

PROVIDENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Importancia jurídica / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Modificación de la tesis jurisprudencial en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre la partes de un contrato estatal / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Nueva tesis jurisprudencial aplicada a asuntos gobernados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2002

El asunto sub judice resulta de especial importancia jurídica y, por lo tanto, su estudio debe realizarse en la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la medida en que esta providencia pretende modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal. De otro lado, es indispensable aclarar que la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, porque en relación con ésta es necesario establecer, en algún caso particular regido por ella, cuál es el real alcance de sus normas, ya que, según éstas, “El pacto arbitral implica la renuncia de las partes” a acudir a los jueces institucionales (artículo 3, segundo inciso) y “Si en el traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas” se invoca el pacto y la otra parte no lo niega “expresamente”, éste se entiende probado, de donde pareciera desprenderse que al amparo de dicha ley no es posible renunciar a este último, a pesar de lo cual el parágrafo del artículo 21 de la misma ley dice que no interponer “la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 3 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 21

PACTO ARBITRAL - Cláusula compromisoria del contrato de obra pública 488 de 1996 suscrito entre el Departamento de Casanare y Julio César García Jiménez / PACTO ARBITRAL - Noción. Definición. Concepto / PACTO ARBITRAL - Dirimido mediante un laudo arbitral

En el contrato 488/96 de obra pública, las partes pactaron una cláusula del siguiente tenor: (...) Esta estipulación no es otra cosa que un pacto arbitral, el cual consiste en 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).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 116 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 111

PACTO ARBITRAL - Cláusula compromisoria y compromiso / CLAUSULA COMPROMISORIA - Noción. Definición. Concepto / COMPROMISO - Noción. Definición. Concepto / CLAUSULA COMPROMISORIA - Fuente jurídica

El pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso (artículo 115 ibídem). La primera, se define 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” (artículo 116) y, el segundo, como “un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral” (artículo 117). La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 115 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 116 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 117

PACTO ARBITRAL - Naturaleza y alcance / PACTO ARBITRAL - Efectos jurídicos / PACTO ARBITRAL - Requisito de forma / PACTO ARBITRAL - Solemnidad

El Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la naturaleza del pacto arbitral, para concluir que éste debe ser expreso, toda vez que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, es habilitar la competencia de los árbitros (...) el pacto arbitral no se presume, al punto que se requiere que las partes hayan expresado, libre y voluntariamente, el propósito de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, sustrayéndose de esta manera, con autorización de la Constitución y de la ley, de la competencia y jurisdicción que le corresponde al juez institucional del Estado. Como puede verse, son varios los efectos jurídicos que se desprenden de la celebración de un pacto arbitral; así, por ejemplo, son las partes las que, como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y de 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. Puede concluirse, igualmente, 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. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, de conformidad con la normatividad vigente (artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998), que “la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso- consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto”. Así las cosas, 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. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la naturaleza del pacto arbitral, consultar Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 838 del 24 de junio de 1995. Sección Tercera, providencias de 8 de junio de 2006, exp. 32398 y de 20 de febrero de 2008, exp. 33670. En relación con el requisito de forma del pacto arbitral, ver sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32871.

FUENTE FORMAL: DECRETO 118 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 118 DE 1998 - ARTICULO 119

PACTO ARBITRAL LEGALMENTE PERFECTO - Requisitos / PACTO ARBITRAL - Perfeccionamiento

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 intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento. Adicionalmente, es indispensable recordar que, según el artículo 39 (primer inciso) de la Ley 80 de 1993, “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”, y que, conforme al artículo 41 ibídem (primer inciso), “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y éste se eleve a escrito”, de donde resulta obvio que el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) se solemniza y nace a la vida jurídica cuando conste por escrito, formalidad ésta que impide, como es lógico, que las partes puedan válidamente modificarlo o dejarlo sin efecto de manera tácita, so pena de contrariar el ordenamiento jurídico. Bajo esta óptica y dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente, por escrito, exigencia que, como es obvio, la deben observar, también, quienes pretendan modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral, teniendo en cuenta que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41

CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia tácita. Jurisprudencia existente

La Jurisprudencia de la Sala ha venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando, a pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de ellas decide instaurar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la otra no propone la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia del 16 de junio de 1997 –expediente 10.882–, retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097, (...) la Sala precisó que el momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción es en la contestación de la demanda, de modo que, con posterioridad, ya no es posible proponerla. En sentencia del 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934–, la Sala reiteró que, si se notificaba el auto admisorio al demandado y éste no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral, posición que fue reiterada, posteriormente, en sentencia del 23 de junio de 2010 -expediente 18.395. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar igualmente auto de 19 de marzo de 1998, exp. 14097 y sentencia de 23 de junio de 2010, exp. 18395.

CLAUSULA COMPROMISORIA - Irrenunciabilidad tácita de las partes de un contrato estatal. Cambio de jurisprudencia

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 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”.

PACTO ARBITRAL - Solemnidad / PACTO ARBITRAL - Seguridad jurídica / PACTO ARBITRAL - Respeto al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia / PACTO ARBITRAL - Autonomía de la cláusula compromisoria / AUTONOMIA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Fundamento

La solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de stirpe procesal que dicho 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 deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido 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 partes. (...) 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. (...) 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. (...) 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. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32871.

PRINCIPIO DE PLANEACION DEL CONTRATO - Pacto arbitral / FORMA ALTERNATIVA DE SOLUCION DE CONFLICTOS - Pacto arbitral

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. 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 voluntad, 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 116

PACTO COMPROMISORIO - Decisión de manera consciente y voluntaria que habilita la competencia de los arbitros / EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL - Efectos / EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL - Jurisdicción y competencia del Tribunal del Arbitramento / EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL EN EL CONTRATO ESTATAL - Si se interpone la demanda en la jurisdicción contencioso administrativo, procede su rechazo / RENUNCIA TACITA DE LA APLICACION DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - Improcedencia

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.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140.1 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140.2

FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA POR RAZON DE LA EXISTENCIA DE UN PACTO COMPROMISORIO - Procede de oficio la declaratoria de nulidad

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. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) 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 (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”. Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisorio o compromiso), 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140.1 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140.2 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 145 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 165

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859)

Actor: JULIO CESAR GARCIA JIMENEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Al momento de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 18 de noviembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, advierte la Sala que se presenta una causal de nulidad insaneable, por falta de jurisdicción, de conformidad con el numeral 1 del artículo 140 del C.P.C.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El 4 de agosto de 1998, el señor Julio César García Jiménez, en ejercicio de la acción contractual y mediante apoderado judicial, formuló las siguientes pretensiones contra el departamento de Casanare (se transcriben tal cual obran en la demanda):

“2.1. Declarar que es nulo el artículo segundo de la Resolución No 00603 expedida el diecisiete (17) de Marzo de mil novecientos noventa y siete (1997) por el señor Gobernador del Departamento de Casanare mediante el cual se dispuso ‘*Terminar el contrato No. 488 del 25 de junio de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y JULIO CESAR GARCÍA JIMÉNEZ (...) por lo expuesto en la parte*

motiva de este proveído. Lo anterior conforme a los artículos previstos No. 44 numeral 2º y 45 inciso segundo, de la Ley 80 de 1993’.

“2.2. Declarar que es nulo el artículo tercero de la Resolución No. 00603 expedida el diecisiete (17) de Marzo de mil novecientos noventa y siete (1997) por el señor Gobernador del Departamento de Casanare en cuanto ordenó la liquidación del contrato No. 488-96 del 25 de junio de 1996, suscrito entre el Departamento de Casanare y el Señor Julio César García Jiménez.

“2.3. Declarar que es nula la Resolución No. 0147 expedida el trece (13) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997) por el señor Gobernador del Departamento de Casanare (E) por medio de la cual se declaró improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00603 de Marzo 17 de 1997.

“2.4. Declarar que es nula el ‘*ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 488-96*’ elaborada y suscrita el 26 de Mayo de 1997 por el Secretario de Obras Públicas y Transporte y la Jefe de la División de Coordinación e Interventoría del Departamento de Casanare.

“2.5. Declarar que es nula la resolución No. 02942 de fecha Octubre 24 de 1997, expedida por el Señor Gobernador del Departamento de Casanare (E), por medio de la cual se acogió como liquidación final del contrato 488-96 la contenida en el acta de liquidación unilateral de fecha 26 de mayo de 1997, se ordenó el reintegro del anticipo ‘más intereses de orden legal y corrección monetaria’ y se ordenó hacer efectiva la garantía contractual.

“2.6. Declarar que es nula la Resolución No. 3655 del 26 de Diciembre de 1997 mediante la cual se dispuso: ‘*No aceptar los planteamientos expuestos por la recurrente LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A. en contra de la resolución No. 02942 de Octubre 24 de 1997. En consecuencia la confirma en todas sus partes*’.

“2.7. Declarar terminado, por incumplimiento del Departamento de Casanare, el Contrato de Obra Pública No. 488 de 1996 suscrito el veinticinco (25) de Junio de mil novecientos noventa y seis (1996), entre el Departamento de Casanare y Julio César García Jiménez por valor de setenta y nueve millones ochocientos ochenta y un mil setecientos ochenta pesos (\$79.881.780,00), cuyo objeto se determinó en la siguiente forma: ‘EL CONTRATISTA se compromete para con el DEPARTAMENTO a ejecutar, por el sistema de precios unitarios la construcción de una laguna de oxidación para el tratamiento de aguas residuales Fase II del Municipio de Villanueva, Departamento de Casanare’.

“2.8. Como consecuencia de las anteriores, declarar que el Departamento de Casanare es responsable de indemnizar los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) sufridos por el ciudadano Julio César García Jiménez, como efecto de la ilegal expedición de los actos determinados en los ordinales 2.1 a

2.6 de esta demanda y del consecuente incumplimiento de parte de la Administración Departamental de Casanare.

“2.9. En consecuencia con lo anterior, condenar al Departamento de Casanare a reconocer y pagar a favor del ciudadano Julio César García Jiménez o de quien lo represente, las siguientes cantidades determinadas o determinables:

“2.9.1. La suma de sesenta y nueve millones setecientos mil pesos (\$69.700.000.00), incluida la cantidad dada en calidad de anticipo del contrato, por concepto de gastos administrativos y gastos generales directamente relacionados con la ejecución del contrato.

“2.9.2. Los rendimientos financieros correspondientes a la cantidad de veintinueve millones setecientos cincuenta y nueve mil ciento diez pesos (\$29.759.110.00), excedente de la cantidad dada en anticipo, liquidados a la tasa del interés bancario corriente, a partir del acto que ordenó la terminación del contrato 488-96.

“2.10. En forma subsidiaria, reconocer a favor de Julio César García Jiménez o de quien lo represente, la suma de veintitrés millones novecientos sesenta y cuatro mil quinientos treinta y cuatro pesos (\$23.964.534.00), cantidad equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, propuesta como valor del A.I.U., más los rendimientos financieros liquidados a la tasa de interés bancario corriente, a partir de la fecha del acto que ordenó la terminación del contrato 488-96.

“2.11. Ordenar al Departamento de Casanare que dé cumplimiento a la sentencia dentro del término indicado en el artículo 176 del C.C.A. y disponer que las cantidades liquidadas o liquidables en la sentencia a favor del actor devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de tal término” (folios 2, 3 y 4, cuaderno 1).

1.1.1 Hechos

Como fundamento de las pretensiones, el actor señaló los siguientes hechos:

Mediante aviso público del 11 de junio de 1996, el departamento de Casanare formuló una invitación pública para la construcción de una laguna de oxidación en el municipio de Villanueva. El contrato fue adjudicado al señor Julio César García Jiménez, por recomendación del “evaluador calificador”.

El 25 de junio de 1996, el departamento de Casanare y el actor suscribieron el contrato de obra pública 488-96, con un plazo de 5 meses, contados a partir de

la suscripción del acta de iniciación de la obra y un valor de \$79'881.780. En el contrato se pactó un anticipo del 50%, que se pagaría al momento del perfeccionamiento y, el saldo, con la presentación de las actas parciales de obra.

El 19 de septiembre de 1996, el señor Julio César García Jiménez recibió la suma de \$39'940.890, por concepto de anticipo y, el 26 de septiembre siguiente, la Jefe de División de Coordinación e Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Casanare designó al ingeniero Carlos William Díaz Agudelo como interventor de la obra, cuya gestión fue suspendida el 8 de enero de 1997, por decisión de la citada funcionaria.

Mediante Resolución 00603 del 17 de marzo de 1997, el Gobernador del departamento de Casanare dispuso la terminación del contrato 488-96 y ordenó su liquidación, con fundamento en que éste fue celebrado contra expresa prohibición legal y reglamentaria, toda vez que, durante el trámite de convocatoria y adjudicación, no se tuvieron en cuenta el procedimiento establecido en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 855 de 1994 ni los principios de objetividad, transparencia y economía, a lo cual se sumó que la propuesta del actor no tenía fecha de recibido y que, además, se omitieron los estudios y diseños previos.

Asegura la demanda que el contrato 488-96 fue celebrado de buena fe y con pleno acatamiento de la ley, de modo que la decisión de la Administración de terminarlo unilateralmente fue gravosa para el acá demandante, en la medida en que se afectó su patrimonio y, por ende, el señor Julio César García Jiménez debe ser indemnizado, toda vez que adquirió el derecho a recibir, por concepto de administración, imprevistos y utilidad, el 30% del valor del contrato (folios 4 a 9, cuaderno 1).

1.1.2 Normas violadas y concepto de violación:

El actor estimó que la demandada violó los artículos 6, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución Política, 769, 1496, 1502, 1602, 1603, 1608, 1613, 1614, 1615, 1617 y concordantes del Código Civil, 2, 62, 63, 68, 79 y 87 del Código Contencioso Administrativo, 4-9, 5-1, 3, 13, 17, 23, 25-2 y 3, 26-2 y 3, 29, 41, 50 y 75 de la Ley 80 de 1993 y 3 del Decreto 855 de 1994. Argumentó el actor:

a. Incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada.

La Administración incumplió las cláusulas tercera, cuarta, sexta y diecisiete del contrato. En la tercera, las partes acordaron que el anticipo se giraría cuando aquél estuviera perfeccionado, cosa que ocurrió el 25 de junio de 1996 y el anticipo se entregó el 19 de septiembre de ese año. En la cuarta, las partes acordaron que el plazo de ejecución del contrato sería de 5 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la obra por parte del contratista y del interventor, quien fue designado el 26 de diciembre de 1996, razón por la cual no se suscribió el acta inicial de obra, circunstancia que puso al contratista en imposibilidad de ejecutarla. En la sexta, las partes acordaron que, en caso de surgir controversias durante la ejecución del contrato, acudirían a mecanismos de solución directa de conflictos, así como al arbitramento, pero la Administración no lo hizo. En la diecisiete, las partes acordaron que el acta de liquidación sería firmada por la Administración, el contratista y el interventor; sin embargo, el contratista fue excluido de dicho acto sin razón alguna, ya que nunca fue notificado para que comparecencia al mismo.

b. Falsa motivación del acto que ordenó la terminación unilateral del contrato

La Administración señaló que la convocatoria y posterior adjudicación del contrato se efectuó con desconocimiento de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 855 de 1994, lo cual no es cierto, toda vez que el valor de la obra era de menor cuantía, de modo podía contratarse en forma directa, por expresa autorización del numeral 1, literal a, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y, además, la convocatoria se realizó mediante aviso público, teniendo en cuenta que la cuantía del contrato superaba el 50% de la capacidad de contratación directa del departamento y el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por lo tanto, es evidente que se cumplió con el mandato de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 855 de 1994.

c. Violación de los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

El acto de terminación unilateral del contrato señaló que en la propuesta del actor no consta qué día fue presentada, pues en el encabezado aparece la

expresión 'Yopal, Junio de 1996'; pero, dicha circunstancia, por si sola, no da lugar a la nulidad absoluta del contrato, de tal suerte que la Administración, al exigir trámites o requisitos distintos a los expresamente previstos por la ley de contratación pública, vulneró los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que se desconoció el principio de economía.

d. Violación del artículo 62 del C.C.A.

La Administración liquidó el contrato 488-96 sin que se encontrara ejecutoriada la resolución que ordenó su terminación unilateral, pues el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra esta última determinación aún no había sido decidido y, por lo mismo, se vulneró el artículo 62 del C.C.A., en la medida en que se dio cumplimiento a un acto administrativo que no estaba ejecutoriado.

e. Violación del numeral 2 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

La Administración señaló que el contrato estaba viciado, porque la propuesta del actor no tenía 'nota de recibido o radicado de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento'; sin embargo, en el evento de que dicha exigencia resultara necesaria para la evaluación de la propuesta, es obvio que tal omisión resulta imputable a la demandada, la cual no puede invocar su propia culpa para hacer más gravosa la situación del contratista. En esa medida, la administración aplicó indebidamente el numeral 2 del artículo 26 del C.C.A., que consagra la responsabilidad de los servidores públicos en el proceso de contratación.

f. Falsa motivación sobre la falta de diseños para la ejecución de la obra

A juicio de la Administración, el contrato se celebró sin la existencia previa de estudios, diseños y proyectos, cosa que no es cierta, pues, de las comunicaciones del 30 de agosto y del 4 de septiembre de 1993, la primera de

ellas dirigida por el Alcalde y el Secretario de Obras Públicas de Villanueva al Secretario de Obras Públicas del departamento de Casanare y, la segunda, remitida por el Jefe de Programación de Obras del departamento de Casanare al Jefe de la Oficina Jurídica, se infiere que sí existían tales diseños, prueba de ello es que la Administración señaló, en el aviso de convocatoria pública, que los *“planos y especificaciones se pueden consultar en esta Secretaría”*; además, en la cláusula 7 del contrato, se pactó que *“para la ejecución del contrato EL CONTRATISTA se ceñirá a los planos y especificaciones suministrados por el Departamento”* (folio 17, cuaderno 1). Así las cosas, la motivación resulta falsa y vicia la decisión administrativa.

g. Violación de los artículos 68-4 y 79 del C.C.A.

La Resolución 02942 del 24 de octubre de 1997, por la cual la Administración acogió *“como liquidación final del contrato 488/96”* la realizada el 26 de mayo de 1997, pretende legalizar un acto administrativo que también se encuentra viciado; además, dicha resolución no está ejecutoriada, pues la Resolución 3655 del 26 de diciembre de 1997, por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora Latinoamericana, garante de la obligación, contra la citada Resolución 02942 de 1997, hasta la fecha de presentación de la demanda no ha sido notificada al contratista; por lo tanto, resulta contraria a los mandatos de los artículos 68-4 y 79 del C.C.A.

1.2 Contestación de la demanda

La demanda fue admitida el 20 de agosto de 1998 y el auto respectivo fue notificado al Ministerio Público y al departamento del Casanare, el cual se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó la práctica de pruebas (folios 133 a 136, 145 a 156, cuaderno 1).

Sostuvo que la resolución por medio de la cual se declaró la terminación unilateral del contrato estuvo ajustada al ordenamiento legal, pues en el proceso de contratación se omitió el procedimiento previo a la selección y adjudicación de

los contratos que superan el 50% de la menor cuantía de la entidad y, por consiguiente, se desconocieron los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 855 de 1994; además, la propuesta presentada por el contratista no tenía fecha ni constancia de recibido o radicado en la Secretaría de Obras Públicas, ni tampoco había constancia de fijación o desfijación del aviso, hechos que configuraron la causal de nulidad descrita en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Señaló que se adelantó el procedimiento de contratación y se suscribió el contrato sin que mediara la existencia previa de los estudios, diseños y proyectos requeridos. Es claro, entonces, que el contrato se celebró contra expresa prohibición legal y reglamentaria y, por lo mismo, la Administración tenía que darlo por terminado y proceder a su liquidación, como en efecto se hizo.

La presencia de tales irregularidades al momento de la celebración del contrato infringió la ley de contratación pública y, por lo mismo, el acto que ordenó su terminación unilateral y los actos subsiguientes se encuentran ajustados a derecho, pues se configuró la causal 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Siendo ello así, no es posible que se declare que el departamento de Casanare incumplió el contrato 488-96, como lo solicitó la parte actora en la demanda.

1.3. Alegatos de conclusión en primera instancia

Vencido el período probatorio y fracasada la audiencia de conciliación, el 3 de junio de 1999 se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (folios 159 a 162, 185, 186 y 194, cuaderno 1).

1.3.1 El apoderado de la parte actora reiteró las pretensiones, los hechos y el concepto de violación de la demanda y, por lo mismo, solicitó que se declarara la nulidad de los actos demandados, el incumplimiento del contrato 488-96 por parte del departamento de Casanare y que se condenara a éste al pago de todos los perjuicios causados al demandante (folios 195 a 205, cuaderno 1).

1.3.2 El departamento de Casanare solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, por estimar que ésta carece de fundamento, pues los

actos cuestionados por el actor se encuentran ajustados a derecho (folios 206 a 208, cuaderno 1).

1.3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

1.4. La sentencia recurrida

Mediante sentencia del 18 de noviembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Casanare negó las pretensiones de la demanda, por estimar que la contratación que realizó el departamento de Casanare con el señor Julio César García desconoció el principio de transparencia y, por lo mismo, resulta evidente que el contrato fue celebrado contra expresa prohibición legal, pues se desconocieron los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 855 de 1994; además, no existe certeza sobre la fecha en que se realizaron las convocatorias y mucho menos sobre la fecha de presentación de las propuestas, lo cual indica que imperaba un gran desorden en la Administración, de modo que la terminación unilateral del contrato estuvo ajustada a derecho.

Concluyó el Tribunal que no existió falsa motivación ni desviación de poder y mucho menos violación de la ley en la expedición de los actos demandados, ya que se demostraron en el proceso las circunstancias que motivaron la expedición de tales actos. En adición, señaló que la falta de devolución, por parte del contratista, del dinero recibido a título de anticipo, a sabiendas de que eran dineros públicos con destinación específica, podría dar lugar a un peculado por el mal uso de estos recursos (folios (210 a 226, cuaderno 4).

1.5. El recurso de apelación

Dentro del término legal, el apoderado del actor formuló recurso de apelación contra la sentencia, a fin de que la misma fuera revocada y se accediera a las pretensiones de la demanda, en consideración a que se encuentra acreditado en el proceso que hubo falsa motivación en los actos expedidos por el departamento de Casanare.

A juicio del libelista, no es cierto que en el trámite de convocatoria y posterior adjudicación del contrato 488-96 se hubieran desconocido los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 855 de 1994, como lo aseguró la demandada en el acto de terminación unilateral del contrato, ya que el valor de éste fue apenas de \$79'881.780; además, en dicho acto no se mencionó en qué forma se violaron los principios básicos de la contratación estatal y lo cierto es que se observaron todos los procedimientos previstos en el reglamento de contratación directa, el proceso se cumplió con celeridad, se fijó aviso público para garantizar la transparencia, se evaluaron y calificaron objetivamente las propuestas y se seleccionó la más conveniente, con lo cual se garantizaron los principios de economía, transparencia, publicidad y selección objetiva.

Indicó que no es cierto que no existieran estudios, diseños y proyectos previos a la contratación, como lo dijo la demandada, pues el material probatorio muestra que sí habían diseños; además, en el contrato se pactó que, para su ejecución, el contratista se ceñiría a los *“planos y especificaciones suministrados por el Departamento”*.

Dijo que la Administración violó el debido proceso del contratista, toda vez que, a pesar de que la resolución que ordenó la terminación del contrato 488-96 no estaba ejecutoriada, ya que aún no había sido decidido el recurso de reposición interpuesto en su contra por el contratista y tampoco se había notificado dicha decisión a la aseguradora, se procedió a liquidar el contrato; además, el contratista no fue convocado al acto de liquidación, tal como las partes lo habían acordado, lo cual genera la nulidad de dicha actuación (folios 263 a 277, cuaderno 4).

1.6. Los alegatos en segunda instancia

Por auto del 16 de diciembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Casanare concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora y, mediante auto de 7 de marzo de 2000, el Consejo de Estado admitió el recurso (folios 282, 285, cuaderno 4).

El 24 de abril de 2000, el Despacho corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (folio 285, cuaderno 4).

1.6.1 La entidad demandada reiteró que la decisión de dar por terminado el contrato estuvo ajustada a derecho, pues el procedimiento de selección del contratista se realizó sin atender las solemnidades y formalidades necesarias para su adjudicación, afectando la validez del contrato, ya que fue celebrado contra expresa prohibición legal (folios 206 a 208, cuaderno 4).

1.6.2 La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 286, cuaderno 4).

II. CONSIDERACIONES

2.1 Cuestión preliminar

El asunto *súb judice* resulta de especial importancia jurídica y, por lo tanto, su estudio debe realizarse en la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la medida en que esta providencia pretende modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal.

De otro lado, es indispensable aclarar que la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, porque en relación con ésta es necesario establecer, en algún caso particular regido por ella, cuál es el real alcance de sus normas, ya que, según éstas, *“El pacto arbitral implica la renuncia de las partes”* a acudir a los jueces institucionales (artículo 3, segundo inciso) y *“Si en el traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas”* se invoca el pacto y la otra parte no lo niega *“expresamente”*, éste se entiende probado (parágrafo, *ibídem*), de donde pareciera desprenderse

que al amparo de dicha ley no es posible renunciar a este último, a pesar de lo cual el párrafo del artículo 21 de la misma ley dice que no interponer “*la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto*”.

2.2 Cláusula compromisoria del contrato de obra pública 488-96

En el contrato 488/96 de obra pública, las partes pactaron una cláusula del siguiente tenor:

“SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y ARBITRAJE. Las diferencias técnicas que se presenten entre el CONTRATISTA y la interventoría que no sean resueltas en un término no mayor de 5 días calendario por no poder llegar a un acuerdo entre las partes, serán planteadas a la Secretaría de Obras Públicas para su decisión. Las demás diferencias que se susciten con relación al contrato, se procederá a buscar una fórmula de arreglo en los términos del artículo 68 de la Ley 80 de 1993. En caso de no llegar a un acuerdo directo, las diferencias contractuales se someterán a la decisión de árbitros nombrados directa y de común acuerdo entre las partes (...) árbitros que decidirán en derecho”.

Esta estipulación no es otra cosa que un pacto arbitral, el cual consiste en 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).

En efecto, el pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso (artículo 115 *ibídem*). La primera, se define 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*” (artículo 116) y, el segundo, como “*un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral*” (artículo 117).

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia.

2.3 Naturaleza y alcance del pacto arbitral

El Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la naturaleza del pacto arbitral, para concluir que éste debe ser expreso, toda vez que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, es habilitar la competencia de los árbitros; así, por ejemplo, mediante providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó¹:

“1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral (...)”.

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia del 8 de junio de 2006², aseguró que en el pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso:

“(...) las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (...)”.

Posteriormente, mediante providencia del 20 de febrero de 2008³, la Sección Tercera puntualizó:

“(...) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una “[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995.

² Expediente 32.398.

³ Expediente 33.670.

que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas⁴.

“(…) Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso (…).

“Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁵ las partes acuerdan someter ‘eventuales diferencias’ que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii). Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de ‘eventuales diferencias’, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (…)” (subrayas en el texto original).

Conforme a las normas atrás señaladas y a la jurisprudencia de esta Corporación, es claro que el pacto arbitral no se presume, al punto que se requiere que las partes hayan expresado, libre y voluntariamente, el propósito de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, sustrayéndose de esta manera, con autorización de la Constitución y de la ley, de la competencia y jurisdicción que le corresponde al juez institucional del Estado.

Como puede verse, son varios los efectos jurídicos que se desprenden de la celebración de un pacto arbitral; así, por ejemplo, son las partes las que, como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y de 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.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P. Jorge Arango Mejía.

⁵ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

Puede concluirse, igualmente, 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. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, de conformidad con la normatividad vigente (artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998), que *“la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso- consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto”*⁶.

Así las cosas, 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 arbitral⁷ 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 intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y *ii)* dicho acuerdo esté plasmado en un documento.

Adicionalmente, es indispensable recordar que, según el artículo 39 (primer inciso) de la Ley 80 de 1993, *“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”*, y que, conforme al artículo 41 *ibídem* (primer inciso), *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y éste se eleve a escrito”*, de donde resulta obvio que el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) se solemniza y nace a la vida jurídica cuando conste por escrito, formalidad ésta que impide, como es lógico, que las partes puedan válidamente modificarlo o dejarlo sin efecto de manera tácita, so pena de contrariar el ordenamiento jurídico.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

⁷ En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, ver numeral 2.2 de esta providencia.

Bajo esta óptica y dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente, por escrito, exigencia que, como es obvio, la deben observar, también, quienes pretendan modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral, teniendo en cuenta que *“en derecho las cosas se deshacen como se hacen”*.

En la exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, que dio vida a la Ley 80 de 1993, el legislador expuso claramente las siguientes razones acerca de la necesidad de que el contrato estatal conste por escrito:

“Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia”⁸.

2.4 La Jurisprudencia existente acerca de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria

La Jurisprudencia de la Sala ha venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando, a pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de ellas decide instaurar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la otra no propone la excepción

⁸ Exposición de Motivos al proyecto de Ley 149 de 1992, Senado de la República, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992).

que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia del 16 de junio de 1997 –expediente 10.882–⁹, retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097–, ocasión en la cual se dijo:

“(…) Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.

“Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar”¹⁰ (Resalta la Sala).

En la sentencia acabada de citar, la Sala precisó que el momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción es en la contestación de la demanda, de modo que, con posterioridad, ya no es posible proponerla.

En sentencia del 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934–, la Sala reiteró que, si se notificaba el auto admisorio al demandado y éste no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral, posición que fue reiterada, posteriormente, en sentencia del 23 de junio de 2010 -expediente 18.395-, oportunidad en la cual la Sección Tercera sostuvo:

“De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

“De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10.882

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

“De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo”¹¹.

2.5 Irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria.

Cambio de jurisprudencia

La sala, con fundamento en los razonamientos que se desarrollan a continuación, recoge en esta oportunidad la tesis que ha sostenido hasta el momento, en relación con la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria.

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 1989¹², *“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

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395.

¹² Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmne) 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”*.

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, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho 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 deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

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 partes¹³.

Sobre el particular, la Corte Constitucional¹⁴ manifestó:

“(...) Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

(...) El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos (...)” (resalta la Sala).

Significa lo anterior

“... que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente”¹⁵.

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

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

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.

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 voluntad¹⁶, y constituye el sustento supremo del

¹⁶ 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).

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.

2.5.4 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.

2.5.5. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) 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 (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, *“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”* (se resalta).

Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), 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.

2.6 Caso concreto

En el *sub lite*, dado que la voluntad expresada por los contratantes estuvo encaminada a que fuera un tribunal de arbitramento el que decidiera las diferencias suscitadas en relación con el contrato de obra 488/96, es evidente que esta jurisdicción no puede conocer del presente asunto y, por lo mismo, la Sala declarará la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Yopal, departamento de Casanare, con el objeto de que la parte interesada presente la respectiva solicitud y se disponga, por lo tanto, la conformación del mencionado tribunal arbitral, para lo cual se observará lo dispuesto en la cláusula compromisoria y en los artículos 118 y 119 de la Ley 446 de 1998, de modo que, para todos los efectos legales, se tendrá en cuenta la presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 4 de agosto de 1998, tal como lo dispone el cuarto inciso del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

En este punto, resulta importante agregar que la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009¹⁷, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000¹⁸, 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 alcances de la sentencia*

¹⁷ Expediente 36.252.

¹⁸ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna”.

En un pronunciamiento reciente, esta Corporación reiteró lo expuesto en la sentencia del 10 de junio de 2009, en cuanto a que los tribunales de arbitramento pueden conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; al respecto, señaló:

“En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al (sic) interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; los demás actos administrativos contractuales sí”¹⁹.

En el presente asunto, el acto administrativo cuestionado por el actor es aquél por medio del cual, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la Administración declaró la terminación del contrato 488/96 y ordenó su liquidación, con fundamento en la segunda causal del artículo 44 de esa misma Ley, esto es, por haberse celebrado el contrato estatal “*contra expresa prohibición constitucional o legal*”; por consiguiente, es claro que dicho acto administrativo contractual puede ser sometido al examen de árbitros, en tanto no corresponde a alguno de los actos administrativos contractuales que surgen de lo dispuesto en el precitado artículo 14 de la Ley 80 en mención.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

1. UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado 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 señalados en la parte motiva de la presente providencia.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, expediente 39.942.

2. **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 contrato de obra 488/96.

3. En firme esta providencia, **REMITIR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Yopal, Departamento de Casanare. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, 4 de agosto de 1998.

4. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las partes **DEBERÁN** realizar las gestiones necesarias para integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento.

5. **OFICIAR** al Tribunal Administrativo de Casanare, informándole acerca de la decisión adoptada, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
BETANCOURTH

DANILO ROJAS

JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA **OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA**
HOZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CLAUSULA COMPROMISORIA - Fundamentos extraños al ordenamiento y contrarios al mismo. Introducción de solemnidades ad substantiam actus

Mediante el negocio arbitral, en cualquiera de sus modalidades, las partes se obligan a someter a la jurisdicción arbitral diferencias relativas a intereses sobre los cuales les asiste la disposición. En cuanto obligación que es, la nacida de la cláusula compromisoria no escapa a las disposiciones generales del Código Civil, conforme con las cuales, “[t]oda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula” –art. 1625-; tampoco al entendimiento del retracto, dada la coincidencia de las partes en inejecutar las prestaciones bilaterales -art. 1618 del C.C-. Empero, el criterio mayoritario de la Sala no lo entendió así, sino que, haciendo caso omiso de la claridad normativa y, sin fundamento, introdujo una exigencia no prevista en la norma, en el sentido de que la obligación nacida de la cláusula compromisoria contenida en el contrato estatal requiere para su extinción el mutuo disenso expreso, desconociendo los efectos de la conducta concluyente en la interpretación de las obligaciones. (...) la posición mayoritaria pasó por alto los criterios universalmente aceptados tendientes a que, en cuanto la obligación apareja la restricción de la libertad, la revocatoria, así fuere tácita, disuelve y deja sin efectos el acto jurídico otorgado por quienes participaron en su generación. En ese orden, resulta reprochable que el juez, con un criterio equivocado como la socorrida solemnidad del contrato estatal, someta la liberación de las partes de la cláusula compromisoria a las formalidades dispuestas por la ley para la creación del vínculo obligacional. (...) La decisión mayoritaria se funda en que en cuanto el contrato estatal que contiene la cláusula compromisoria debe perfeccionarse mediante escrito, idéntica formalidad debe dar vida jurídica al mutuo disenso expreso para dejar sin efectos la obligación creada. Siendo de naturaleza y efectos distintos el negocio creador de la obligación y el negocio liberador de las partes, no es posible aplicar por vía extensiva o analógica a la extinción de la obligación los requisitos exigidos para la formación de la fuente creadora, sin incurrir en los injustificables errores en los que se funda la posición mayoritaria de la cual nos apartamos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 1625 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1618

RESTRICCION DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Con la jurisprudencia unificada se establecieron límites reservados a la ley que restringen el derecho fundamental de acceso a la justicia

Nada más ilusorio frente a la eficacia del derecho de acudir libremente al juez estatal, al carácter temporal de la obligación y a la habilitación voluntaria del juez arbitral suponer que quien inicialmente pretendió resolver sus conflictos por este medio no cuente con la posibilidad de acceder a la justicia estatal por su mera liberalidad. La pérdida de las proporciones en esa materia le impidió a la posición mayoritaria ver con claridad que la habilitación mediante el negocio arbitral se requiere para conferir la jurisdicción al juez arbitral y no para acudir ante el juez

estatal, pues la habilitación ante este último la garantiza el artículo 229 Constitucional al margen del poder habilitante de las partes, sin ninguna restricción cuando el mutuo disenso indica sin hesitación que no se acudió a la justicia arbitral. (...) los efectos procesales de la cláusula compromisoria que invocó la posición mayoritaria para impedir al actor el acceso a esta jurisdicción no son de tal entidad que anulen la operatividad de la excepción, como mecanismo de defensa y carga procesal que debe cumplir el demandado. De donde resulta que no le es permitido al juez, sin vulnerar la autonomía de la voluntad privada, sustituir al demandado en el cumplimiento de la carga procesal aparejada a la proposición y prueba de la excepción e imponer unilateralmente a las partes el deber de mantenerse vinculados por los efectos de un negocio arbitral sobre los cuales convinieron en su extinción con el ejercicio de la acción contencioso administrativa y la renuncia del demandado a hacer valer la cláusula compromisoria, tal como lo autorizan las disposiciones del artículo 116 Constitucional y 1625 de la codificación civil. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencias C-893 DE 2001 y C-242 de 1997

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 116 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1625

CAMBIOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA - No pueden aplicarse con carácter retroactivo sin vulnerar las garantías a la igualdad y a la confianza legítima en las decisiones judiciales

Con la decisión mayoritaria se cambió la línea jurisprudencial mantenida pacíficamente por la Sección Tercera desde la sentencia del 16 de junio de 1998, reiterada en las sentencias del 19 de marzo de 1998 y 23 de junio de 2010, citadas en el texto del fallo del que nos apartamos, vigente al momento de la presentación de la demanda el 4 de agosto de 1998; acogida por la Ley 1563 de 2012 y de pacífica aceptación doctrinal. De donde, no fue la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia lo que movió a la mayoría a la unificación de la que disintimos, sino un voluntarismo que raya en la arbitrariedad. No desconocemos que en ejercicio de la función de unificar la jurisprudencia la Sala puede modificarla, propendiendo en todo caso por la mejor eficacia en la protección de los derechos de las personas, como lo exige el artículo 2º de la Constitución Política. Empero, en el ejercicio de esa potestad no le es permitido al juez hacer caso omiso de los derechos de igualdad y confianza legítima que les garantizan a los usuarios del servicio de justicia el derecho a recibir el mismo trato y a que no se le vulneren las expectativas legítimas que pueden derivarse frente a las decisiones judiciales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 2 / LEY 1563 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859)

Actor: JULIO CESAR GARCIA JIMENEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO Y DANILO ROJAS BETANCOURTH
AL AUTO DEL 18 DE ABRIL DE 2013**

Con el respeto habitual por las decisiones que adopta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, manifestamos nuestro desacuerdo con el cambio y la unificación injustificados de la jurisprudencia, en torno a la exigencia de introducir una solemnidad *ad substantiam actus* para la celebración del negocio liberatorio de los efectos de la cláusula compromisoria, lo que además comporta la limitación del derecho fundamental de acceso a la justicia derivada de una postura a la que incluso se le confieren efectos retroactivos.

Discrepamos de la decisión mayoritaria por razones que tienen que ver con i) fundamentos extraños al ordenamiento y contrarios al mismo, que se traducen en quitar todo efecto a la extinción de la cláusula compromisoria mediante mutuo disenso tácito de las obligaciones, con la introducción de solemnidades *ad substantiam actus* y ii) la vulneración del derecho de acceso a la justicia del señor Julio César García Jiménez y el Departamento de Casanare, partes en este asunto, amén de la introducción de una restricción con alcances unificadores a la tutela jurisdiccional estatal.

1. Con la jurisprudencia unificada por la mayoría se prohíbe extinguir las obligaciones derivadas de la cláusula compromisoria mediante el mutuo disenso tácito y se crea una solemnidad *ad substantiam actus* para el negocio liberatorio expreso, sin fundamento legal

La decisión mayoritaria de unificar la jurisprudencia en torno al entendimiento de que los efectos de la cláusula compromisoria solamente pueden extinguirse mediante un negocio jurídico solemne, i) prohíbe que mediante el mutuo disenso tácito se extingan las obligaciones nacidas del negocio arbitral y ii) crea una solemnidad *ab substantiam actus* para la formación del negocio liberatorio expreso, sin que exista fundamento en el ordenamiento para esas restricciones a la autonomía de la voluntad privada, como exponemos enseguida.

1.1. El ordenamiento faculta expresamente la extinción de cualquier obligación mediante el mutuo disenso tácito. No puede el juez distinguir donde no lo hace el legislador

Mediante el negocio arbitral, en cualquiera de sus modalidades, las partes se obligan a someter a la jurisdicción arbitral diferencias relativas a intereses sobre los cuales les asiste la disposición. En cuanto obligación que es, la nacida de la cláusula compromisoria no escapa a las disposiciones generales del Código Civil, conforme con las cuales, ***“toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”*** –art. 1625-; tampoco al entendimiento del retracto, dada la coincidencia de las partes en inejecutar las prestaciones bilaterales -art. 1618 del C.C-.

Empero, el criterio mayoritario de la Sala no lo entendió así, sino que, haciendo caso omiso de la claridad normativa y, sin fundamento, introdujo una exigencia no prevista en la norma, en el sentido de que la obligación nacida de la cláusula compromisoria contenida en el contrato estatal requiere para su extinción el mutuo disenso expreso, desconociendo los efectos de la conducta concluyente en la interpretación de las obligaciones.

La autonomía de la voluntad, génesis del derecho civil racionalista, de consagración constitucional como manifestación inescindible al libre desarrollo de la personalidad, no resiste restricciones como las adoptadas por la posición mayoritaria tendientes a desconocer los efectos de la conducta contractual, para supeditar a la observancia rigurosa de formas extrañas al ordenamiento, so *pretexto* de defender la seguridad jurídica y las reglas previas a la contratación estatal.

Pero es que, además, la posición mayoritaria pasó por alto los criterios universalmente aceptados tendientes a que, en cuanto la obligación apareja la restricción de la libertad, la revocatoria, así fuere tácita, disuelve y deja sin efectos el acto jurídico otorgado por quienes participaron en su generación. En ese orden, resulta reprochable que el juez, con un criterio equivocado como la socorrida solemnidad del contrato estatal, someta la liberación de las partes de la cláusula compromisoria a las formalidades dispuestas por la ley para la creación del vínculo obligacional.

Así, los fundamentos de la decisión mayoritaria en tanto caen en el error de tratar como iguales las condiciones de formación del negocio creador de la obligación y del negocio liberador, de efectos diametralmente opuestos, sin fundamento legal hace más gravoso los límites a la libertad de que trata el artículo 16 de la Constitución Política²⁰, en tanto con el criterio unificado se impide la liberación de las partes en la forma como lo autorizan sin restricciones los artículo 1602 y 1625 del Código Civil.

Es de anotar que las excepciones a la revocatoria de los actos jurídicos tienen, en general, que ver únicamente con asuntos que trascienden el marco de las relaciones de carácter puramente patrimonial, por tratarse de aspectos relativos a materias no sujetas a la disposición de las partes, para el efecto los actos que concurren a la determinación del estado civil y su ejercicio. Restricciones totalmente ajenas a la cláusula compromisoria, la cual como se conoce trata de derechos eminentemente disponibles. De ahí que resulten extrañas las consideraciones de la Sala tendientes a justificar su postura en el principio de planeación, obligatorio en el proceso contractual y asimismo ajeno a las reglas y principios que gobiernan la voluntad negocial de sustraer sus diferencias a la jurisdicción estatal.

1.2. El ordenamiento faculta expresamente la extinción de cualquier obligación mediante el negocio liberatorio expreso sin formalidades. No puede el juez convertir en solemne el negocio que legalmente es consensual

²⁰ Conforme con el cual “[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”; norma en la cual se fundamentan las garantías constitucionales de la libertad negocial y la autonomía de la voluntad privada.

La decisión mayoritaria se funda en que en cuanto el contrato estatal que contiene la cláusula compromisoria debe perfeccionarse mediante escrito, idéntica formalidad debe dar vida jurídica al mutuo disenso expreso para dejar sin efectos la obligación creada.

Siendo de naturaleza y efectos distintos el negocio creador de la obligación y el negocio liberador de las partes, no es posible aplicar por vía extensiva o analógica a la extinción de la obligación los requisitos exigidos para la formación de la fuente creadora, sin incurrir en los injustificables errores en los que se funda la posición mayoritaria de la cual nos apartamos.

Debe tenerse en cuenta que el pensamiento romano conforme con el cual el *consensus contrarius o mutuus dissensus* solamente aplicaba para el contrato consensual -puesto que el contrato *verbis* o de estricto derecho solo se extinguía por la forma contraria a la que lo creó-, no tiene cabida frente a los alcances del artículo 1602 del Código Civil, que autoriza que las partes destruyan por el consentimiento mutuo cualquier contrato perfeccionado con arreglo a la ley, esto es, por un consentimiento distinto, tanto en la forma como en el contenido, del que perfecciona la fuente de la obligación, sin más limitaciones que las dispuestas para los actos voluntarios que establecen y determinan el estado civil y hacen inmutables su efectos.

De ahí que, bajo el artículo 1602 del Código Civil, no resulta posible formular el principio de que *“las cosas en derecho se deshacen como se hacen”* con los alcances que se le atribuyeron en la romanística, como lo hizo la posición mayoritaria, pues una cosa es disponer que el contrato celebrado con sujeción a las formas legales se destruya por el consentimiento mutuo sin más exigencias, como claramente lo señalan las disposiciones citadas y otra, bastante distinta en sus efectos, es sostener que si el contrato se perfeccionó por la forma solamente puede ser destruido por la solemnidad y no por el consenso. Regla esta última ajena a la codificación civil.

Pero es que, además, de conformidad con el artículo 1500 del Código Civil el negocio jurídico es solemne cuando está *“sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”* y es consensual en los demás casos; de igual manera, al tenor de las disposiciones

del artículo 824 del Código de Comercio, el negocio jurídico puede formarse por la declaración de voluntad expresada en cualquier forma, salvo “[c]uando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad”. De donde resulta que la solemnidad constituye un límite a la autonomía de la voluntad privada y, por tanto, debe estar expresamente señalada en disposición, legal o convencional, con aptitud suficiente para producir esa restricción, sin que a estos efectos valgan las interpretaciones extensivas o analógicas, por la sencilla razón de que siendo la regla la consensualidad, por vía judicial no resulta posible convertir la excepción – para estos efectos la solemnidad- en regla general.

Ahora, no cabe duda en la distancia entre el contrato estatal y el pacto arbitral, así este quede comprendido en aquel. Distinción que hace de la cláusula compromisoria un negocio autónomo, al punto que las solemnidades y reglas estrictas del contrato estatal fundadas en el interés general que este comporta, le resultan extrañas al acuerdo destinado a solventar las diferencias de naturaleza privada, que si bien exige manifestación expresa y escrita, el requisito no se explica por el acuerdo sino en razón de la sustracción del conflicto a la definición del poder estatal.

Conforme con las disposiciones de la Ley 80 de 1993 -se destaca-, **“[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”** –art. 41- y **“[s]on contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”**; empero, dirigidos a realizar los fines del Estado, ajenos al pacto arbitral y mayormente distanciados del mutuo disenso para revocar lo acordado, cuando esto no compromete sino los propios intereses.

De ahí que no resulte posible como lo resolvió mayoritariamente la Sala, extender la formalidad del escrito exigida en el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 a la mutua revocatoria de un acuerdo que no compromete sino el interés propio.

1.2. Con la jurisprudencia unificada se establecieron límites reservados a la ley que restringen el derecho fundamental de acceso a la justicia en lo contencioso administrativo

Con rango de derecho fundamental, el artículo 229 garantiza a todas las personas –se destaca– “...la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes”²¹, sin más límites que los dispuestos por la ley.

Asimismo, el carácter ocasional, transitorio y voluntario que le imprime el artículo 116 constitucional a la habilitación de los particulares para administrar justicia no puede ser sino complementaria y temporal²², entendimiento con el que se acompasa la facultad otorgada por el artículo 1625 del Código Civil para extinguirla mediante el mutuo disenso, tácito o expreso, sin más formalidad que la intención inequívoca de abandonar lo pactado para volver a lo natural y obvio, esto es al poder estatal para resolver con autoridad las controversias. De donde resulta contrario a la Constitución Política el entendimiento de la Sala según el cual la solemnidad del negocio arbitral sustituye con vocación de permanencia el acceso

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001, Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

²² En este sentido ha señalado la Corte Constitucional –se destaca–: “[a]sí mismo, la Carta Política permite extender transitoriamente la potestad de administrar justicia a los particulares en calidad de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. // En este mandato está el origen de los denominados mecanismos alternos de resolución de conflictos, en virtud de los cuales los ciudadanos son investidos ocasionalmente por la ley de la función de impartir justicia, en condición de árbitros o conciliadores. // Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, esta facultad es esencialmente ocasional o transitoria y es además de carácter voluntario o espontáneo, por cuanto al tenor de la norma superior en comento son las partes quienes habilitan al particular para resolver su controversia. // La transitoriedad y alternatividad de estos instrumentos deriva del hecho de que constituyen una forma de colaboración de los particulares para el buen suceso de la administración de justicia (art. 95-7 de la C.P.). De ahí que por razones de orden público no sea concebible el traslado permanente de la función jurisdiccional a los particulares. // En este contexto resulta, pues, claro que la justicia informal proveniente de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no es sustitutiva sino complementaria de la justicia estatal formal. De ahí la necesidad de que sea desarrollada gradualmente por el legislador, como expresión de una política de Estado tendiente a propiciar la vinculación de la sociedad civil en la construcción de su propio destino. // Por las mismas razones, estas alternativas privadas para la solución de conflictos no deben ser impuestas unilateralmente por el Estado con el fin de solucionar los problemas estructurales que aquejan a la administración de justicia, porque en vez de propender por la eficacia de ésta función pública se estarían generando serios problemas prácticos producto del resquebrajamiento de la autonomía privada y la consecuente desconfianza de las partes en los árbitros y conciliadores. En verdad, esta clase de soluciones parciales pueden ser dañinas y contraproducentes cuando se las concibe como remedios absolutos y unilaterales”. Cfr., Sentencia C-893/01, citada.

a la jurisdicción, porque de ser ello así, ¿por qué habilitar lo que desde siempre se tiene?

Y si, como lo ha señalado la Corte Constitucional, no resulta posible sustituir en forma genérica e indefinida a la rama judicial en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia²³, son contrarias a los principios que sustentan la soberanía estatal las razones a las que acudió la posición mayoritaria para unificar la jurisprudencia en el sentido de que la formalidad exigida para el perfeccionamiento de la cláusula compromisoria sustituye con carácter permanente el acceso a la justicia contencioso administrativa, en cuanto las partes tendrían que pronunciarse expresamente y por escrito para ejercer el derecho de acceso a la jurisdicción a cargo del Estado, como si una vez acordada la derogatoria de esta jurisdicción no se pudiera retornar a ella solo por el mutuo disenso, con los alcances previstos en el artículo 1625 del Código Civil.

Nada más ilusorio frente a la eficacia del derecho de acudir libremente al juez estatal, al carácter temporal de la obligación y a la habilitación voluntaria del juez arbitral suponer que quien inicialmente pretendió resolver sus conflictos por este medio no cuente con la posibilidad de acceder a la justicia estatal por su mera liberalidad. La pérdida de las proporciones en esa materia le impidió a la posición mayoritaria ver con claridad que la habilitación mediante el negocio arbitral se requiere para conferir la jurisdicción al juez arbitral y no para acudir ante el juez estatal, pues la habilitación ante este último la garantiza el artículo 229 Constitucional al margen del poder habilitante de las partes, sin ninguna restricción cuando el mutuo disenso indica sin hesitación que no se acudió a la justicia arbitral.

Pero es que, además, la limitación impuesta con la decisión que no compartimos nada tiene que ver con la prevalencia del principio de la seguridad

²³ Cfr., sentencia C-242/97, en la que, como *ratio decidendi* de la decisión de declarar inexecutable la ley que imponía el deber de acudir al juez arbitral para resolver los conflictos en las Empresas de Servicios Públicos, se expuso: “...no tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución arbitral solamente es procedente y viable en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos constitucionales anteriormente citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso en particular.// De ahí que, no tenga asidero constitucional institucionalizar por vía legislativa el procedimiento arbitral para sustituir en todos los casos, en forma genérica e indefinida, a la jurisdicción ordinaria consagrada en la misma Constitución Política de 1991”.

jurídica a la que acudió la posición mayoritaria, porque en tratándose de principios de la misma estirpe, lo procedente ante la contraposición de esa garantía con la de acceso a la justicia contencioso administrativa tiene que ver con la eficacia de ambos valores, propósito al cual se aviene la línea jurisprudencial despreciada mayoritariamente en esta oportunidad, conforme con la cual la existencia de la cláusula compromisoria no le impide a una de las partes acudir a la jurisdicción permanente del Estado, ni le vulnera a la otra la seguridad jurídica en cuanto esta puede optar por defenderse válidamente mediante la excepción de cláusula compromisoria o convenir en la manifestación de extinción de los efectos que apareja el ejercicio de la acción ante el juez estatal.

En esta misma línea, los efectos procesales de la cláusula compromisoria que invocó la posición mayoritaria para impedir al actor el acceso a esta jurisdicción no son de tal entidad que anulen la operatividad de la excepción, como mecanismo de defensa y carga procesal que debe cumplir el demandado. De donde resulta que no le es permitido al juez, sin vulnerar la autonomía de la voluntad privada, sustituir al demandado en el cumplimiento de la carga procesal aparejada a la proposición y prueba de la excepción e imponer unilateralmente a las partes el deber de mantenerse vinculados por los efectos de un negocio arbitral sobre los cuales convinieron en su extinción con el ejercicio de la acción contencioso administrativa y la renuncia del demandado a hacer valer la cláusula compromisoria, tal como lo autorizan las disposiciones del artículo 116 Constitucional y 1625 de la codificación civil.

Siendo la Constitución Política un catálogo de derechos resulta imperiosa la necesidad de desterrar del ejercicio de la jurisdicción la práctica de sacrificar en nombre de la seguridad jurídica los intereses legítimamente protegidos, sin más consideraciones que las formas de los actos o la construcción de un juez con posibilidad de sustituir a las partes en el cumplimiento de las cargas procesales, pues no existe razón que justifique tratar como de mejor estirpe el derecho del demandado a proponer las excepciones que el que le asiste al demandante para acceder a la justicia. Siendo las partes capaces para disponer de sus propios asuntos en igualdad de condiciones, no se compadece la intervención del juez para proteger a una o a otra, según el caso, a nombre de la seguridad jurídica a la que la posición mayoritaria le rinde culto excesivo, con desmedro del principio de acceso a la justicia, en este caso indiferente para la mayoría.

En este punto final vale precisar que presentada la demanda el Departamento de Casanare se allanó a la jurisdicción estatal en cuanto no excepcionó al respecto; de donde ¿a cuenta de qué seguridad jurídica resolvió la mayoría dar al traste con la actuación procesal para, *ad portas* de la decisión de segunda instancia, remitir el asunto a la jurisdicción arbitral?

1.3. Los cambios de la jurisprudencia consolidada no pueden aplicarse con carácter retroactivo sin vulnerar las garantías a la igualdad y a la confianza legítima en las decisiones judiciales

Con la decisión mayoritaria se cambió la línea jurisprudencial mantenida pacíficamente por la Sección Tercera desde la sentencia del 16 de junio de 1998, reiterada en las sentencias del 19 de marzo de 1998 y 23 de junio de 2010, citadas en el texto del fallo del que nos apartamos, vigente al momento de la presentación de la demanda el 4 de agosto de 1998; acogida por la Ley 1563 de 2012 y de pacífica aceptación doctrinal. De donde, no fue la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia lo que movió a la mayoría a la unificación de la que disintimos, sino un voluntarismo que raya en la arbitrariedad.

No desconocemos que en ejercicio de la función de unificar la jurisprudencia la Sala puede modificarla, propendiendo en todo caso por la mejor eficacia en la protección de los derechos de las personas, como lo exige el artículo 2º de la Constitución Política. Empero, en el ejercicio de esa potestad no le es permitido al juez hacer caso omiso de los derechos de igualdad y confianza legítima que les garantizan a los usuarios del servicio de justicia el derecho a recibir el mismo trato y a que no se le vulneren las expectativas legítimas que pueden derivarse frente a las decisiones judiciales.

En el *sub lite*, durante la actuación surtida en la primera instancia se les garantizó a las partes el trato igualitario dispensado por la jurisprudencia al acceso a la justicia de quienes, habiendo suscrito cláusula compromisoria, optan por dejarla al margen y acudir a la jurisdicción estatal con fundamento en el mutuo disenso tácito o expreso en todo caso concluyente, habiéndole generado la expectativa legítima de que con fundamento en una línea jurisprudencial pacíficamente acogida y con sustento normativo suficiente obtendrían de esta

jurisdicción la resolución del conflicto, mediante una decisión motivada razonable y fundada en el sistema de fuentes.

Desde luego que los derechos a la igualdad y a la confianza legítima no pueden constituirse en límites que petrifiquen la jurisprudencia; lo que resulta cuestionable es que se sorprenda a los usuarios del servicio de justicia con cambios inopinados e injustificados sin darles la oportunidad de adaptarse a los nuevos criterios jurisprudenciales o, peor aún, su aplicación con efectos retroactivos.

Empero, para la posición mayoritaria nada de eso contó. Aplicando con efectos retroactivos el abrupto cambio jurisprudencial contenido en la decisión de la que disintimos, dejó sin efectos el trato igualitario y las expectativas legítimas frente a la línea jurisprudencial consolidada, desde antes de la presentación de la demanda, protegidas a lo largo de la actuación surtida en este proceso hasta el trámite del recurso de apelación de la sentencia que decidió el asunto en la primera instancia, haciendo caso omiso de los derechos a la igualdad y a la confianza legítima que le asisten a las partes.

Con la convicción de que la Sección sabrá mantener su disposición a reevaluar los criterios que demandan del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ser el principal garante de los derechos de los usuarios del servicio de justicia a su cargo, confiamos en que las razones de nuestro dissentimiento generen la mayor profundidad en las reflexiones que el tema amerita, de cara a la mejor ponderación y eficacia de la autonomía privada de la voluntad y de las garantías constitucionales del derecho de acceso a la justicia y a la seguridad jurídica.

Fecha *ut supra*,

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

DANILO ROJAS BETANCOURTH