicación solo respecto a los conflictos durante su ejecución y no en la etapa de liquidación, que es sobre la que versa la inconformidad indicada en la demanda.

De lo referido, le corresponde al Despacho establecer si el conocimiento del proceso de la referencia deber ser asumido por la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo plantea la parte demandante o, por el contrario, ésta se encuentra en cabeza de la justicia arbitral. Para lo cual, será necesario establecer como primera medida la fuente del daño.

Conforme a los documentos allegados, se encuentra lo siguiente:

1. El 3 de febrero de 2005, el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal suscribió con el Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello – SECAB, el convenio de Cooperación No. 12, el cual tenía por objeto: *"Desarrollar el proyecto de inversión "EJECUCIÓN DE OBRAS CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA" del DAACD, mediante el aporte de recursos y capacidades técnicas, administrativas y financieras y a la concertación de procedimientos y metodologías de conformidad con la oferta de servicios de cooperación y asistencia técnica y su documento complementario presentados por la SECAB y de acuerdo a los lineamientos del proyecto, los cuales forman parte integral del presente convenio"*.

En el convenio se estableció que el aporte económico del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal sería de \$9.902.300.000 y por parte de la SECAB era de \$120.000.000, y el plazo de ejecución era de 12 meses, contados desde la suscripción del acta de inicio (Fls. 13-21).

En la cláusula décimo-octava del convenio se estableció lo siguiente: *"SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Las diferencias que tengan las partes contratantes con la ejecución del presente convenio serán sometidas al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio"*. Y en la cláusula décima, se indicó que para proceder a liquidar el convenio, era necesario que la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello – SECAB debía desembolsar a favor de la Tesorería Distrital el valor de los remanentes, previa aprobación del supervisor.

2. El referido convenio inició el 15 de febrero de 2005 con la suscripción del acta correspondiente (Fl. 22), y fue objeto de varias modificaciones, adiciones presupuestales y prórrogas, de donde se extrae que el plazo fue prorrogado hasta el 30 de diciembre de 2008 (Fls. 23-33).

3. De manera particular, el 3 de octubre de 2006, las partes suscribieron un documento denominado *"Otro Si No. 04"*, en donde entre otros temas, adicionaron ciertas obligaciones, así:

"CLAUSULA PRIMERA: incluir en el literal A) de la clausula segunda del convenio de cooperación y asistencia técnica 012 de 2005 las siguientes obligaciones a cargo del SECAB:

13) La SECAB se compromete a liquidar y consignar en una cuenta de la Tesorería Distrital Administración Central, los rendimientos financieros causados con los excedentes de liquidez de recursos del Distrito Capital, aportados a la SECAB con ocasión de la suscripción del convenio 084 de 2005, a partir de la fecha del acta de inicio hasta el 30 de junio del año 2006 dentro de los 10 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del presente otro si.

14) A partir del perfeccionamiento del presente otro si, la SECAB se compromete a liquidar y consignar en una cuenta de la Tesorería Distrital Administración Central, los rendimientos financieros causados con los excedentes de liquidez de recursos del Distrito Capital, aportados a la SECAB con ocasión de la suscripción del convenio 084 de 2005, con cortes cada tres (3) meses a partir de la fecha de consignación de los rendimientos financieros consagrados (sic) la clausula anterior, hasta la liquidación del convenio.

3. El 21 de marzo de 2012, la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello remitió al Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunitaria el acta de liquidación del Convenio de Cooperación No. 12 de 2005 para la correspondiente firma (Fls. 36-40).

4. El 18 de abril de 2012, el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunitaria remitió a la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello, un requerimiento de pago de \$1.320.854.442,05 e invitación para la liquidación de mutuo acuerdo del convenio No. 12 de 2005 (Fls. 41-42).

5. El 5 de abril de 2013, las partes indicadas suscribieron acuerdo de pago, en donde la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello reconoció que le adeudaba al Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunitaria \$726.628.816,24 correspondiente a capital no ejecutado del Convenio No. 12 de 2005, valor que se pagaría así: 20% a los 8 días de la firma del acta de liquidación, 40% a los 9 meses del día siguiente del primer pago y el 40% restante, a los 9 meses del día siguiente del segundo pago.

Así mismo, reconoció a favor del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunitaria \$80.000.000 por concepto de rendimientos financieros, valor que se pagaría bajo el mismo método indicado anteriormente; dejando en claro que como la liquidación financiera del contrato realizada arroja que los rendimientos financieros fueron de \$459.405.976,39, la entidad pública se reservaría su derecho de acudir a una conciliación extrajudicial para reclamar el pago del saldo correspondiente a \$379.405.976,39.

Por último, en el mismo acuerdo se indicó que el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunitaria se reservaba el derecho de solicitar por medio de conciliación extrajudicial el pago de \$306.625.781.03 por concepto de intereses moratorios (Fls. 43-47).

6. El 4 de octubre de 2013, las partes referidas suscribieron una adición al Acuerdo de Pago firmado el 5 de abril de la misma anualidad, en donde indicaron que en virtud de lo establecido en el Otro Si No. 4 del Convenio No. 12 de 2005, el valor adeudado por concepto de rendimientos financieros sobre el capital no ejecutado era de \$170.973.103, los cuales habían sido causados desde el 1 de julio de 2008 al 5 de abril de 2013. Igualmente, se acordó que el Convenio Andrés Bello pagaría \$80.00.00 por concepto de saldo de rendimientos financieros.

En el mismo documento, respecto a la solicitud de reconocimiento de intereses moratorios de \$160.827.178 por concepto de intereses sobre capital a reintegrar y \$86.900.136 por intereses sobre rendimientos financieros, la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello se negó a realizar cualquier reconocimiento por concepto de intereses moratorios (Fls. 48-55).

Conforme a lo anterior, es preciso recordar las pretensiones solicitadas en la demanda:

PRIMERA: Que se declare que existe la obligación por parte de la **ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO PARA LA INTEGRACIÓN EDUCATIVA, CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA Y CULTURAL SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO SECAB** de reconocer los intereses moratorios que se liquiden durante el lapso transcurrido entre la fecha en que se debió realizar el reintegro del capital no ejecutado y la fecha en que se realizó el convenio de pago del mismo, es decir hasta el día 5 de abril de 2013.

SEGUNDA: Que se declare que existe la obligación por parte de la **ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO PARA LA INTEGRACIÓN EDUCATIVA, CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA Y CULTURAL. SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO SECAB** de reconocer los intereses moratorios que se liquiden durante el lapso transcurrido entre la fecha en que se debió realizar el pago de los rendimientos financieros y la fecha en que se realizó el convenio de pago del mismo, es decir hasta el día 5 de abril de 2013.

TERCERA: Que **EN CONSECUENCIA** se condene a la **ORGANIZACIÓN DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO PARA LA INTEGRACIÓN EDUCATIVA, CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA Y CULTURAL, SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO SECAB A PAGAR A FAVOR DEL INSTITUTO DISTRITAL DE LA PARTICIPACIÓN Y ACCIÓN COMUNAL IDPAC** la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CATORCE (\$247.727.314), discriminados de la siguiente manera:**

Intereses moratorios sobre capital a reintegrar	\$160.827.178
Intereses moratorios sobre rendimientos financieros	\$86.900.136"

También es preciso indicar que, dentro del trámite procesal surtido, se encuentra que después de admitida la demanda, la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello presentó incidente de nulidad por falta de jurisdicción, debido a su naturaleza jurídica y a la indebida notificación. En consecuencia, el 07 de febrero de 2018 el Despacho mediante auto resolvió negar la nulidad. Decisión contra la cual se interpuso recurso, el cual fue resuelto desfavorablemente el 31 de julio de la misma anualidad; pero en el referido auto, se reconoció que la parte demandada se había notificado por conducta concluyente y en razón a ello, se le otorgó treinta (30) días para que contestara la demanda, decisión que quedó en firme.

De conformidad con lo anterior, para el Despacho se encuentra demostrado de manera significativa lo siguiente:

1. Que en el año 2005, el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal suscribió con el Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello – SECAB, el convenio de cooperación internacional No. 12, el cual contemplaba unir recursos económicos para la “*EJECUCIÓN DE OBRAS CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA*”; disponiendo en el numeral octavo una cláusula compromisoria, indicando que cualquier diferencia que se suscitara con ocasión de la ejecución del convenio sería conocida por la justicia arbitral.

Así mismo, en la cláusula décima del convenio se estipuló que en el evento de quedar remanentes, la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello debía efectuar el correspondiente desembolso a favor de la Tesorería Distrital, previa aprobación del supervisor.

2. En el mes de octubre de 2006, la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello a través de un acuerdo modificatorio del convenio No. 12, se obligó a consignar a favor del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal los rendimientos financieros causados con los excedentes de liquidez de recursos del Distrito Capital, que podían entenderse como los recursos no ejecutados desde la suscripción del acta de inicio hasta el 30 de junio de 2006, y en adelante debía consignar dichos valores cada tres meses hasta la liquidación del convenio.

4. El convenio referido fue objeto de varias prorrogas, lo que generó que su plazo se extendiera hasta el 30 de diciembre de 2008.

5. Debido a la falta de liquidación del convenio referido y a las diferencias de las partes respecto a los valores que debían ser reintegrados y el reconocimiento de rendimientos financieros e intereses, el 3 de abril de 2013, suscribieron un acuerdo de pago, que para el Despacho en realidad constituye un negocio jurídico diferente al convenio No. 12 de 2005, conocido como un contrato de transacción [artículo 2469⁴ del Código Civil], dado que de su contenido se desprende la intención de evitar un conflicto judicial respecto al reconocimiento y pago de unas sumas de dinero, relacionadas con un capital no ejecutado durante la vigencia del referido convenio.

6. En el documento denominado “*ADICIÓN AL ACUERDO DE PAGO SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO DISTRITAL DE LA PARTICIPACIÓN Y ACCIÓN COMUNAL SUSCRIBIÓ CON EL SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO – SECAB, EL DIA 5 DE ABRIL DEL 2013*”, suscrito el 4 de octubre de 2013, la referida Secretaría Ejecutiva se negó a reconocer como deuda los intereses moratorios sobre el capital a reintegrar e intereses moratorios sobre rendimientos financieros por un valor global de \$247.727.314.

7. Que las pretensiones indicadas en la demanda tienen como objetivo que se constituya la existencia de una acreencia a favor del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal por valor de \$247.727.314, correspondiente a los intereses moratorios sobre el capital no ejecutado dentro del convenio No. 12 de 2005 y los intereses moratorios sobre los rendimientos financieros que la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello no reconoció.

8. Conforme al trámite surtido en el proceso, no existe duda que la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, contestó la demanda después de que en el auto del 31 de julio del 2018 el Despacho reconoció que se había notificado por conducta concluyente; y que en el documento que contiene la contestación, propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción por la existencia de una cláusula compromisoria y de caducidad del medio de control.

Después de analizar todos los documentos referidos, los hechos y las pretensiones de la demanda, para el Despacho no existe duda que el presente litigio tiene como fuente el presunto incumplimiento por parte de la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello de las obligaciones 13 y 14 establecidas en el Convenio No. 12 de 2005, por cuanto en ellas se indicó que consignaría los rendimientos financieros de los recursos no ejecutados, así como de la obligación de reintegrar dichos recursos, establecida en la cláusula décima del

⁴ "ARTICULO 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

convenio; omisiones que, según la parte demandante, generaron intereses moratorios a los cuales tiene derecho.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que si bien existe un contrato de transacción denominado "acuerdo de pago", dicho negocio jurídico no puede tenerse como fuente del incumplimiento de la obligación alegado por la parte demandante, dado que en la adición suscrita el 4 de octubre de 2013, aunque se liquidaron unos intereses de mora sobre los rendimientos financieros y los recursos no reintegrados, la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello de manera categórica negó que se encontrara en deuda respecto a dichos intereses.

Así, entonces, el Despacho considera que la fuente de las pretensiones señaladas en la demanda es el incumplimiento de ciertas obligaciones del convenio No. 12 de 2005, por parte de Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello. Por tanto, se procederá a analizar la aplicación de la cláusula compromisoria y definir en ese orden de ideas, la jurisdicción que debe conocer del presente litigio.

Según la problemática planteada, es preciso indicar que la justicia arbitral se encuentra contemplada en el artículo 116⁵ de la Constitución Política, como un mecanismo de solución de conflictos; y a su vez, la cláusula compromisoria fue contemplada en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, así:

"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, terminación 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 sólo 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."

Por su parte, en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, [norma vigente al momento de suscribir el Convenio de Cooperación No. 012 de 2005] se definía la cláusula compromisoria como "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 surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral". Así mismo, señaló que si las partes no determinaban el procedimiento aplicable se entendería que el mecanismo de solución de conflictos sería el arbitraje, también regulado en la norma en cita.

Sobre la referida figura, el Consejo de Estado la definió como "un acuerdo de voluntades, por el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de árbitros, quienes se encuentran transitoriamente investidos de la función de administrar justicia (artículo 116 de la C.P.), para proferir una decisión que se denomina laudo arbitral y que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial (artículo 111 de la Ley 446 de 1998)."⁶

Así mismo, mediante Sentencia del 18 de abril de 2013 la referida Corporación varió su criterio respecto a la aplicación de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, posición que había sido desarrollada desde el año 1997⁷, y sentó jurisprudencia, indicando que no era posible seguir aplicándola, con fundamento en lo siguiente:

"2.5.1 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 1989, "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

⁵ "Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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".

⁶ Sentencia del 18 de abril de 2013. Exp. 17859. CP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10.882.

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.

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, 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 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”.

2.5.2 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 partes.

Así, para la 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.

2.5.3 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 compromisorio. 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...

2.5.4 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.

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.”

Así mismo, en dicha providencia se indicó que la nueva tesis no era aplicable a los asuntos que se rigen por la Ley 1563 de 2012 *"Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones"*, pues, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 21 del referido Estatuto, si no se propone la excepción de la existencia de una cláusula compromisoria cuando contesta la demanda, ello sí implicaba la renuncia al pacto arbitral.

Con fundamento en los argumentos desarrollados por la máxima Corporación judicial de lo contencioso administrativo con categoría de unificación de jurisprudencia, no existe duda que respecto a los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, no es posible aplicar la teoría de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, dado que este criterio transgrede los principios rectores de la contratación, así como premisas jurídicas de orden público y el acuerdo de voluntades de las partes.

Conforme al análisis de los argumentos expresados por las partes y los documentos obrantes en el expediente, se observa que en la cláusula décima-octava del referido convenio, las partes de manera clara consignaron su voluntad de poner en conocimiento de la justicia arbitral, las diferencias que llegaren a surgir con ocasión de su ejecución, y dado que lo que motivó el proceso de la referencia es la falta de reintegro del capital no ejecutado y del pago de rendimientos financieros durante su ejecución por parte de la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello, es claro que quien debe decidir el litigio es la justicia arbitral.

Recapitulando, como la cláusula compromisoria pactada en el Convenio de Cooperación No. 12 de 2005 no fue invalidada de manera expresa por las partes, tampoco puede ser desconocida unilateralmente por ninguna de ellas. Y dado que en el caso sub iudice, el referido Convenio fue suscrito en vigencia del Decreto 1818 de 1998, no le es aplicable la teoría de renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, según la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2013. En consecuencia, para el Despacho no existe duda que la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima-octava tiene plena aplicación.

Así mismo, conforme a lo analizado en párrafos precedentes, es claro que las pretensiones del demandante tienen como fuente la ejecución de las obligaciones económicas del Convenio de Cooperación No. 12 de 2005. Por lo cual, se aduce como fundamento fáctico, el supuesto incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello respecto al reintegro del capital no ejecutado, así como la liquidación y pago de los rendimientos financieros no entregados a tiempo, y que generaron unos intereses, los cuales deben ser pagados al demandante, según lo referido en la demanda,

En ese orden de ideas, el Despacho descarta que el acuerdo de voluntades suscrito en el año 2013 sea la fuente del daño, pues la Secretaría Adjunta del Convenio Andrés Bello en dicho documento negó de manera expresa el pago de intereses sobre el reintegro de dinero o de rendimientos financieros. En consecuencia, respecto al referido tema se concluye que las partes nunca llegaron a establecer un acuerdo de pago.

Por lo anterior, la excepción propuesta por la parte demandada está llamada a prosperar, pues se evidencia que en el sub lite, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, la demandante optó por desconocer lo pactado y decidió acudir a esta jurisdicción. Sin embargo, como dice el Consejo de Estado, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que en este caso se deba declarar la nulidad de todo lo actuado y, en aplicación del artículo 168 de la Ley 1437 de 2011, ordenar remitir el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su competencia, conforme a lo pactado en la cláusula decima-octava del Convenio de Cooperación No. 12 de 2005.

En consecuencia, este Despacho

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia, por falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre las partes, con ocasión del Convenio No. 012 de 2005, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En firme esta providencia, por secretaría **REMITIR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 31 de octubre de 2013.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ

GVL

JUZGADO TREINTA Y CINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C. ESTADO DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020
