

## **PACTO ARBITRAL – Renuncia – En derecho las cosas se deshacen como se hacen**

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación unificó su jurisprudencia en torno a la irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral, a la luz de las disposiciones del Decreto-ley 1818 de 1998, y concluyó que, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y 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.

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

## **CLÁUSULA COMPROMISORIA – Subsistencia – Contrato nulo**

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

Por lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto arbitral (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, por lo tanto, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil quince (2015).

**Radicación número: 88001-23-31-000-2001-00053-02(29853)A**

**Actor: HIDROPLAN LTDA**

**Demandado: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Encontrándose el proceso de la referencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 18 de noviembre de 2004, proferido por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Despacho advierte la presencia de dos causales de nulidad procesal que impiden proseguir el trámite de segunda instancia.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

Mediante escrito radicado el 31 de julio de 2001 en el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Hidroplan LTDA. formuló demanda, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que: 1) se declare el incumplimiento del contrato 016 y de sus contratos adicionales 01 y 02, por parte del demandado, 2) se le condene al pago de perjuicios, 3) se liquide el contrato 016 del 27 de abril de 1998 y sus contratos adicionales 01 y 02, 4) se condene al departamento a pagar \$437'962.825, o la mayor suma que se logre demostrar en el transcurso del proceso, 5) sobre la suma anterior, se condene a pagar intereses (fl.5 C.1).

### **2.- Hechos.**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden resumir así:

**2.1.** El 27 de abril de 1998, Hidroplan LTDA. suscribió con el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el contrato 016, cuyo objeto era “... *realizar la Gerencia e Interventoría de los Proyectos del Programa de Ampliación de Acueducto y Alcantarillado de San Andrés, y Consultoría para la creación y puesta en marcha de la Nueva Empresa de Servicios Públicos...*” (fl.5, C.1).

**2.2.** El plazo del contrato principal y sus adicionales 01 y 02 de 1998 feneció el 27 de enero de 1999.

**2.3.** El 8 de febrero de 1999, mediante comunicación escrita, la Gobernación solicitó a Hidroplan LTDA. continuar adelantando las funciones de interventoría sobre las actividades urgentes, mientras se liquidaba el contrato, las cuales serían pagadas por la administración departamental.

**2.4.** Con el fin de continuar con las labores de interventoría encomendadas, la sociedad demandante requirió al departamento "... a) el pago de las cuentas por los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999..., b) obtener la adición presupuestal a fin de respaldar los gastos que se derivan de la ejecución de las actividades puntuales y adicionales que están ejecutándose en la etapa de liquidación del contrato" (fl.7, C.1).

**2.5.** En la fase de liquidación y ante la solicitud del contratista, el Gobernador ordenó suspender las actividades del contrato 016/98 y entregar a la Unidad Administrativa Especial de Control de Servicios Públicos (UAESP) la información y documentación del proyecto bajo la responsabilidad del contratista.

**2.6.** El 31 de mayo de 1999, se suscribió el acta de recibo definitivo de los informes y documentos objeto del contrato.

**2.7.** El 3 de marzo de 2000, el contratista, el Director Operativo de la UAESP y la profesional especializada de la Oficina Asesora de la gobernación suscribieron el acta de liquidación del contrato 016 de 1998, la cual no fue firmada por el Gobernador, por carecer del visto bueno del Jefe de la Oficina Jurídica.

**2.8.** El 12 de junio de 2000, se presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial, con el fin de dirimir las controversias contractuales surgidas con la ejecución de Contrato 016 de 1998.

**2.9.** El Gobernador informó al contratista que, mediante Resolución 1484 del 11 de julio de 2000, el departamento se acogió al proceso de reestructuración de pasivos previsto en la Ley 550 de 1999, lo cual no le permitía efectuar conciliaciones, pagos, transacciones o arreglos; posteriormente, el promotor del acuerdo de reestructuración autorizó al ente territorial para liquidar el contrato en cuestión.

**2.10.** En reunión de identificación de acreedores, celebrada el 14 de noviembre de 2000, se reconoció a favor de Hidroplan la suma de \$443.552.973.00, acreencia con fecha de vencimiento 5 de marzo de ese mismo año.

### **3. La actuación procesal.**

Por auto del 10 de septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la demanda, ordenó la notificación personal de la providencia al agente del Ministerio Público y al demandado y dispuso fijar en lista el negocio (fl. 161, C. 1).

Mediante escrito del 23 de octubre de 2001, el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de su apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó unos como ciertos y manifestó que no le constaban los demás; adicionalmente, propuso como excepciones las que denominó: "*Consensualidad contractual del accionante*" y "*Pago*" (fl. 52, C. 1

### **5. La sentencia de primera instancia.**

Mediante fallo del 18 de noviembre de 2004, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.

### **6. El recurso de apelación.**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fls. 206 y 216 a 218, C. Consejo).

### **7. La actuación de segunda instancia.**

El recurso de apelación fue concedido por auto del 15 de diciembre de 2004 (fl. 211, C. Consejo) y admitido por esta Corporación mediante providencia del 24 de junio de 2005 (fl. 220, ibídem).

Por auto del 24 de noviembre de 2005 (fl. 229, C. Consejo), se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

Mediante escrito radicado el 31 de enero de 2006, el apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión (fls. 230 a 242, C. Consejo). El demandado y el Ministerio Público guardaron silencio.

## CONSIDERACIONES

La controversia sometida a consideración de la jurisdicción estriba en la declaratoria de incumplimiento, la indemnización de los perjuicios causados, la liquidación del contrato 016 de 1998 y sus adicionales 01 y 02 del mismo año y un reconocimiento económico a favor del contratista.

En la cláusula “DECIMA OCTAVA” del contrato quedó consignado el siguiente pacto arbitral (se transcribe tal cual obra en el folio 38, C. 1):

*“Si durante en desarrollo del presente Contrato se suscitaren diferencias entre EL DEPARTAMENTO Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y EL CONTRATISTA, estas deberá someterse al conocimiento y decisión de árbitros de conformidad a los Artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993”.*

El contrato adicional 01 del 26 de agosto de 1998, el cual también es objeto de la controversia, no contiene expresamente un pacto arbitral, pues su objeto era adicionar el plazo del precitado contrato 016; pero, en su cláusula “CUARTA”, previó que “...Las demás estipulaciones contenidas en el Contrato 016 de 1998, (sic) continúan vigentes y se entienden incorporadas al presente contrato adicional” (fl. 41, C. 1). Así mismo, el contrato adicional 02 del 27 de noviembre de 1998, en su cláusula “QUINTA”, dispone que “Las demás estipulaciones contenidas en el Contrato 016 de 1998, (sic) continúan vigentes y se entienden incorporadas al presente contrato adicional”, lo cual significa que el pacto arbitral se extendía a éstos.

Así, pues, no cabe duda de que las partes decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción del Estado las controversias que, de manera general, se suscitaban alrededor del contrato 016 del 27 de abril de 1998 y sus adicionales 01 y 02 del mismo año, para asignárselas a la justicia arbitral.

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>1</sup> unificó su jurisprudencia en torno a la irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral, a la luz de las disposiciones del Decreto-ley 1818 de 1998, y concluyó que, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación del 18 de abril del 2013, exp. 17.859

condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

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

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o a un anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que tal acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales, al menos, deberá ser una entidad estatal–, 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<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871.

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

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

Por lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto arbitral (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, por lo tanto, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

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

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

Ahora bien, para evitar que se produzca una eventual vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y para impedir que las partes queden sin obtener decisión de fondo en relación con la controversia suscitada, la Sala acudirá a la solución prevista por la Corte Constitucional a través de la sentencia integradora C-662 de 2004 y, en tal virtud, ordenará enviar el expediente a la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, fijará un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que el demandante solicite la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento tendiente a resolver las diferencias planteadas entre las partes en torno a las pretensiones de la demanda que dio inicio al presente proceso y dispondrá que, para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el Tribunal de Arbitramento tenga en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó este asunto, esto es, el 31 de julio de 2001 (ver sello de radicación a folio 4, C.1).

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

## **R E S U E L V E**

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

**Segundo.-** En firme esta providencia, **ENVÍESE** el expediente a la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para lo de su cargo.

**Tercero.- CONCÉDESE** el término de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que, si a bien lo tiene, Hidroplan LTDA. solicite la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento que dirima las diferencias planteadas

entre las partes en torno a las pretensiones objeto de la demanda que dio inicio al presente proceso.

Para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el Tribunal de Arbitramento tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó este proceso, esto es, el 31 de julio de 2001.

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

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**