

Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Juan Fernando Monsalve Arango

Trabajo para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo bajo la modalidad de
Construcción de Línea Jurisprudencial

Asesor:

Juan Esteban Alzate Ortiz

Magister en Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín

2018

2. Tabla de Contenido

| | Pág. |
|---|------|
| 1. Portada | 1 |
| 2. Tabla de contenido | 2 |
| 3. Introducción | 6 |
| 3.1 Planteamiento descriptivo | 6 |
| 3.2 Planteamiento interrogativo | 177 |
| 3.3 Planteamiento hipotético..... | 177 |
| 3.4 Objetivos | 177 |
| 3.4.1 General | 177 |
| 3.4.2 Específicos..... | 188 |
| 3.5 Explicación Metodológica de la Línea, y clasificación de las sentencias que han tratado el tema | 179 |
| 3.5.1 Lاپso a estudiar | 179 |
| 3.5.2 Clasificación de las sentencias | 20 |
| 3.5.2.1 Sentencia Arquimédica..... | 20 |
| 3.5.2.2 Sentencias hito..... | 20 |
| 3.5.2.3 Sentencia fundadora de línea, o fundacional..... | 221 |
| 4. Análisis jurisprudencial. | 22 |
| 4.1 Nicho citacional | 232 |
| 4.2 Teoría jurídica integral (análisis dinámico). | 22 |
| 4.3 Gráfico de línea jurisprudencial. | 31 |
| 5. Conclusiones..... | 33 |
| 6. Consideraciones éticas | 4848 |

| | |
|------------------|------|
| 7. Anexos | 49 |
| Referencias..... | 4815 |

Construcción de Línea Jurisprudencial

Línea de Investigación: Contratación Estatal

Título

Línea Jurisprudencial sobre la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

Línea de Investigación: Contratación Estatal.

3. Introducción

3.1 Planteamiento descriptivo

El Estado colombiano tiene como fines esenciales servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y es en desarrollo de este mandato expreso de la Carta Política que las autoridades deben poner en funcionamiento la actividad contractual para que en conjunto con el contratista que responde a ese llamado del Estado se dé cumplimiento a los fines del Estado, así como la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de las personas que viven en Colombia.

Al ser la contratación del Estado muy representativa en cifras y dada la magnitud y el tipo de recursos que allí se manejan, es que se justifica un estatuto general de contratación para la administración pública que contenga unos principios y unos procedimientos que le permitan al ente estatal seleccionar objetivamente al contratista, en aras de obtener el mejor provecho en la relación jurídico negocial.

Agotados todos los procesos y procedimientos consagrados en la normatividad vigente, se suscribe el contrato estatal, pacto que está revestido de unas garantías y potestades para que la administración mancomunadamente con el contratista puedan dar cumplimiento al objeto contractual, no obstante en desarrollo de los múltiples contratos celebrados por las entidades públicas en todos los niveles, surgen controversias contractuales, bien sea por deficiencias en la etapa precontractual o por inconvenientes en la ejecución del objeto que no permiten llevar a

feliz término lo pactado. Estas disputas en algunos casos buscan ser solucionadas previamente a la intervención judicial a través de arreglos directos entre las partes que permitan superar el impase, sin embargo en otros casos y ante la imposibilidad de un arreglo directo, surge la imperiosa necesidad de acudir al juez natural del contrato, que por virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales. El Consejo de Estado definió el conflicto contractual en estos términos:

Como aquel que se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro. En ocasiones, el conflicto puede derivar en litigio, una de las formas de resolver una disputa legal. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1952 del 13 de agosto de 2009, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

Conviene, sin embargo, advertir que desde hace varios años la justicia colombiana presenta múltiples problemas estructurales que no permiten una pronta y eficaz resolución de las demandas que le competen a la jurisdicción contenciosa administrativa y propiamente en la materia que nos ocupa, los conflictos que surgen de los contratos estatales, los cuales tardan demasiados años en ser fallados generando un desgaste para las administraciones y para los particulares que claman pronta solución a su conflicto.

Dentro de este contexto en el estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa elaborado por Manuel Alberto Restrepo Medina publicado en la revista Estudios Socio-Jurídicos se evidencio la existencia de congestión en esta jurisdicción en las zonas objeto

del estudio y concluyó que la congestión se presenta porque los despachos producen menos egresos frente a ingresos que reciben, generando un aumento en la duración de los procesos y puntualizo frente a varios factores que conllevan a ello.

Pero dejando de lado la jurisdicción contenciosa administrativa y en el contexto de lo paquidémico de los fallos frente a las controversias contractuales, es que se erige una posible solución a la necesidad de los contratantes de solucionar en forma rápida y ágil sus controversias a través de los métodos alternativos de solución de conflictos, posibilidad que contemplo el estatuto general de contratación pública, la Ley 80 de 1993 en su artículo 68 que consagra:

Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y la conciliación, amigable composición y transacción.

Uno de estos mecanismos alternativos, es el arbitraje, definido por Silvia Barona Vilar como: “Mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, que se estructura a partir de la voluntad de dos partes que, con intereses contrapuestos, deciden que un tercero llamado árbitro resuelva en derecho o equidad con efecto de cosa juzgada, sus controversias presentes o aquellas que pudieren llegarse a presentar” (Barona, 2011, p. 199.)

De la definición se desprende que el origen del arbitraje es la voluntad de las partes y son ellas quienes válidamente deciden sustraer la competencia del litigio al juez institucional del Estado, para asignársela a árbitros habilitados para administrar justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política.

Dentro de este marco ha de considerarse que la tendencia de los últimos años a raíz de esos problemas de la justicia, ha sido la de considerar la inclusión de cláusulas contractuales que aboguen por métodos alternativos de solución de conflictos en caso de presentarse aquellos, siendo el arbitraje el que más resalta y el que más desarrollo ha tenido a través de los contratos estatales.

El pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso. 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” 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”.

Es necesario recalcar que la consecuencia jurídica producto de la existencia de cláusula compromisoria o compromiso es que, ante la existencia de una controversia contractual, una de las partes pueda acudir a la justicia arbitral, excluyendo al juez natural del contrato del conocimiento del asunto en disputa y allí buscar la solución conforme al procedimiento contemplado en la Ley 1563 de 2012, toda vez que del pacto arbitral surgen dos obligaciones, una obligación de hacer, que consiste en someter sus diferencias a la decisión de árbitros y una obligación de no hacer, representada en no someter tal controversia a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Hay sin embargo, algunos casos en los cuales a pesar de que los contratantes de común acuerdo y expresamente decidieron someter el conocimiento de las controversias a la justicia arbitral, una de las partes, pese al pacto, opta por desconocer ese acuerdo y acude ante la

jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea el juez institucional del contrato quien decida sobre la controversia. Y en este caso puede la contraparte en la contestación de la demanda proponer como excepción la falta de jurisdicción del juez administrativo o la existencia de la cláusula compromisoria, con el fin de evitar que sea esta jurisdicción quien conozca del litigio y en ese caso deberá el juez declararse incompetente para fallar el asunto y deberá ordenar que se tramite ante la justicia arbitral, ya que así lo dispusieron las partes por mutuo acuerdo.

Lo que importa observar es que, existen casos en los cuales interpuesta la demanda ante la justicia administrativa por una de las partes, el demandado no haga uso de las excepciones planteadas o no conteste la demanda y es justo en ese momento procesal en el cual surge la figura de la renuncia tácita del pacto arbitral, que consiste como su propio nombre lo indica, en la renuncia al sometimiento de la justicia arbitral que contractualmente habían acordado las partes para permitir que sea nuevamente competente el juez natural del contrato.

Por esta razón es que el Juez de lo contencioso administrativo da valor a la conducta procesal asumida por ambas partes y entiende que lo pactado consensualmente en el contrato o en documento anexo al mismo fue revaluado por los contratantes y decidieron volver al juez natural del contrato para que sea este quien dirima los puntos en discordia.

Del rastreo jurisprudencial realizado se pudo establecer que fue la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia quien abordó esta tesis en un proceso de solicitud de exclusión de socios, quienes en la escritura pública de constitución de la sociedad acordaron que las controversias que llegaren a surgir entre ellos, serían sometidas al conocimiento de árbitros. No obstante, se desconoce el pacto y se acude a la justicia ordinaria con el fin de dirimir el conflicto y allí se señaló que:

(...) la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto, el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de abril de 1992, C.P. Eduardo García Sarmiento).

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la sección tercera del Consejo de Estado en sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10882, se adhiere a la postura sostenida por la Corte Suprema de Justicia, afirmando que si la misma aplica para contratos que se rigen por el derecho privado, con más razón se debe hacer extensiva a los contratos regidos por los instrumentos de derecho público, donde prevalecen los intereses generales y argumentado que es imposible dividir la jurisdicción, toda vez que, el acto administrativo materia de discusión en ese caso, comportaba el uso de poderes exorbitantes, materia que acorde a lo decantado por la

jurisprudencia del Consejo de Estado y de la propia Corte Constitucional, es vetada para la decisión de árbitros.

Aquí conviene detenerse un momento a fin de señalar que, en esta sentencia el consejero Daniel Suarez Hernández, salva el voto argumentando que, el hecho de que no se haya excepcionado falta de jurisdicción, no desaparece el pacto arbitral, y menos sanea la nulidad absoluta que lleva consigo la falta de jurisdicción. Y afirma que la Sala ha sostenido que la única forma de derogar el convenio arbitral es mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a Tribunal de Arbitramento.

De esta circunstancia nace el hecho de que, en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, en sentencia del 18 de junio de 1992, expediente 6761, admitía con que la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustrae válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquella se determinan, con el resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ella conoce, el proceso es nulo.

Y no es mera coincidencia que, en la justicia ordinaria también en un primer momento se aceptara la misma tesis y en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1979 se concluyó que si las partes de un contrato que contempla cláusula compromisoria o compromiso, acuden pese al pacto, a la justicia ordinaria, el juez debe rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción.

Todo lo dicho hasta ahora explica que, en un primer momento tanto la jurisdicción ordinaria como la contenciosa administrativa afirmaron que la existencia de cláusula compromisoria en un contrato sometido a discusión ante una de ellas, producía el efecto de producir el rechazo de la demanda o de viciar de nulidad el proceso por falta de jurisdicción, esto hasta el año 1992 y 1997 respectivamente, años en los cuales varía la postura hasta ahora aceptada jurisprudencialmente por los órganos de cierre y es a partir de allí que toma fuerza la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, tesis que es reiterada pacíficamente hasta la sentencia del 18 de abril de 2013, expediente 17.859, en la cual la sala plena de la sección tercera del Consejo de Estado modifica nuevamente la tesis jurisprudencial imperante hasta ese momento.

En esta ocasión se trató de una controversia contractual con pacto compromisorio, en donde una de las partes mediante acto administrativo dispuso la terminación del contrato y la otra acudió a la justicia, solicitando la nulidad de los mismos, en la sentencia sostuvo el Consejo de Estado que si las partes optaron libremente por la justicia arbitral, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a esta o al juez institucional del Estado.

Adicionalmente no puede el juez de lo contencioso administrativo inferir de la mera conducta procesal de las partes la renuncia a la cláusula compromisoria pactada previamente en el contrato, toda vez que la solemnidad de la misma exige para su modificación que se haga a través de otro escrito que dé cuenta de la voluntad expresa de las partes de deshacer lo que habían acordado previamente, toda vez que en derecho las cosas se deshacen como se hacen y hacerlo equivale a desconocer la autonomía del pacto arbitral y el principio de planeación, en donde se dispuso por parte del Estado su conveniencia al interior del contrato.

Por último, concluye que seguir admitiendo la tesis de la renuncia tácita equivale a afirmar que existen dos jurisdicciones con igual competencia para dirimir el conflicto y que las partes son libres en escoger cuál de las dos -arbitral o institucional- decide la controversia.

Este cambio de la regla jurídica trajo como consecuencia la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción a todos aquellos procesos de controversias contractuales en los que consensualmente las partes, vía cláusula compromisoria o compromiso, dependiendo del caso, habían decidido otorgar competencia a un tribunal de arbitramento para dirimir un eventual conflicto, no obstante, con la presentación de la demanda y la no proposición de la excepción respectiva o la no contestación, se legitimó la competencia sustraída en principio a la jurisdicción contenciosa administrativa y previo el cumplimiento de las etapas procesales, se estaba a la espera de la terminación del proceso con la sentencia respectiva.

Es oportuno ahora precisar que la nueva tesis y en virtud de lo dispuesto por el mismo Consejo de Estado, 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”, ya que en el párrafo del artículo 21, sostiene que la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto, es decir, convalido la tesis jurisprudencial hasta ese momento imperante en la jurisdicción contenciosa administrativa.

No se desconoce que los cambios jurisprudenciales obedecen a que el derecho no es estático y a medida que el tiempo va pasando, las circunstancias que un momento dado fueron la base para tomar una determinada posición jurídica frente a una situación fáctica varían, dando paso a realidades que necesitan un giro en el pronunciamiento inicial que tuvieron las Altas

Cortes con el fin de amoldar los hechos al derecho, en aras de salvaguardar el régimen jurídico del Estado, como lo sostiene el doctor Álvaro Cuesta Simanca: “Dichos cambios son aceptados por jueces y doctrinantes, quienes los tienen como ajustados al ordenamiento pues aseguran que con ellos se busca evitar la petrificación del orden legal y además, evitar que las equivocaciones del pasado sean las equivocaciones del presente y el futuro.” (Simanca, 2012, p. 113)

Es en este sentido que se quiere abordar el estudio de esta línea jurisprudencial, en aras de determinar como la sección tercera del Consejo de Estado con este cambio afecto un sin número de procesos incoados bajo la regla que aceptaba la renuncia tacita del pacto arbitral y que con la nueva postura de su no aceptación se ven abocados a una declaratoria de nulidad por falta de competencia y la remisión de su controversia ante la justicia arbitral, afectando derechos fundamentales de los asociados, en la misma obra citada anteriormente se afirma:

El derecho de acceso a la justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, contribuye a la realización de los fines esenciales del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas, que se ven socavadas cuando el máximo tribunal de lo administrativo desconoce el proceder que el mismo estimulo en el pasado, so pretexto de rectificar su jurisprudencia, introduciendo cambios sorpresivos en sus decisiones que los particulares no podían prever ni imaginar. (Simanca, 2012, p. 138 y 139)

Para los fines de nuestro argumento, es importante precisar que, en el proceso de rastreo de sentencias que abordaran el tema materia de estudio, encontré una sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado que se pronunció frente a la posible violación de derechos

fundamentales de un tutelante, actor dentro de un proceso de controversias contractuales afectado por el cambio de jurisprudencia que venimos reseñando, en donde se decidió dejar sin efectos el auto que declaró la nulidad del proceso y consecuentemente ordenó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidir de fondo la apelación dentro del proceso, la Sala afirmo lo siguiente:

Para la Sala, las consideraciones que la Sección Tercera plasmó en el citado proveído, más allá de variar una tesis, en realidad modificaron una regla, que aun cuando fuese de índole jurisprudencial, tenía una fuerza vinculante tal que había creado no solamente en los operadores jurídicos sino en los destinatarios de la ley, la convicción de que al pacto compromisorio se renunciaba tácitamente por la actitud pasiva de la parte demandada respecto de la proposición de la excepción respectiva, situación que determinaba en ésta jurisdicción la competencia para resolver el asunto. La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecuentemente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular. El abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de cláusula compromisoria, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita. La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aún, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han

pasado cerca de diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente número 11001-03-15-000-2015-00031-00 (AC). Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Colombia.)

3.2 Planteamiento interrogativo

¿Cuáles son las reglas y sub reglas establecidas por la sección tercera del Consejo de Estado para la procedencia de la figura de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria?

3.3 Planteamiento hipotético

Cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden-pese al pacto-a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

3.4 Objetivos

3.4.1 General

Analizar la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, en relación con la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria.

3.4.2 Específicos

- Identificar las reglas y subreglas bajo las cuales el Consejo de Estado ha construido la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria.

3.5. Explicación Metodológica de la Línea, y clasificación de las sentencias que han tratado el tema

3.5.1 Lapsos a estudiar

La presente investigación a efectos de determinar el período en el cual se realizará el análisis de las sentencias que tratan el problema jurídico parte de la sentencia arquimédica proferida el 18 de mayo de 2017 y a partir de esta se realiza la ingeniería de reversa para construir el nicho citacional.

Para determinar el periodo en el cual se realizará la investigación, es necesario tener en cuenta que según se desprende de la sentencia arquimédica – aquella proferida en mayo del año 2017- el origen de la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisorio data del año 1997 en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y del año 1992 en la jurisdicción ordinaria, providencia que por ser ampliamente citada en las sentencias del Consejo de Estado, debe ser abordada en el presente estudio.

Por el contrario y a partir del salvamento de voto del consejero Daniel Suarez Hernández, se logró evidenciar la existencia de una primera tesis al interior de los dos órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, que estipulaba la consecuencia de un rechazo de la demanda o una declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción, cuando al interior de un proceso se encontraba el juez con la existencia de cláusula compromisorio al interior de un contrato materia de discusión, circunstancia que obliga a tener en cuenta estas sentencias como

fundadoras y aquellas que modifican la tesis como hito dentro de cada jurisdicción y obliga a ampliar el lapso a estudiar desde 1979 hasta 2017.

3.5.2 Clasificación de las sentencias

3.5.2.1 Sentencia Arquimédica.

Consejo de Estado (2017), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 18 de mayo de 2017. Expediente número 25000-23-26-000-2004-00672-01 (34681). Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, providencia más reciente en la cual se sostiene que la presentación de la demanda en una controversia contractual que contiene cláusula compromisoria genera el rechazo de la misma o la declaratoria de nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, sin importar que la contraparte guarde silencio en la contestación o no proponga la excepción correspondiente.

3.5.2.2 Sentencias hito

Corte Suprema de Justicia (1992). Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de abril de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento, en esta sentencia el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria advirtió que pese a la existencia de cláusula compromisoria en un proceso de controversia contractual, al juez le está prohibido inhibirse oficiosamente para actuar en el proceso ni menos para invalidarlo y ordenar un arbitraje al cual las partes le quitaron sus efectos. Esta sentencia es ampliamente citada por los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Consejo de Estado (2013). Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859). Consejero Ponente: Carlos

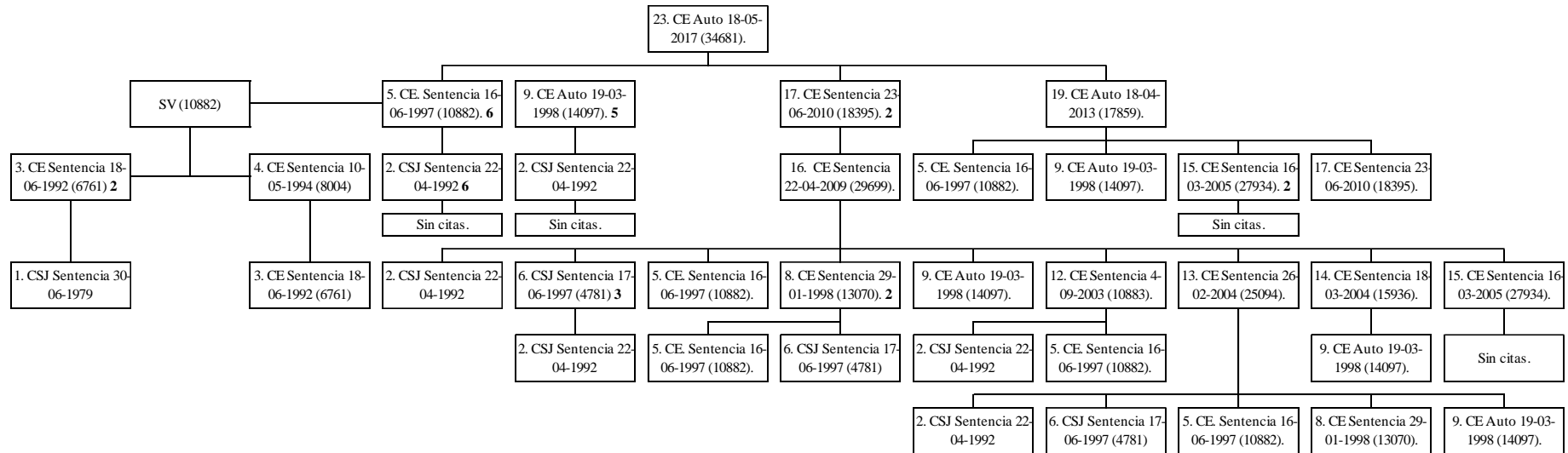
Alberto Zambrano Barrera, en esta providencia la jurisprudencia pacífica imperante en la sección tercera del Consejo de Estado desde el año 1997 da un giro, pasando de la aceptación de la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, a no concederle algún efecto procesal a la conducta de las partes cuando habiéndose pactado que las diferencias que llegaren a surgir serían sometidas al conocimiento de árbitros, uno de los extremos de la litis decide instaurar proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la otra en la contestación, no propone la excepción correspondiente.

3.5.2.3 Sentencia fundadora de línea, o fundacional.

Corte Suprema de Justicia (1979). Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 1979. Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper, en esta ocasión la corporación sostuvo que no se puede desconocer el valor jurídico de la renuncia a hacer valer las pretensiones que llegaren a surgir ante la jurisdicción ordinaria, renuncia que no puede invalidarse por el solo hecho de guardar silencio las partes demandantes y demandada, pues el pacto de sustraer toda controversia del conocimiento de esta jurisdicción solo es posible modificarlo a través de un documento de la misma naturaleza que contiene el acuerdo.

4. Análisis jurisprudencial

4.1 Nicho citacional



* Las sentencias que no tienen número de citas, se debe a que fueron citadas una sola vez.

4.2 Teoría jurídica integral (Análisis dinámico)

La ingeniería de reversa aplicada desde la sentencia arquimédica permitió en este caso conocer como la sección tercera del Consejo de Estado a través de los años, ha construido las reglas jurisprudenciales aplicables en cada caso al problema jurídico a resolver en las sentencias y autos que fueron analizadas, el cual grosso modo se centra en determinar si la jurisdicción contenciosa administrativa es competente para conocer asuntos de controversias contractuales donde las partes a través del compromiso o la cláusula compromisoria decidieron que el litigio fruto de esa relación contractual fuera dirimido por la justicia arbitral, no obstante, una de las partes demanda y la otra en la contestación guarda silencio o contestándola, no propone la excepción de falta de jurisdicción.

Esto nos lleva al nicho citacional y es posible advertir que ha sido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su sala civil, quien ha abanderado en un primer momento las tesis jurisprudenciales que se advierten al interior de la línea y por ser citadas en providencias del Consejo de Estado y un referente importante para nuestro trabajo, es que he decidido incorporarlas sin desconocer que es la jurisdicción contenciosa administrativa nuestro norte y materia de estudio.

Tomemos como punto de partida la sentencia del 30 de junio de 1979 de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que el análisis dinámico permitió observar que ha sido este pronunciamiento la sentencia fundadora de la tesis que en su momento sostenía que el sólo hecho de acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de solucionar un litigio fruto de un contrato que

contenía pacto arbitral producía el rechazo de la demanda o la nulidad de lo actuado, dependiendo del momento procesal y que el pacto no puede entenderse invalidado por el solo hecho de haber guardado silencio ambas partes, puesto que aquel se deroga únicamente por otro documento de la misma naturaleza en la que se consignó dicho pacto. En este caso la regla jurisprudencial que deriva del texto de la sentencia es: Si las partes de un contrato que contempla cláusula compromisoria o compromiso, acuden pese al pacto, a la justicia ordinaria, el juez debe rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción.

Ya hemos visto como en la jurisdicción ordinaria se contemplaba la consecuencia jurídica para aquellos casos en los cuales se demandaba desconociendo a la justicia competente para resolver las controversias fruto de ese contrato en específico, ahora es importante conocer como el Consejo de Estado en sentencia del 18 de junio de 1992 acoge la misma tesis y concluye que en un contrato que incluya cláusula compromisoria y sus diferencias se sometan al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, procederá la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción, citando el anterior pronunciamiento pero con la salvedad de que en este caso se estaba en presencia de actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad exorbitante y que como tal son materia vetada para la justicia arbitral, no así sobre la solicitud de perjuicios que de allí se derivan, por lo tanto resolvió el asunto de la legalidad de estos pero decidió declarar la nulidad de lo resuelto en materia de perjuicios por falta de competencia.

Volvamos a examinar la jurisdicción ordinaria, toda vez que ese mismo año es que la sección tercera del Consejo de Estado acogía la tesis mencionada, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1992 cambia la postura que venía asumiendo y concluye que si las partes de un contrato que contiene pacto arbitral acuden a la jurisdicción ordinaria interponiendo

la demanda y en la contestación la contraparte no propone la excepción previa configurada por dicha cláusula, se estructura la tesis de la renuncia tácita al pacto arbitral y aquella le da nuevamente jurisdicción al órgano que la había perdido por voluntad de las partes. La regla que se deriva de esta sentencia es: La presentación de la demanda y la no proposición de la excepción previa correspondiente, modifica la cláusula compromisoria previamente pactada entre las partes.

Queda definido que de esta regla es que surge por primera vez en Colombia la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y se presenta cuando se infiere de la conducta procesal de las partes la intención de dejar sin efecto lo pactado previamente de renunciar a la jurisdicción, para que eventualmente ante el surgimiento de una controversia, la misma sea conocida por árbitros, toda vez que la corporación en pronunciamientos anteriores no aceptaba esta figura al considerar que la demanda ante la jurisdicción de un caso sometido a pacto arbitral, generaba una nulidad insubsanable, que debía ser declarada oficiosamente por el juez sin importar la conducta procesal asumida por las partes.

Volviendo ahora a la jurisdicción contenciosa administrativa, no es sino hasta el 16 de junio de 1997 que el órgano de cierre acoge la tesis de la renuncia tácita, citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y sosteniendo que si la misma aplica para contratos de derecho privado donde lo que prevalece es el interés particular, con mayor razón se debe aplicar a los contratos de derecho público donde prima el interés general. Es importante también señalar que en este caso así como en la sentencia donde se sostuvo que la consecuencia de la existencia de pacto arbitral al interior de un proceso era la nulidad por falta de jurisdicción, se avizoran actos administrativos en ejercicio de la potestad exorbitante, sin embargo en este caso se concluyó que no era posible decidir sobre la legalidad de estos actos administrativos y ordenar que las

pretensiones pecuniarias derivadas de aquellos fuese dirimida por la justicia arbitral en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

Pero antes de seguir adelante consideremos el salvamento de voto del Consejero Daniel Suarez Hernández, quien argumenta que no comparte la tesis sostenida por la mayoría, de afirmar que la cláusula pactada es facultativa y no imperativa, toda vez que ello equivaldría a que el pacto convenido sería inane, dejando a las partes la facultad de escoger la jurisdicción que eventualmente resolvería las diferencias surgidas. Argumenta que así la contraparte no haya excepcionado falta de jurisdicción, no por ello estamos en presencia de una renuncia tácita del pacto arbitral y menos aún en una subsanabilidad de una nulidad absoluta. La Sala ha sostenido que la única forma de derogar el convenio arbitral es mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a Tribunal de Arbitramento.

Más tarde, en efecto, a pesar de que la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria se mantenía pacífica desde el año 1997 al interior de la sección tercera del Consejo de Estado, es el 18 de abril de 2013 que la sala plena decide unificar su jurisprudencia 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, advirtiendo que solo es posible modificar el pacto de la misma manera en que se constituyó el mismo, es decir acuerdo de las partes elevado a un escrito y que dar valor a la conducta procesal de las partes infiriendo de ella la voluntad de dejar sin efecto el pacto arbitral es desconocer el principio de planeación que está inserto en todos los contratos estatales y a través del cual la entidad pública determino la necesidad y conveniencia de su inclusión, de igual forma, se desconoce la autonomía de la cláusula compromisoria, ya que en virtud de aquella, el

pacto continúa generando efectos a pesar de que el contrato haya desaparecido del mundo jurídico, y con mayor razón este debe permanecer indemne, si las partes nada han decidido por escrito acerca de su modificación.

Basándose en los argumentos expuestos para sostener el cambio de tesis jurisprudencial hasta ahora imperante al interior de la corporación, se llegó a la consecuencia jurídica que implica para los procesos de controversias contractuales en donde los jueces adviertan la existencia de pacto arbitral y no es otra que la nulidad por falta de jurisdicción, ya que las normas procesales contemplan que el juez tiene la facultad oficiosa de decretar las nulidades insubsanables que señale al interior del proceso, siendo la falta de jurisdicción, una de las referidas y entendida esta 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. La regla que se extrae de la sentencia es: Cuando 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.

En sentido contrario a través de salvamento de voto por parte de los consejeros Stella Conto Díaz y Danilo Rojas Betancourth, se separaron de la decisión de la sala plena, toda vez que exigir un requisito de formalidad para separarse de los efectos del pacto arbitral es desconocer los efectos de la conducta concluyente en la interpretación de las obligaciones y se vulnera la autonomía de la voluntad. La línea jurisprudencial mantenida era pacífica y de

aceptación doctrinal, lo que advierte que no fue la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia lo que propicio la unificación. El cambio afecta a las partes en contienda, quienes estaban convencidos que al pacto arbitral se renunciaba tácitamente con la conducta procesal de las partes, una presentando la demanda y la otra no proponiendo la excepción correspondiente, empero con la nueva tesis, el proceso estaba viciado de nulidad por falta de jurisdicción, posición que dejó sin efectos el trato igualitario y las expectativas legítimas frente a la línea jurisprudencial consolidada.

Tenemos en consecuencia, que a partir del 18 de abril de 2013 son varios los pronunciamientos del Consejo de Estado a través de autos por medio de los cuales se declaró la nulidad de lo actuado dentro de procesos de controversias contractuales en donde a pesar de existir pacto arbitral, una de las partes demandó ante la jurisdicción contenciosa administrativa y la otra no propuso la excepción correspondiente o no contestó la demanda, dando aplicación a la nueva tesis jurisprudencial y es importante señalar que su ratio decidendi es la misma que se contempló en el auto de unificación.

Quisiera ahora hablar de la Ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional, porque en ella se consagró en el artículo 3 que el pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces y en el párrafo del mismo artículo se dijo que si en el término de traslado de la demanda, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral. De donde se colige que procesalmente hablando las partes de un contrato que incluye cláusula compromisoria o compromiso, a pesar de que consintieron tramitar sus diferencias ante la justicia arbitral, es

probable que una de ellas desconozca lo pactado y acuda al juez institucional, sin embargo la contraparte puede exigir que se respete lo acordado y es a través de la interposición de la excepción previa de existencia de pacto arbitral que solicita al juez la remisión del proceso a la justicia arbitral.

Muy al contrario de lo que pasa con el silencio de la contraparte en la contestación o contestando pero sin proponer la excepción previa correspondiente, que como hemos visto in extenso equivale a la tesis de renuncia tácita de la cláusula compromisoria, tesis hasta esta fecha de construcción jurisprudencial, sin embargo en esta norma se contempló en el párrafo del artículo 21 lo siguiente: “La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”. De donde se colige que se consideró pertinente llevar a la legislación lo que jurisprudencialmente se venía aceptando pacíficamente a través de los años tanto en la justicia ordinaria como en la jurisdicción contenciosa administrativa.

No pongo más que un ejemplo: la sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril de 2013, advirtiendo que el nuevo estatuto de arbitraje se había pronunciado sobre el tema objeto de debate, preciso que la nueva tesis solo aplica a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012, toda vez que, expresamente el párrafo del artículo 21 dice que no interponer “la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

Quiero concluir esta teoría jurídica integral haciendo una mención a una nueva sentencia que por su contenido amerita, así sea de manera somera, dar a conocer, toda vez que debe determinar si se ajusta a derecho declarar la falta de jurisdicción por existir una cláusula

compromisoria pactada pero no alegada por la demandada, con fundamento en el criterio jurisprudencial acogido por el Consejo de Estado con posterioridad a la presentación de la demanda contenciosa que dio origen a la controversia.

En resumidas cuentas, la sentencia del 25 de abril de 2018 aborda el estudio del precedente judicial como una fuente de derecho con fuerza vinculante que hace radicar en toda autoridad destinataria el deber de obedecerlo y como manifestación tutelada por el debido proceso que se concreta en el derecho subjetivo a que se aplique en su favor el derecho vigente acorde a las mismas consideraciones o razones expuestas en previas decisiones de la autoridad, precedente que en un momento determinado puede ser desconocido por el juez, siempre que satisfaga una suficiente y ponderada carga argumentativa.

En resumidas cuentas, observando que el precedente puede ser modificado en un momento determinado, por la vía del cambio de jurisprudencia, no se justifica que a costa de tal evolución sea legítimo o proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Para la sala la retroactividad del precedente viola la cláusula del Estado de Derecho y el deber general del Estado de respetar las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.

4.3 Gráfica de línea jurisprudencial.

Ahora, se presenta la gráfica que permite visualizar la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en aquellos casos en los que se ha analizado el tema de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, tanto cuando se ha decidido que la existencia del pacto en el contrato o en documento anexo a este produce el rechazo de la demanda o la nulidad de todo lo actuado, así como cuando se ha reconocido que la presentación de la demanda y el silencio del demandado o su contestación sin proponer la excepción correspondiente cuando existe pacto arbitral produce la renuncia al mismo y conduce a que la competencia retome al juez natural del contrato que por virtud de acuerdo de las partes había sido eximido del conocimiento de las controversias que llegaren a surgir entre aquellos.

| ¿Cuándo entre las partes de un contrato que contiene pacto arbitral se presenta demanda y la contraparte guarda silencio o contesta sin proponer la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, se presenta la renuncia tácita al pacto arbitral y es competente el juez para decidir o por el contrario es causal de nulidad por falta de jurisdicción? | | |
|--|---|--|
| No procede la tesis de la renuncia tácita y la consecuencia es la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, ya que la única forma de modificar el pacto es hacerlo de la misma manera en que se constituyó el mismo, es decir por escrito | ▲ CSJ 30-06-1979 | Si procede cuando a pesar de haberse pactado cláusula compromisoria entre los contratantes y una vez surgida la controversia contractual, una de las partes, pese al pacto, demanda ante el juez natural del contrato y la otra parte guarda silencio o contesta sin |
| | ▲ CE 18-06-1992 | |
| | ▲ CE 10-05-1994 (8004) | |
| | CSJ 22-04-1992 ▲ | |
| | ▲ SV (10882) CE 16-06-1997 (10882) ▲ | |
| | CSJ 17-06-1997 (4781) ▲ | |
| | CE 18-09-1997 (13573) ■ | |
| | CE 29-01-1998 (13070) ▲ | |
| | CE 19-03-1998 (14097) ■ | |
| | CE 30-07-1998 (14619) ■ | |
| CE 24-07-2003 (23139) ■ | | |
| CE 04-09-2003 (10883) ▲ | | |
| CE 26-02-2004 (25094) ▲ | | |

| | | |
|--------------------------|--------------------------------------|--|
| | CE 18-03-2004 (15936)▲ | proponer la excepción correspondiente. |
| | CE 16-03-2005 (27934)▲ | |
| ▲ SV (29699) | CE 22-04-2009 (29699)▲ | |
| ▲ SV (18395) | CE 23-04-2010 (18395)▲ | |
| | CE 10-03-2011 (15935)▲ | |
| | Parágrafo Art. 21 Ley 1563 de 2012 ● | |
| ■ CE 18-04-2013 (17859) | SV (17859) ■ | |
| ■ CE 02-05-2013 (22508) | | |
| ■ CE 20-05-2013 (24599) | | |
| ■ CE 24-07-2013 (28345) | | |
| ■ CE 12-08-2013 (28730A) | | |
| ■ CE 18-05-2017 (34681) | | |
| | | |
| | | |

5. Conclusiones

Finalizado el análisis de la jurisprudencia tanto al interior de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por ser referencias obligadas en el presente estudio y citadas ampliamente por la sección tercera del Consejo de Estado, tal y como se evidencia en el nicho citacional y los pronunciamientos del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, podemos afirmar que si bien en un primer momento tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contenciosa se exigía como requisito de derogación del pacto, un documento de la misma naturaleza en la que se consignó el acuerdo arbitral, so pena de declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, es importante precisar que con posterioridad, ambos cuerpos colegiados optaron por variar esta tesis y aceptar que la conducta procesal de las partes podía ser interpretada por parte de los operadores jurídicos como una aceptación a modificar lo que previamente estas habían acordado, sin embargo es recogida esta tesis y nuevamente se opta al interior de la sección tercera del Consejo de Estado por exigir que para alterar el pacto arbitral las partes deben hacerlo de común acuerdo y por escrito.

A continuación abordaremos cada una de esas posiciones jurisprudenciales asumidas en su momento por las corporaciones señaladas con el fin de intentar ahondar en los motivos tenidos en cuenta para los giros anteriormente señalados y sus implicaciones en los procesos contractuales iniciados con posterioridad a la aceptación de la tesis de la renuncia tácita.

Como se indicó, es en el año 1979 que la sala civil de la Corte Suprema de Justicia al estudiar un recurso de casación con fundamento en la existencia de cláusula compromisoria, decide decretar la consecencial nulidad por falta de jurisdicción, toda vez que el pacto arbitral

produce que se pierda la jurisdicción del Estado a conocer y decidir las controversias que allí se determinen, tal y como lo consagraba en su momento el código de procedimiento civil en el artículo 152.

Se resalta que en este caso no se aceptó que las partes hubiesen guardado silencio con respecto al pacto, puesto que consideró la Corte que la única forma de derogar el pacto es a través de un documento de la misma naturaleza en que se consignó aquel, pero se llega a aquella conclusión sin citar doctrina alguna ni jurisprudencia que hubiese servido de soporte a la decisión final de este proceso.

Del mismo modo, la sección tercera del Consejo de Estado en el año 1992, al abordar el estudio de una controversia contractual con inclusión de pacto arbitral, acoge los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia y concluye que si las partes acordaron someter sus diferencias al conocimiento de árbitros, no le es dable al Tribunal pronunciarse al respecto por haber perdido jurisdicción. No ocurre lo mismo con las diferencias que surgieron con ocasión del contrato pero relacionadas con la utilización de las potestades exorbitantes, puesto que al respecto ya se había zanjado la discusión sobre qué temas estaban vetados al interior de la justicia arbitral y estos actos administrativos caían dentro de esta órbita.

Es prudente advertir que frente al argumento expuesto por una de las partes de considerar que en pronunciamientos anteriores el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia habían aceptado que el silencio de las partes con respecto a la cláusula arbitral producía la renuncia tácita a la misma, la corporación optó por acoger la jurisprudencia ya analizada en párrafos anteriores y decidir que se estaba en presencia de una carencia de jurisdicción y su saneamiento es solo regulable por el legislador.

Consideró que la postura asumida en esta providencia por el Consejo de Estado, de aceptar la posibilidad de que dos jurisdicciones diferentes se pronuncien respecto un mismo asunto contractual, por un lado la justicia contenciosa administrativa quien debe pronunciarse sobre la nulidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio del poder exorbitante y por el otro la justicia arbitral, quien decide sobre las indemnizaciones y pago de perjuicios, no es acertada y va en contravía de la unidad de jurisdicción y por ende en la seguridad jurídica. Posición que es corregida en sentencia posterior por la corporación.

Conviene, sin embargo, advertir que ese mismo año el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, dio un giro en la tesis que hasta esa fecha había sostenido y concluyó que el pacto es renunciable y que la presentación de la demanda y su contestación guardando silencio frente a la excepción previa de falta de jurisdicción, equivalían a elevar un escrito y acordar la derogación del pacto.

Dentro de este contexto y haciendo una interpretación de las normas procesales vigentes para esa época, es que se llega a afirmar que la existencia de pacto arbitral genera el efecto de renunciar a hacer valer las pretensiones ante los jueces y como tal el Código de Procedimiento Civil contemplaba como excepción previa el compromiso o cláusula compromisoria, no obstante, también estipulaba que los hechos que configuran excepciones previas no podrían ser alegados como causal de nulidad por el demandante, cuando tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.

Esto es absolutamente cierto. Si el efecto procesal de la existencia de cláusula compromisoria o compromiso es sustraer el conocimiento de la controversia al juez institucional del contrato para otorgársela a la justicia arbitral, el hecho de que una de esas partes acuda a la

jurisdicción con la presentación de la demanda genera la posibilidad de que la contraparte proponga la excepción previa de falta de jurisdicción sustentada en la existencia de pacto arbitral y deberá en este sentido pronunciarse el juez con el rechazo de la demanda y consecuentemente ordenando la remisión del expediente a la justicia arbitral.

Pero el caso es que en algunas ocasiones esa contraparte no contesta la demanda o contestándola, no propone la excepción previa que ataca la indebida escogencia de procedimiento para dirimir el conflicto y es allí cuando se deduce de esa conducta procesal, que ambas partes decidieron derogar aquel pacto previo y aceptar que sea nuevamente competente el juez natural del contrato para dirimir aquella controversia.

Es interesante examinar el problema también desde la teoría de las obligaciones tal y como lo afirma la doctora María Cristina Morales (2005) al ser el pacto un contrato le es aplicable lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, puesto que el mismo es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento de aquellos o por causas legales y frente a la terminación el artículo 1625 del citado estatuto, consagra que las obligaciones se extinguen por convención de las partes y la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que esa manifestación puede no ser expresa.

De la misma manera, pero en el año de 1997, la sección tercera del Consejo de Estado siguiendo el mismo camino de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar un proceso de controversias contractuales con inclusión de pacto arbitral, sostuvo que de las actuaciones procesales de ambas partes, con la expedición de los actos administrativos acusados en la demandada y la no solicitud de aplicación de la cláusula por la otra parte, se dejó sin efecto la aplicación de la justicia arbitral, citando en sus consideraciones la sentencia de la Corte Suprema

de Justicia del año 1992, que acepto la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, argumentando que si la misma aplica para los contratos de derecho privado donde lo que se mira es el interés particular, con mayor razón en los contratos regidos por los instrumentos de derecho público, donde prevalecen los intereses generales.

Hay que advertir, que en este proceso se discutía la legalidad de actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad exorbitante del Estado y adicional al argumento anteriormente planteado, se sostuvo por la corporación que esta no era materia de discusión destinada a ser dirimida por un Tribunal de Arbitramento y por tanto no era posible discutir sobre la legalidad de estos actos y aceptar que la justicia arbitral decidiera sobre las pretensiones patrimoniales, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción.

Basándose en la tesis contraria, el Consejero Daniel Suarez Hernández salvo el voto y argumentó que el hecho de que no se haya excepcionado falta de jurisdicción, no desaparece el pacto arbitral, y menos sanea la nulidad absoluta que lleva consigo la falta de jurisdicción y que ya se había decidido un proceso de controversias contractuales con acumulación de pretensiones de distintas jurisdicciones, una a través de la cual se persigue la anulación de los actos administrativos en los que la entidad estatal declaró unilateralmente el incumplimiento del contrato por parte de la contratista; la otra, mediante la cual se pretende la declaratoria de incumplimiento por parte de la contratante y se decidió que el conocimiento y decisión de la primera corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que la segunda debe ser sometida a la justicia arbitral, escogida válidamente por las partes para dirimir las diferencias o controversias de naturaleza jurídica, o de interpretación del contrato, o de aplicación de alguna de sus cláusulas.

Como si fuera poco, la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria al interior de la sección tercera del Consejo de Estado continúa su desarrollo con sentencias que resaltan con mayor precisión su plena aplicación en aquellos eventos en los cuales, pese a haberse pactado que las diferencias que llegaren a surgir con ocasión del contrato serían dirimidas por la justicia arbitral, una de las partes presenta demanda ante el juez natural del contrato y la otra en la contestación guarda silencio o contesta la demanda sin proponer la excepción correspondiente, tendiente a hacer valer lo pactado.

Finalmente en el año 2013 en providencia del 18 de abril, la sala plena de la sección tercera decide modificar la tesis hasta ahora imperante desde el año 1997 y aceptar que la existencia de cláusula compromisoria al interior de un proceso de controversias contractuales genera por si sola la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, apoyado su razonamiento en la exigencia legal que se deriva de las normas pertinentes sobre arbitraje para afirmar que si es posible modificar lo pactado pero observando los mismos requisitos para su constitución, es decir, mediante un acuerdo de voluntades elevado a escrito y no por deducción de la conducta procesal de las partes.

Otro argumento que tuvo en cuenta la corporación fue el principio de planeación que está inserto en todos los contratos celebrados por las entidades públicas y a través del cual aquellas analizan la necesidad y conveniencia de insertar la cláusula desde la etapa precontractual y su desconocimiento en virtud de la renuncia tácita va en contravía de este principio que desarrolla a su vez el de interés general y de legalidad.

Por último se afirma que una de las características de la cláusula compromisoria es su autonomía, al punto de que la misma es válida sin importar que el contrato del que dependa se

haya declarado nulo o inexistente, y deducir de la conducta procesal de las partes la renuncia al pacto es desconocer esta característica.

Entonces resulta que con esta modificación de la tesis jurisprudencial imperante hasta ese momento se produjo una afectación a todos los procesos iniciados con anterioridad a la providencia y dentro de los cuales el común denominador era la existencia de pacto arbitral y la interposición de la demanda, pese al pacto, ante la jurisdicción contenciosa administrativa y el correlativo silencio en la contestación o la no proposición de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria y esta consiste en la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción y la orden de remitir el expediente a la justicia arbitral para los fines pertinentes.

Hay que reconocer que los Consejeros Stella Conto Díaz Del Castillo y Danilo Rojas Betancourth salvaron el voto, argumentando que el criterio mayoritario de la Sala 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, toda vez que es diferente la naturaleza y el efecto del pacto arbitral con el negocio liberador de las partes y vulnera la autonomía de la voluntad privada la posición que asume el juez al relevar de la carga procesal con que cuenta el demandado de proponer la excepción y obligarlos unilateralmente a estar atados a un pacto al que consintieron tácitamente dejar sin efectos.

Y además: el cambio de la jurisprudencia consolidada no puede aplicarse con carácter retroactivo sin vulnerar las garantías a la igualdad y a la confianza legítima en las decisiones judiciales, haciendo 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, sostuvieron los Consejeros.

Veamos lo que significa este cambio de tesis jurisprudencial y las consecuencias para los procesos iniciados con el convencimiento de que al pacto arbitral se renunciaba tácitamente. Solo en el proceso que derivó en la providencia de unificación de jurisprudencia se encuentra una demanda interpuesta en el mes de agosto del año 1998, fallada en primera instancia el 18 de noviembre de 1999 y apelada ante el Consejo de Estado, autoridad que en el año 2013, 15 años después del requerimiento de justicia, resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado basado en los argumentos expuestos y ordena remitir el expediente a la justicia arbitral por ser la competente para pronunciarse al respecto. Y con posterioridad al cambio jurisprudencial se encuentran múltiples autos que dando aplicación a la nueva tesis se pronuncian en el mismo sentido.

Una vez hecha esta precisión conviene resaltar que para la fecha de la providencia, 18 de abril de 2013, ya había entrado en vigencia la Ley 1563 de 2012, que expidió el nuevo Estatuto de Arbitraje, y que por virtud de lo estipulado en su artículo 119, empezó a regir el 12 de octubre de 2012, es por ello que la corporación al respecto sostuvo:

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 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”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente número: 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.)

El alcance del que hablan en la sentencia ya fue zanjado y la sección tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento con relación a los artículos citados, conceptuó que el Estatuto de Arbitraje si consagro normativamente la tesis de la renuncia tácita, convalidando lo que la jurisprudencia de los órganos de cierre de las jurisdicciones civil y contenciosa administrativa venía aplicando desde los años 1992 y 1997, respectivamente:

En efecto, si bien en el inciso segundo del artículo 3º se estableció como regla general la imposibilidad de acudir a los jueces una vez se haya suscrito el pacto arbitral, válidamente el legislador exceptuó dicha regla general con la previsión dispuesta en el parágrafo del artículo 21, norma que al circunscribirse al supuesto de la no interposición de la excepción de compromiso o clausula compromisoria, es de carácter especial.

Además, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3º de la ley 1563 de 2012 según el cual “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces

o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”, corresponde a una regla probatoria que no riñe con la posibilidad de renunciar tácitamente al pacto arbitral. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 5 de diciembre de 2016. Expediente número: 50001-23-33-000-2015-00618-01(58082). Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.)

Dentro de este marco ha de considerarse el antecedente legislativo de la ley 1563 de 2012, ya que en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley se vio la necesidad de incluir un párrafo al artículo 21 del mismo, para dirimir la problemática que se pudiera presentar en aquellos casos en los cuales una de las partes de un contrato sometido a pacto arbitral, decide instaurar demanda ante el juez natural de dicha controversia y la otra parte no propone la excepción correspondiente de compromiso o cláusula compromisoria, por lo que el juez en este caso no podrá alegar de oficio la falta de jurisdicción :

Se incorpora un párrafo con el fin de dejar en claro que la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral, a través del cual se zanja la controversia doctrinal sobre la posibilidad del juez de declinar de oficio su competencia por la existencia del pacto arbitral, y pone claramente en cabeza del demandado la carga de alegarla como excepción. (Gaceta del Congreso, Año XX N° 817 del 2 de noviembre de 2011, p. 10)

Lo anterior debido a que en el proyecto de ley no estaba contemplada la solución a este debate que jurisprudencialmente ya había sido dirimido pacíficamente.

En resumidas cuentas, considero que el abrupto cambio jurisprudencial acaecido con el auto del 18 de abril de 2013 no tuvo en cuenta que su aplicación afectaría únicamente procesos

iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir antes del 12 de octubre del mismo año, debido a que el Estatuto de Arbitraje tal y como lo señale en párrafo anterior, consagra que la no interposición de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto.

Esto quiere decir que procesos iniciados bajo la tesis jurisprudencial de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y en los cuales las partes actuaban convencidas de que junto con la presentación de la demanda ante el juez de lo contencioso administrativo y el silencio frente a la excepción previa correspondiente, no quedaba más remedio que esperar el pronunciamiento del juez natural del contrato, pero sorpresivamente se vieron afectados por el cambio de posición de la sección tercera y sus procesos declarados nulos por falta de jurisdicción y remitidos a la justicia arbitral para lo de su competencia, desconociéndose con ello las garantías a la igualdad y a la confianza legítima en las decisiones judiciales 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.

Lo curioso es que ya existe un pronunciamiento al respecto por violaciones a derechos fundamentales con la aplicación de la tesis referida a un proceso de controversias contractuales, en este caso, a pesar de que las partes habían acordado mediante la inclusión de cláusula compromisoria, someter sus diferencias al conocimiento de un tribunal de arbitramento, una de ellas presentó demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa y la otra en el momento procesal de la contestación, no alegó la excepción previa atacando la falta de jurisdicción por la existencia del pacto arbitral.

Lo que quiere decir que aplicada la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria a ese caso concreto, no le quedaba más remedio a la corporación que decidir de fondo el asunto, sin embargo, se decretó la nulidad de todo lo actuado y se ordenó remitir el expediente a la justicia arbitral.

Para los fines de nuestro argumento traigo a colación algunos de los argumentos expuesto en la sentencia de tutela del 5 de marzo de 2015, por medio de la cual la sección quinta del Consejo de Estado se centra en determinar si con el auto que decreto la nulidad de todo lo actuado por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se afectaron los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del accionante:

Evidentemente la tesis fue modificada en el sentido de exigirse a las partes manifestar de forma expresa y solemne su voluntad de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, con lo que se habilitaría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las diferencias suscitadas en el contrato estatal. Para la Sala, las consideraciones que la Sección Tercera plasmó en el citado proveído, más allá de variar una tesis, en realidad modificaron una regla, que aun cuando fuese de índole jurisprudencial, tenía una fuerza vinculante tal que había creado no solamente en los operadores jurídicos sino en los destinatarios de la ley, la convicción de que al pacto compromisorio se renunciaba tácitamente por la actitud pasiva de la parte demandada respecto de la proposición de la excepción respectiva, situación que determinaba en ésta jurisdicción la competencia para resolver el asunto. La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecencialmente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine,

nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular. El abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de cláusula compromisoria, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita. La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aún, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han pasado cerca de diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente número 11001-03-15-000-2015-00031-00 (AC). Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Colombia.)

En esta ocasión la sección quinta dejó sin efectos la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y le ordenó pronunciarse de fondo en la apelación a la sentencia dentro del proceso de controversias contractuales.

Es importante precisar que si bien es posible que se presenten casos donde jurisprudencialmente se da un giro contundente, estos no deben afectar los procesos que han sido iniciados bajo las consideraciones jurídicas anteriores, pues hacerlo contraviene el principio de confianza legítima.

No obstante si hacemos un análisis de las consecuencias jurídicas de este fallo de tutela, que si bien entendemos que genera efectos inter partes, es un referente importante para aquellos casos en los cuales las partes de un contrato estatal incoaron procesos de controversias contractuales con anterioridad al inicio de vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, la cual por mandato expreso del artículo 119 sólo empezaba a regir tres (3) meses después de su promulgación y su aplicación estaba determinada a los procesos arbitrales que se promovieran después de su entrada en vigencia, es decir el 12 de octubre de 2012.

Si tenemos en cuenta que el cambio de jurisprudencia fue el 18 de abril de 2013, fecha para la cual ya estaba vigente la Ley 1563 de 2012, norma que como sostuvimos en párrafos anteriores, ya había zanjado la discusión de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria en el parágrafo del artículo 21, no tendría ningún sentido modificar la tesis jurisprudencial, puesto que los casos que por controversias contractuales se iniciaron antes de dar inicio a la vigencia de la ley 1563, se regían por la sub regla de la derogatoria tácita de la cláusula compromisoria, aplicada vía jurisprudencia y posterior a esta, vía legal.

Por lo tanto este cambio repentino y según lo afirmado por la sección 3 del Consejo de Estado, aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012 y es aquí donde surge la flagrante violación al principio de confianza legítima, toda vez que los procesos fueron instaurados en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita, además, de que no se puede dejar de lado la posición de debilidad en la que se deja a las partes, imponiendo como requisito para que puedan acceder a la justicia el asumir cargas económicas adicionales a las que ya viene soportando con el agravante de dejar en el limbo

jurídico que va a pasar con el tema de la caducidad de la acción y los términos para acceder al tribunal de arbitramento y la solución de la controversia como tal.

6. Consideraciones éticas

Se respetará por parte del maestrando lo referente a los derechos a la propiedad intelectual, como los derechos de autor y conexos. En este orden de ideas, declaro dicho compromiso y además que los resultados reflejarán de una manera fidedigna los hallazgos de la investigación.

| |
|-------------------------------|
| Firma: |
| Juan Fernando Monsalve Arango |
| C.C. 71.318.841 |

| |
|--------------|
| Firma: |
| Aval asesor: |
| Firma: |

| | |
|-------------------------------|---|
| | |
| Aval Coordinador de la línea: | Aval Coordinador de Investigación de la Escuela de Posgrados: |
| Nombre: | Nombre: |

7. Anexos.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 1 (30 de junio de 1979)

| | |
|---|----------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | |
| Fecha | 30 de junio de 1979 |
| Corporación | Corte Suprema de Justicia |
| Magistrado Ponente | José María Esguerra Samper |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Mediante escritura pública 5043 de 1963, Angel María Mora y Jorge Molano Sanabria constituyen una sociedad de responsabilidad limitada “Mora y Molano LTDA”. Se estipulo que las controversias entre los socios en caso de no ser solucionadas directamente serían sometidas a la decisión de árbitros.</p> <p>Ante la muerte de uno de los socios, el otro decide no continuar con la sociedad y la liquida, no obstante la representante legal de los menores herederos solicita liquidar de común acuerdo la sociedad por estar en desacuerdo con la liquidación realizada.</p> <p>Ante la negativa se presenta demanda solicitando la no oponibilidad de la liquidación a los menores y el pago de perjuicios, petición denegada en primera instancia y revocada en segunda instancia en donde se decretó la nulidad de la liquidación y se ordenó el pago de perjuicios.</p> <p>Se interpone recurso de casación por varias causales entre ellas la de nulidad por falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Está viciado de nulidad el proceso por falta de jurisdicción por haberse pactado entre las partes cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |

| |
|--|
| <p>Por la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustrae válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquélla se determinan, con el resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ellas conoce, el proceso es nulo.</p> |
| <p>6. Normas jurídicas relevantes para el caso</p> |
| <p>Artículo 489 del C.C. Artículo 152 del C.P.C.</p> |
| <p>7. Ratio Decidendi</p> |
| <p>El compromiso y la cláusula compromisoria son acuerdo de voluntades solemnes celebrados entre personas con capacidad de transigir con los cuales se deroga convencionalmente la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a la arbitral. En el caso bajo estudio las partes eran capaces de transigir y al ocurrir la muerte de uno de los socios, sus hijos adquirieron todos los derechos patrimoniales y quedaron ligados por la cláusula compromisoria.</p> <p>Para la Corte cuando entre personas capaces de transigir se ha pactado válidamente una cláusula compromisoria o se ha celebrado un compromiso, los efectos de uno y otro no se alteran ni se suspenden cuando uno de los contratantes fallece y lo suceden herederos incapaces.</p> <p>Por la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustrae válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquélla se determinan, con el resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ellas conoce, el proceso es nulo.</p> |
| <p>8. Regla Jurisprudencial</p> |
| <p>Si las partes de un contrato que contempla cláusula compromisoria o compromiso, acuden pese al pacto, a la justicia ordinaria, el juez debe rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción.</p> |
| <p>9. Decisión</p> |
| <p>Casa la sentencia impugnada y declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.</p> |
| <p>10. Aclaraciones de voto</p> |
| <p>11. Salvamentos de voto</p> |
| <p>12. Análisis jurídico</p> |
| <p>Es importante comenzar haciendo una aclaración con respecto a la pregunta de investigación que se planteó en el proyecto de línea de jurisprudencia, toda vez que como maestrando en derecho administrativo es claro que la jurisdicción contenciosa administrativa es la materia de estudio en la cual se centra nuestro trabajo investigativo, particularmente el Consejo de Estado.</p> <p>La pregunta planteada es ¿Cuál ha sido la evolución jurisprudencial en la sección tercera del Consejo de Estado de la figura de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria?, no obstante, en el rastreo jurisprudencial de la corporación se evidencio que la tesis de la renuncia tacita de la cláusula</p> |

compromisoria fue tratada por primera vez por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se analiza en la presente ficha y por ello su estudio como parte de esta investigación.

A esta providencia se llega desde un análisis de los diferentes pronunciamientos de la sección tercera del Consejo de Estado, construido a partir de la sentencia arquimédica y el nicho citacional de todas y cada una de las providencias que se lograron identificar en el rastreo jurisprudencial.

Es en este año que la Corte Suprema de Justicia citando otro pronunciamiento del 17 de abril de la misma corporación, sostiene que la consecuencia jurídica de tramitar un proceso en la justicia ordinaria en el cual se evidencia la existencia de cláusula compromisoria o compromiso, es la de declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, puesto que son las partes quienes valida y expresamente consienten en renunciar a la justicia ordinaria para el conocimiento de las controversias que pudieren surgir y dicha renuncia no puede entenderse invalidada por el solo hecho de haber guardado silencio ambas partes, puesto que el pacto se deroga únicamente por otro documento de la misma naturaleza en la que se consignó dicho pacto.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 2 (22 de abril de 1992)

| | |
|--|---------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | |
| Fecha | 22 de abril de 1992 |
| Corporación | Corte Suprema de Justicia |
| Magistrado Ponente | Eduardo García Sarmiento |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Los demandantes solicitan la exclusión de 2 socios de la empresa TRANSPORTES GUASCA LTDA por no hacer los aportes convenidos mediante escritura pública. En el contrato de sociedad se dispuso que las diferencias que ocurran entre los socios o entre estos y la sociedad, serían sometidos a la designación de árbitros designados por las partes.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Cuándo en el contrato de sociedad se pacta cláusula compromisoria se deroga jurisdicción y por tanto la justicia ordinaria no tiene competencia para decidir?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>La cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto, el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.</p> <p>Habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.</p> | |

| |
|---|
| <p>Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene.</p> |
| <p>6. Normas jurídicas relevantes para el caso</p> |
| <p>Decretos 1400 y 2019 de 1970 artículos 97 y 100. Artículo 2 del Decreto 2279 de 1989.</p> |
| <p>7. Ratio Decidendi</p> |
| <p>La cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto, el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción, previa configurada por dicha cláusula compromisoria.</p> <p>Habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.</p> <p>Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene.</p> |
| <p>8. Regla Jurisprudencial</p> |
| <p>La presentación de la demanda y la no proposición de la excepción previa correspondiente, modifica la cláusula compromisoria previamente pactada entre las partes.</p> |
| <p>9. Decisión</p> |
| <p>En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 6 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado POR TRANSPORTES GUASCA LTDA., frente a MERCEDES CORTES DE RODRÍGUEZ y STELLA ISABEL RODRÍGUEZ CORTES.</p> |
| <p>10. Aclaraciones de voto</p> |
| <p>11. Salvamentos de voto</p> |
| <p>12. Análisis jurídico</p> |
| <p>En esta sentencia se evidencia que la regla jurisprudencial es construida a partir de los artículos 97 y 100 de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, por los cuáles se promulgó el Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Y se basa en concluir que la cláusula compromisoria genera el efecto de renunciar a hacer valer las pretensiones ante los jueces y como tal el Código de Procedimiento Civil contemplaba como excepción previa el compromiso o cláusula compromisoria, no obstante, también estipulaba que los</p> |

hechos que configuran excepciones previas no podrían ser alegados como causal de nulidad por el demandante, cuando tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.

Adicionalmente el artículo 2 del Decreto 2279 de 1989 que consagra la posibilidad de dejar sin efecto la cláusula compromisoria pactada previamente entre las partes de la misma forma que la pactaron, es decir, por escrito. Y aquí la corporación le da alcance a la actuación procesal de las partes, por una parte, con la presentación de la demanda y por la otra con la contestación de la demanda sin proponer la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria, equiparándolas ambas a la actividad de elevar un escrito y sustraerse de los efectos de la cláusula compromisoria.

De esta regla, es que surge por primera vez en Colombia la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y se presenta cuando se infiere de la conducta procesal de las partes la intención de dejar sin efecto lo pactado previamente de renunciar a la jurisdicción, para que eventualmente ante el surgimiento de una controversia, la misma sea conocida por árbitros, toda vez que la corporación en pronunciamientos anteriores no aceptaba esta figura al considerar que la demanda ante la jurisdicción de un caso sometido a pacto arbitral, generaba una nulidad insubsanable, que debía ser declarada oficiosamente por el juez sin importar la conducta procesal asumida por las partes.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 3 (18 de junio de 1992)

| | |
|--|-------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 6761 |
| Fecha | 18 de junio de 1992 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Daniel Suárez Hernández |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>El Banco Central Hipotecario celebró con Carbocol Intercol, un contrato de fiducia para la construcción de una urbanización en el corregimiento de Hato Nuevo, Municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira.</p> <p>A su vez el Banco celebra contrato de obra con la firma Estruco S.A. para la construcción de 300 casas el 2 de agosto de 1988, las cuales de debían entregar el 20 de diciembre del mismo año. En dicho contrato se pactó que las controversias o diferencias que surgieren por motivo de la ejecución, interpretación, cumplimiento o liquidación, salvo las que versaran sobre caducidad y sus efectos, se someterían a la decisión de un árbitro.</p> <p>El Banco mediante acto administrativo impone multa al contratista por incumplimiento del contrato en algunos aspectos y la firma contratista demanda los actos administrativos porque no es claro cuál fue el incumplimiento.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>Al existir cláusula compromisoria entre las partes, ¿es posible que el juez de lo contencioso administrativo se pronuncie sobre el reconocimiento o denegación de pretensiones indemnizatorias por los perjuicios reclamados?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Por la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustrae válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquella se determinan, con el</p> | |

resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ella conoce, el proceso es nulo.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículo 307 de la Ley 105 de 1890.

Ley 2ª de 1938.

Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

7. Ratio Decidendi

La demanda contiene una acumulación de pretensiones adscritas a diferentes jurisdicciones, la contenciosa administrativa con competencia frente a la nulidad de los actos administrativos de incumplimiento y la justicia arbitral frente al reconocimiento y pago de perjuicios e indemnizaciones y el Tribunal solo podía pronunciarse sobre la demanda de nulidad de los actos administrativos acusados, pero frente a la existencia o no de perjuicios, era competencia del Tribunal de Arbitramento asumir su conocimiento.

Para la Sala, el hecho de no interponerse la excepción de pacto arbitral no puede comportar el efecto de declinatoria del pacto arbitral, porque estamos en presencia de una nulidad por falta de jurisdicción, que no se sana por la conducta procesal de las partes.

8. Regla Jurisprudencial

En un contrato que incluya cláusula compromisoria y sus diferencias se sometan al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, procederá la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción.

9. Decisión

Confirma la decisión de primera instancia, ordinales primero, segundo y tercero y revoca ordinales cuarto y quinto.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

La legislación civil, administrativo y de comercio, permiten el uso de la cláusula arbitral, no obstante, solo está permitida a personas con capacidad de transigir.

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes del litigio previamente habían decidido someter al conocimiento de árbitros las diferencias que pudieran surgir, con excepción de aquellas referentes a las cláusulas exorbitantes.

En este orden de ideas, el caso sometido a estudio del Consejo de Estado contenía acumulación de pretensiones de diferentes jurisdicciones, una la solicitud de nulidad de los actos administrativos que decretaron el incumplimiento contractual y la otra, la consecencial declaratoria de perjuicios.

Corolario de lo anterior, el ad-quo solo podía pronunciarse frente a las pretensiones de nulidad de los actos administrativos mencionados y con relación a la existencia o no de perjuicios.

Por último, frente a la posición asumida por el demandado de estar en presencia de la figura jurídica de la renuncia tácita, en tanto a pesar de existir cláusula compromisoria, una de las partes acudió pese al pacto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la otra, no excepciono por dicha cláusula, entendiéndose así un convenio tácito modificatorio de la estipulación compromisoria, argumenta el Consejo de Estado que no proponer la excepción de pacto arbitral no puede generar el efecto jurídico de declinar lo pactado entre las partes, ya que estamos en presencia de una falta de jurisdicción, cuyo saneamiento solo puede ser regulado por el legislador por ser una figura procesal de orden público, posición asumida por la Corte Suprema de Justicia.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 4 (10 de mayo de 1994)

| | |
|---|---------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 8004 |
| Fecha | 10 mayo de 1994 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Carlos Betancur Jaramillo |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Recurso de anulación contra laudo arbitral del 3 de octubre de 1992 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad Estruco S.A. y el Banco Central Hipotecario.</p> <p>EL BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, celebró con la sociedad ESTRUCO S.A., el 2 de agosto de 1.988, un contrato para la construcción de trescientas (300) casas; en este contrato las partes acordaron someter la solución de las controversias que surgieran entre ellas a un Tribunal de Arbitramento.</p> <p>Practicadas las pruebas solicitadas por las partes el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo en la forma anteriormente expresada.</p> <p>EL BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, presentó al Tribunal de Arbitramento, el día 23 de noviembre de 1.993, recurso de anulación contra el laudo y el acto de corrección, y el expediente fue remitido al Consejo Estado el día 27 del mismo mes y año.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿La interposición de la demanda por una de las partes de un contrato contentivo de cláusula compromisoria y la concurrencia de la contraparte a dicho proceso sin proponer la excepción de falta de compromiso, constituye derogatoria tácita de la cláusula compromisoria y, por ende, genera la incompetencia del Tribunal de Arbitramento? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| La sala reitera entonces la posición sostenida en la sentencia 6761 del 18 de junio de 1992, en la cual se considera que el hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria, | |

| |
|---|
| acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral. |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| Artículos 12, 85, 100 y 144 del C.P.C. y 82 del C.C.A. |
| 7. Ratio Decidendi |
| <p>El hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria, acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral, sino que se trata de una situación de carencia de jurisdicción.</p> <p>Por lo tanto, una demanda así formulada, debe ser rechazada in límine por FALTA DE JURISDICCION; si ello no acontece, el demandado puede proponer la excepción del pacto arbitral, la cual no requiere ser alegada para que el juez pueda pronunciarse sobre ella al aparecer probada en el expediente. Si el demandado no propone dicha excepción, el proceso queda afectado de una nulidad insaneable por la falta de jurisdicción.</p> <p>El proceso no puede convertirse en el escenario en el cual una parte haga una oferta de jurisdicción a la otra, la que tendrá entonces la oportunidad de aceptarla o rechazarla, proponiendo o no excepciones. Esta oferta de supresión de pacto arbitral es de naturaleza extra-procesal; si la voluntad de las partes es celebrar una convención modificatoria del contrato para suprimir el arbitramento, deben proceder de la misma manera que lo hicieron para incluirlo; esto es, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito.</p> |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| En un contrato que incluya cláusula compromisoria y sus diferencias se sometan al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, procederá la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción. |
| 9. Decisión |
| No prospera el cargo de nulidad absoluta por falta de jurisdicción. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| |
| 12. Análisis jurídico |
| <p>Sea lo primero mencionar que este proceso es un recurso de anulación contra laudo arbitral que tiene como antecedente un proceso contencioso administrativo, en el cual una de las partes demandó la nulidad de unos actos administrativos que decretaron la terminación de un contrato y el consecuencial pago de perjuicios.</p> <p>La demanda, fue fallada en segunda instancia por el Consejo de Estado en sentencia el 18 de junio de 1.992, en la cual se declaró la inhibición de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decidir de fondo las pretensiones sobre los perjuicios reclamados y se pronunció sobre la legalidad de los actos administrativos.</p> |

En dicha sentencia se decidió, entonces, que esta jurisdicción era competente para fallar sobre la nulidad de las resoluciones, implorada en las dos primeras pretensiones, pero no lo era para decidir sobre las dos últimas, en cuanto ellas tenían que ver con controversias contractuales sometidas por las partes a arbitramento. Precisamente las resueltas en el laudo arbitral.

En este orden de ideas, la corporación sostiene en esta providencia que no sería lógico decidir en un proceso entre las mismas partes, que la controversia sobre la existencia de perjuicios era competencia de un tribunal de arbitramento y posteriormente una vez expedido el laudo sobre ese tema, decidir que este correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para su análisis trae a colación los argumentos sostenidos en el primer proceso fallado entre las partes, en la que considera que si una de las partes pese al pacto, acude a la jurisdicción y la otra parte no propone la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral.

La existencia de cláusula compromisoria o compromiso conllevan un efecto procesal que es la nulidad insubsanable por falta de jurisdicción y que en este caso la demanda así formulada debe ser rechazada de plano y si aquello no sucede, puede el juez decretarla de oficio sin necesidad de que la contraparte la alegue.

El hecho de que el demandado no proponga la excepción de compromiso o falta de jurisdicción no genera el efecto que le daba el anterior Código de Procedimiento Civil en su artículo 100, al afirmar que los hechos que configuraban excepciones previas no podrían ser alegadas como causa de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones, salvo cuando sea insubsanable, toda vez que, el proceso está afectado por una nulidad de este tipo.

Sostiene la Sala que admitir la derogatoria tácita de la cláusula arbitral, implicaría que eventualmente podríamos afirmar que si una entidad es demandada ante la jurisdicción ordinaria debiendo ser la contencioso-administrativa la competente, el hecho de que no se alegue una falta de jurisdicción como excepción previa, generaría que se otorgue jurisdicción a un juez que legalmente no la tiene para tal fin.

Si las partes desean modificar el pacto arbitral, lo deben hacer mediante acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito y por fuera del proceso.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 5 (16 de junio de 1997)

| | |
|--|-------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 10882 |
| Fecha | 16 de junio de 1997 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Juan De Dios Montes Hernández |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | Daniel Suarez Hernández |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>El 25 de febrero de 1988 Carbocol celebró con la firma Pinsky y Asociados S.A., el contrato de explotación carbonífera No. 008 - 88. En la cláusula vigésima cuarta del contrato en mención se pactó que las diferencias o controversias que surgieran, en relación con este, bien sea durante su ejecución o después de terminado, se someterían al procedimiento arbitral.</p> <p>Carbocol mediante Resolución No. 00250 de fecha abril 26 de 1990 proferida por el Presidente de Carbones de Colombia S.A, resolvió declarar el incumplimiento por parte de Pinski y Asociados S.A. del contrato de explotación carbonífera. Se interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 00250 y Carbocol no accedió a revocar tal acto notificándose tal decisión el 28 de junio de 1990.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Debe inhibirse la jurisdicción contenciosa administrativa de resolver las controversias surgidas entre las partes en el curso del contrato por existir cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia. | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |

| |
|--|
| Artículos 228 y 229 de la Constitución Política. |
| 7. Ratio Decidendi |
| <p>La posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento es una facultad para las partes y no un compromiso imperativo y en este sentido, las partes con la conducta procesal asumida se apartaron de la posibilidad que tenían de dirimir las controversias a través del arbitraje.</p> <p>Los actos administrativos acusados son ejercicio de la potestad exorbitante del contratante y como tal, la discusión sobre su legalidad es materia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no constituye materia de discrepancia destinada a ser dirimida por un eventual Tribunal de Arbitramento, en este sentido, no sería posible declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.</p> <p>Al romperse la continencia de la causa se correría el peligroso riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias y se vulneraría la garantía constitucional del acceso a la administración de justicia, el principio de la congruencia de los fallos y la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales.</p> |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| <p>Si una de las partes de un contrato estatal, contenido de cláusula compromisoria, interpone demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solicitando la nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante y pide que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, se aparta de la posibilidad que tenía de dirimir las controversias a través de la constitución de un Tribunal de Arbitramento, con lo cual la mencionada cláusula quedó sin efecto.</p> |
| 9. Decisión |
| <p>Confirma la decisión de primera instancia y declara el incumplimiento contractual por parte de CARBOCOL S.A. y consecencialmente el pago de perjuicios.</p> |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| <p>Acordar entre las partes someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral es fruto de la voluntad concretada en la autonomía privada y con respaldo en la Constitución Política, lo que impide la interpretación asumida por la mayoría, en el sentido de afirmar que no es imperativo para las partes acudir al tribunal de arbitramento sino facultativo para ellas, puesto que con ello el pacto contenido en esa cláusula sería inane, en el sentido de que con él no se lograría sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los controversias surgidas del contrato que vinculó a las partes, dado que se dejaría a su voluntad acudir a la jurisdicción contenciosa o a la justicia arbitral.</p> |

Con dicha posición se deja al arbitrio de las partes la escogencia de la jurisdicción a la cual van a acudir; equivale a establecer frente a un conflicto dos jurisdicciones diferentes con igual competencia para solucionarlo, cuando sólo existe una jurisdicción para el conocimiento y decisión de cada asunto.

El hecho de que no se haya excepcionado falta de jurisdicción, no desaparece el pacto arbitral, y menos sana la nulidad absoluta que lleva consigo la falta de jurisdicción. Esta Sala ha sostenido que la única forma de derogar el convenio arbitral es mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a Tribunal de Arbitramento.

Por último, sostiene que en una oportunidad anterior el Consejo de Estado frente a una controversia de nulidad de actos administrativos en ejercicio del poder exorbitante y la consecuencial pretensión de perjuicios, dentro de un contrato sometido a pacto arbitral, sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo era competente para decidir la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la contratante declaró unilateralmente el incumplimiento del contrato; pero, no era la jurisdicción competente para definir cuál de las partes incumplió el contrato y cuáles las consecuencias económicas del incumplimiento, dado que esta materia era propia de la justicia arbitral, de acuerdo a lo convenido por las partes.

12. Análisis jurídico

En esta sentencia el Consejo de Estado aborda el problema de la cláusula compromisoria y la renuncia a la jurisdicción desde tres argumentos los cuales describo a continuación:

1. La posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento fue pactada como facultativa y no imperativa por las partes, por lo tanto, al expedir el acto administrativo de terminación unilateral, el demandado se separa de la decisión de acudir al arbitramento y el demandante lo hizo al solicitar expresamente la aplicación de dicha cláusula.
2. De igual manera se apoya el Consejo de Estado en la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1992, afirmando que si la misma aplica para contratos que se rigen por el derecho privado, con más razón se debe hacer extensiva a los contratos regidos por los instrumentos de derecho público, donde prevalecen los intereses generales, lo anterior pese a existir una solicitud del Ministerio Público en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer del asunto, puesto que la solución de este conflicto correspondía a un Tribunal de Arbitramento, según lo pactado en la Cláusula Vigésima Cuarta del contrato 008 / 88.
3. Al existir una discusión sobre potestades exorbitantes, es imposible dividir la jurisdicción, agrega que la conducta asumida por el demandado, CARBOCOL, en el sentido de decretar mediante acto administrativo el incumplimiento del contrato, es una situación que desde el punto de vista de CARBOCOL no constituye materia de discusión o discrepancia destinada a ser dirimida por un eventual Tribunal de Arbitramento, al ser una potestad exorbitante de la administración, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

“Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado

a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.”

(sentencia C-14366 de 2000).

Es por ello por lo que sostiene la tesis de la inescindibilidad, al argumentar que con la pretensión principal solicitada por el demandante de decretar la nulidad de las decisiones unilaterales de la administración y las consecuenciales de declarar el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, mediante la cual no es posible decidir en el escenario de la jurisdicción el tema de la nulidad y en sede arbitral las pretensiones consecuenciales por su relación lógica.

Permitir este fraccionamiento de la función jurisdiccional podría conllevar a un fallo inocuo que vulneraría el artículo 229 de la Constitución Política de acceso a la administración de justicia.

El Consejero Daniel Suarez Hernández salvo el voto, argumentando que no comparte la tesis sostenida por la mayoría, de afirmar que la cláusula pactada es facultativa y no imperativa, toda vez que ello equivaldría a que el pacto convenido sería inane, dejando a las partes la facultad de escoger la jurisdicción que eventualmente resolvería las diferencias surgidas.

Una vez estipulada una cláusula arbitral, no le es dable a las partes escoger la jurisdicción aplicable al caso concreto, solo deben acatar lo pactado y acudir a la decisión de árbitros para dirimir sus conflictos contractuales.

Argumenta que así la contraparte no haya excepcionado falta de jurisdicción, no por ello estamos en presencia de una renuncia tácita del pacto arbitral y menos aún en una subsanabilidad de una nulidad absoluta. La Sala ha sostenido que la única forma de derogar el convenio arbitral es mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a Tribunal de Arbitramento.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 6 (17 de junio de 1997)

| | |
|---|----------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 4781 |
| Fecha | 17 de junio de 1997 |
| Corporación | Corte Suprema de Justicia |
| Magistrado Ponente | Carlos Esteban Jaramillo Schloss |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre los demandantes se celebró contrato de distribución de productos industriales el 1 de febrero de 1987, en el cual se pactó cláusula compromisoria. La sociedad demandada el 30 de abril de 1988 dio por terminado el contrato unilateralmente sin el preaviso correspondiente, por lo que se presenta proceso judicial para declarar el incumplimiento contractual.</p> <p>Admitida la demanda y notificada la compañía demandada, por fuera del término correspondiente dio contestación proponiendo como excepción previa la falta de competencia del juez en virtud de la existencia de la cláusula compromisoria.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Debe declararse la nulidad del proceso o, en su defecto, se tenga por probada de oficio la excepción previa de cláusula compromisoria, toda vez que, en el contrato se pactó cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Cuando el juez advierta que a pesar de hallarse vinculadas por un pacto arbitral, las partes decidieron dejar sin efecto el pacto, expresa o tácitamente, expresamente al convenir en ello de ese modo, y tácitamente cuando uno de los sujetos ligados por la cláusula compromisoria demanda ante un juzgado y la contraparte no se exceptiona, no cuenta con atribución ninguna de ejercicio oficioso para inhibirse de actuar en el proceso, ni todavía menos para invalidarlo y ordenar que se proceda a un arbitraje que, por evidente decaimiento del soporte contractual en que se apoya, deviene por completo inoperante en orden a ponerle fin al conflicto de intereses objeto de dicho proceso.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| Numeral 3 del artículo 97 del C.P.C. | |

7. Ratio Decidendi

Las partes pueden de común acuerdo dejar sin efecto el pacto arbitral expresa o tácitamente. Expresamente al convenir en ello de ese modo y tácitamente cuando uno de los sujetos ligados por la cláusula compromisoria demanda ante un juzgado y la contraparte no se exceptiona.

El juez que advierta la renuncia expresa o tácita, no cuenta con atribución alguna de ejercicio oficioso para inhibirse de actuar en el proceso, ni todavía menos para invalidarlo y ordenar que se proceda a un arbitraje ya inoperante por voluntad de las partes.

El acto contentivo de ese abandono de la cláusula compromisoria frente a una controversia dada, lo expresan en su conjunto la demanda y su contestación, para admitir, por ende, el silencio sobre el particular como categórica muestra de una virtual renuncia a hacer uso del pacto arbitral, apreciación que debe repetirse en el presente caso en el que se cuenta con la demanda respectiva, específicamente encaminada a provocar un pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria, y en el que, aunque la excepción previa fundada en la cláusula compromisoria, se presentó por fuera del término previsto por la ley, es lo cierto que la sociedad demandada fue notificada en legal forma y del silencio que guardó durante el traslado de ley, no queda alternativa distinta a inferir su consentimiento en orden a que el conflicto suscitado se ventile en ese orden jurisdiccional y, por lo tanto, fuera del marco procesal propio del arbitramento.

8. Regla Jurisprudencial

La demanda y su contestación, guardando silencio sobre la excepción previa de cláusula compromisoria constituyen una renuncia al pacto arbitral y el consentimiento a que el conflicto suscitado se ventile en orden jurisdiccional.

9. Decisión

No casa sentencia del 24 de septiembre de 1993.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Es importante precisar que en este caso la Corte Suprema de Justicia va más allá de las anteriores sentencias analizadas en las fichas jurisprudenciales, en las cuales la misma corporación y el Consejo de Estado, ya habían sentado una posición sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, en aquellos casos en los cuales las partes de un contrato en virtud de la autonomía de la voluntad, acordaban que ante la eventualidad de un conflicto suscitado a raíz del convenio contractual sería un tercero quien se pronunciaría sobre la litis, no obstante, una vez surgido el impase, una de las partes acudía al juez natural del contrato pese al pacto y la otra parte contesta la demanda sin proponer la excepción previa correspondiente de pacto arbitral o falta de jurisdicción, configurándose así una renuncia tácita a lo acordado en el sentido de dirimir sus conflictos en sede arbitral y devolviéndole la competencia a la jurisdicción ordinaria.

No obstante, en este caso, observamos que al silencio que guarda la parte demandada en la contestación de la demanda, la Corte le da el mismo efecto procesal de contestación sin proponer la

excepción previa que hablamos anteriormente y por ende de renuncia tácita a los pactado, consentimiento en orden a que el conflicto sea conocido por el juez natural del contrato.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 7 (18 de septiembre de 1997)

| | |
|--|-------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 13573 |
| Fecha | 18 de septiembre de 1997 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Juan de Dios Montes Hernández |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>El 20 de octubre de 1994, el Departamento de Santander celebró con la sociedad DISKOMATSU LTDA, el contrato de suministro No. 411, por medio del cual " EL PROVEEDOR se obliga para con el Departamento suministrar a precios unitarios los repuestos y elementos para la maquinaria de la secretaria de obras públicas departamentales. En la cláusula décima octava se pactó someter a la decisión de árbitros las diferencias que pudieran surgir.</p> <p>Iniciada la ejecución del contrato, el ente público contratante omitió realizar el pago del anticipo, el reajuste de las actas de obra y los intereses moratorios etc, razón por la cual, la sociedad contratista instauró ante el Tribunal Administrativo de Santander, demanda contractual contra el Departamento.</p> <p>Admitida la demanda y transcurrida la primera instancia, el Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado, pues a su juicio el litigio debió ser dirimido por un Tribunal de Arbitramento, dado que las partes no podían desconocer la cláusula compromisoria pactada. Bajo estas circunstancias, llegó a la conclusión de que la Jurisdicción Contenciosa carecía de competencia para conocer del presente asunto.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio producto de un contrato estatal en el cual las partes pactaron cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| La Sala acoge en su integridad los planteamientos transcritos y con fundamento en ellos revocará la decisión del Tribunal, pues no hay duda de que en el sub lite las partes, al haber acudido al Juez natural del contrato, dejaron sin efecto la cláusula compromisoria pactada. | |

Finalmente, es importante advertir que la parte demandada guardó silencio respecto de la cláusula compromisoria, es decir, consintió en que fuera el juez especializado quien dirimiera el litigio suscitado entre las partes.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículos 228 y 229 de la Constitución Política.

7. Ratio Decidendi

Basa sus argumentos en dos pronunciamientos jurisprudenciales, el primero del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997. Consejero ponente: Juan de Dios Hernández. (10882) en donde se dijo que: “Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.” Y el segundo en sentencia del 17 de junio de 1997 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en donde se sostuvo: “Cuando el juez advierta que a pesar de hallarse vinculadas por un pacto arbitral, las partes decidieron dejar sin efecto el pacto, expresa o tácitamente, expresamente al convenir en ello de ese modo, y tácitamente cuando uno de los sujetos ligados por la cláusula compromisoria demanda ante un juzgado y la contraparte no se exceptiona, no cuenta con atribución ninguna de ejercicio oficioso para inhibirse de actuar en el proceso, ni todavía menos para invalidarlo y ordenar que se proceda a un arbitraje que, por evidente decaimiento del soporte contractual en que se apoya, deviene por completo inoperante en orden a ponerle fin al conflicto de intereses objeto de dicho proceso”.

8. Regla Jurisprudencial

Si una de las partes de un contrato estatal con pacto arbitral acude al Juez natural del contrato y la contraparte en la contestación no propone la excepción de cláusula compromisoria, se revoca tácitamente el pacto arbitral.

9. Decisión

Revoca el auto apelado y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que se continúe con el proceso.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

La corporación continúa aceptando la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria retomando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la misma sección tercera del Consejo de Estado y sostiene que acudir pese al pacto al Juez natural del contrato equivale a dejar sin efecto la cláusula pactada junto con el silencio que guarda la parte demandada al no rechazar la jurisdicción.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 8 (29 de enero de 1998)

| | |
|--|-------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 13070 |
| Fecha | 29 de enero de 1998 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Juan de Dios Montes Hernández |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre el Instituto Nacional de Fomento Municipal “INSFOPAL” e Industrias Carper Limitada, se celebró el contrato N° S-002 de 1986 con fecha marzo 19 del citado año, pactando entre las partes cláusula compromisoria.</p> <p>INSFOPAL se abstuvo de cumplir con sus obligaciones contractuales, en virtud de que la Contraloría General de la República había formulado un aviso de observaciones al contrato en mención. En atención a estas observaciones la entidad contratante demandó la nulidad del contrato, pero sus peticiones no prosperaron por ser ajenas al orden jurídico, como lo declaró el juez de primera instancia, decisión que fue confirmada por la Sección Tercera de esta Corporación.</p> <p>El demandante acude a la justicia con el fin de que se ordene el cumplimiento del contrato y el pago de perjuicios correspondientes.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>En orden a que se eleva grado de consulta frente a la sentencia de primera instancia, el problema jurídico en el tema que nos ocupa la presente línea jurisprudencia es:</p> <p>¿Es competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la presente litis, pese a que el asunto a resolver tiene como antecedente necesario el contrato N° S-002 de 1986, en el cual se estableció en su cláusula décima séptima, que todas las diferencias surjan en desarrollo del presente contrato, exceptuándose las que se deriven de la aplicación de la Cláusula de Caducidad y sus efectos, se someterán a la decisión de un tribunal de Arbitramento?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |

La parte demandada guardó silencio respecto de la cláusula compromisoria, es decir, consintió en que fuera el juez natural quien dirimiera el litigio suscitado entre las partes.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

7. Ratio Decidendi

La Sala retoma el argumento sostenido por la misma corporación en la sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10882, en la cual se estudiaron los alcances y efectos de la cláusula compromisoria y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de junio de 1997, Magistrado Ponente Dr. ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, al abordar de igual manera el tema relacionado con la cláusula compromisoria:

“no puede ser nulo un proceso en el que las partes, tácitamente, consintieron la actuación ante la jurisdicción ordinaria, lo que deja por fuera también la posibilidad de que opere entonces la pretendida excepción o que se configure la ocurrencia de un error probatorio de hecho derivado de no haber visto el sentenciador la estipulación contractual en que ella se funda y dotado de la necesaria trascendencia decisoria.”

Si esto es así en los contratos de derecho privado donde se mira el interés particular, con mayor razón en los contratos regidos por los instrumentos de derecho público, donde prevalecen los intereses generales.

8. Regla Jurisprudencial

La demanda y su contestación, guardando silencio sobre la excepción previa de cláusula compromisoria constituyen una renuncia al pacto arbitral y el consentimiento a que el conflicto suscitado se ventile en orden jurisdiccional.

9. Decisión

Modifica un numeral de la sentencia del Tribunal y confirma todo lo demás.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

En esta providencia, la Sala retoma jurisprudencia emitida el 16 de junio de 1997, expediente 10882, en la cual la corporación asume la competencia de un proceso dentro del cual se dirimía un conflicto surgido de la imposición de cláusula exorbitantes y se discutía si las consecuencias patrimoniales del uso de estos poderes de la administración debía ser resuelto por la justicia arbitral, toda vez que en el contrato en mención se había pactado cláusula compromisoria, allí se sostuvo que era imposible dividir la jurisdicción en virtud del principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

Al romperse la continencia de la causa se correría el peligroso riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias y se vulneraría la garantía constitucional del acceso a la administración de justicia,

el principio de la congruencia de los fallos y la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales.

Por último acoge la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 17 de junio de 1997 y en el cual se concluye que la interposición de la demanda y el silencio de la contraparte, constituyen una conducta procesal de la que se infiere la renuncia tácita a la cláusula compromisoria y la inferencia de que ambas consienten que el conflicto sea conocido por el juez natural del contrato.

Argumenta que si esta tesis aplica a los contratos de derecho privado, con mayor razón debe hacerse extensiva a los contratos de derecho público, en los cuales prevalece el interés general.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 9 (19 de marzo de 1998)

| | |
|--|---------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 14097 |
| Fecha | 19 de marzo de 1998 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Ricardo Hoyos Duque |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>La firma G.D.S. INGENIEROS LTDA mediante apoderado judicial presentó demanda en contra del Distrito de Santa Marta, con el fin de que se declarara el incumplimiento del contrato 430 de 1994 suscrito entre las partes y por consiguiente la terminación del mismo, contrato en el cual se pactó cláusula compromisoria.</p> <p>El apoderado judicial de la parte demandada mediante memorial solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado, inclusive el auto admisorio de la demanda, teniendo en cuenta que en el contrato se había pactado cláusula compromisoria.</p> <p>El a quo mediante auto negó la nulidad propuesta por el demandado e inconforme la parte demandada con lo decidido por el a quo apela el anterior auto por considerar que como se pactó la cláusula compromisoria la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se suscitaran con ocasión del contrato objeto de demanda era la arbitral y no la contencioso administrativa.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Si una de las partes de un contrato que contiene cláusula arbitral, acude pese al mismo, a la jurisdicción natural del contrato, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, ya que la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se suscitaran con ocasión del contrato objeto de demanda era la arbitral y no la contencioso administrativa?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>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</p> | |

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.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

7. Ratio Decidendi

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.

8. Regla Jurisprudencial

La interposición de la demanda y la no proposición de la excepción de cláusula compromisoria, entre partes de un contrato sometido a pacto arbitral, equivale a renunciar tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato.

9. Decisión

CONFÍRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 16 de mayo de 1997 que negó la nulidad propuesta por el demandado.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

La Corporación en esta providencia, retoma la posición sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992, y acogida por el Consejo de Estado, en el sentido de dar un efecto a la conducta procesal de las partes de un contrato sometido a cláusula arbitral, que consiste en la renuncia tácita a la misma por el hecho de interponer la demanda y contestar sin proponer la excepción correspondiente.

En este caso la cláusula compromisoria fue modificada tácitamente y lo que genera es que el juez natural del contrato, a quien las partes por mutuo acuerdo habían apartado del eventual conocimiento de litigios, retome su competencia y falle la controversia.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 10 (30 de julio de 1998)

| | |
|--|---------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 14619 |
| Fecha | 30 de julio de 1998 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Ricardo Hoyos Duque |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública en el cual se pactó cláusula compromisoria y el cual fue liquidado unilateralmente por el Departamento de Caldas, ante lo cual se solicita ante la jurisdicción contenciosa administrativa la nulidad de dicha resolución, la declaratoria de incumplimiento por el ente estatal y el pago de los perjuicios ocasionados.</p> <p>Mediante auto el Tribunal Administrativo de Caldas concedió plazo a la parte actora para que aportara la prueba de la renuncia a la cláusula compromisoria que se pactó en el contrato.</p> <p>El a quo mediante auto rechazó la demanda por falta de jurisdicción ya que no se allegó ningún documento de “CATEGORIA CONTRACTUAL demostrativo de RENUNCIA CONSENSUAL a la CLAUSULA COMPROMISORIA pactado en el contrato de obra pública.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Se debía rechazar la demanda por falta de jurisdicción al no ser aportado por el demandado documento en el que conste que ambas partes de común acuerdo habían renunciado al pacto arbitral? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene.</p> <p>Debe concluirse, que si las partes pueden dejar sin efecto la cláusula compromisoria pactada, bien en forma expresa o tácita acudiendo ante esta jurisdicción, la demanda deberá ser admitida.</p> | |

| |
|--|
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| Artículo 43 del Decreto 2279. |
| 7. Ratio Decidendi |
| Dentro de las pruebas aportadas al expediente se logra evidenciar comunicación al Gobernador del Departamento de Caldas donde se solicita recurrir a audiencia de conciliación prejudicial para zanjar diferencias y llegar a un acuerdo conciliatorio que sea aprobado por el Tribunal Administrativo y el cual es aceptado por la oficina jurídica del Departamento con el aval de señor Gobernador. Documentos que son prueba de que se renunció a la cláusula compromisoria, no obstante la contraparte puede en la contestación rechazar la jurisdicción. |
| Se apoya en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y dos pronunciamiento del Consejo de Estado en el sentido de que las partes pueden separarse de los efectos del pacto arbitral de la misma forma en que lo constituyeron, esto es por escrito. Y la presentación de la demanda junto con la contestación sin proponer la excepción de falta de jurisdicción equivale a suscribir un nuevo acuerdo derogando lo pactado. |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| Si las partes de un contrato que contiene cláusula compromisoria presentan demanda ante la jurisdicción ordinaria y la misma es contestada sin proponer la excepción de falta de jurisdicción equivale a suscribir un nuevo acuerdo derogando lo pactado. |
| 9. Decisión |
| Revoca el auto proferido por el Tribunal y en su lugar ordena admitir la demanda. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| |
| 12. Análisis jurídico |
| En este pronunciamiento llama la atención la posición asumida por el Tribunal en el trámite procesal de primera instancia, al solicitar mediante auto a la parte demandante que allegara prueba de documento donde constara que se había renunciado al pacto arbitral con la finalidad de poder admitir la demanda so pena de rechazar la misma por falta de jurisdicción. |
| Extraña esa conducta del a quo, toda vez que ya el Consejo de Estado había sostenido en su jurisprudencia la tesis de la renuncia tácita e incluso hay un salvamento y una aclaración de voto en este sentido y era menester admitir la demanda y esperar que la contraparte propusiera las excepciones previas a lugar y si era del caso, la falta de jurisdicción por la existencia del pacto. El silencio en dicha excepción correspondería a la renuncia tácita de la cláusula compromisoria. |

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 11 (24 de julio de 2003)

| | |
|---|-------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 23139 |
| Fecha | 24 de julio de 2003 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Ramiro Saavedra Becerra |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de concesión de licores y alcoholes, en el cual se pactó que las diferencias que surgieran serían dirimidas por árbitros. Se presenta demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa por el suministro de información incompleta y equivocada sobre el contrato.</p> <p>La demanda fue admitida y encontrándose el proceso en estado de dictar sentencia, el tribunal de origen declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por la existencia de cláusula compromisoria.</p> <p>Se apela la decisión argumentando que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido aceptando la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y en este sentido es claro que ambas partes renunciaron al pacto arbitral, una con la presentación de la demanda y la otra con la no proposición de la excepción rechazando la jurisdicción.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es nulo el proceso por falta de jurisdicción al existir en el contrato cláusula compromisoria?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Ha sido orientación de la Sala la tesis que considera que no obstante existir cláusula compromisoria en el contrato cuyo incumplimiento alega el actor; las partes puedan acudir al Juez Natural de la causa, y si en el curso de la actuación no se exceptiona la falta de jurisdicción o se pide la nulidad por la misma causa, cabe entender que renunciaron con ello al compromiso de someter sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento.</p> | |

| |
|--|
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| Artículo 116 C.P. |
| 7. Ratio Decidendi |
| <p>Los particulares en ejercicio de la autonomía de la voluntad se someten expresamente a la justicia arbitral, pero sin olvidar que el reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia.</p> <p>Con todo, la posibilidad de confiar a los árbitros la misión de resolver un conflicto, supone la libre disposición de los derechos, esto es, la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación en el caso particular, y el poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.</p> <p>Pero, así como las partes voluntariamente someten a la justicia arbitral la posibilidad de resolver un conflicto determinado, también lo es que las mismas partes, pueden abdicar o renunciar a esta modalidad de justicia excepcional para que sea el juez natural el que juzgue y resuelva una controversia particular de carácter transigible.</p> <p>Solamente las partes interesadas están facultadas para renunciar al compromiso de someter sus diferencias al juez arbitral, para que en adelante la controversia sea resuelta por el juez contencioso, y este a su vez debe avocar el conocimiento de la causa, quien está impedido para declarar oficiosamente la nulidad de lo actuado con fundamento en la cláusula compromisoria.</p> |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| No obstante existir cláusula compromisoria en el contrato; las partes puedan acudir al Juez Natural de la causa, y si en el curso de la actuación no se excepciona la falta de jurisdicción o se pide la nulidad por la misma causa, cabe entender que renunciaron con ello al compromiso de someter sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento. |
| 9. Decisión |
| Revoca el auto que declaro la nulidad de todo lo actuado. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| 11. Salvamentos de voto |
| 12. Análisis jurídico |
| Providencia que recoge la posición de la sección tercera del Consejo de Estado acerca de la tesis de la renuncia tácita del pacto arbitral, no obstante no se cita ninguna de las anteriores sentencias ya analizadas pero se afirma que la presentación de la demanda pese al pacto y la contestación sin rechazar la jurisdicción es una forma de renunciar a lo previamente acordado de someter sus diferencias ante la justicia arbitral y con ello retornar al juez institucional del contrato. |

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 12 (4 de septiembre de 2003)

| | |
|---|----------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 10883 |
| Fecha | 4 de septiembre de 2003 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Alier Eduardo Hernández Enríquez |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>En 3 procesos acumulados la parte actora pretende la nulidad de varios actos administrativos, que se declare que la entidad pública incumplió el contrato y que la ecuación financiera del contrato se rompió por causas imputables al contratista.</p> <p>En el contrato de obra pública se pactó cláusula compromisoria y en la sentencia del Tribunal se argumentó frente a algunas pretensiones que por existir pacto arbitral carecía de jurisdicción y se inhibió al respecto.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Existiendo cláusula compromisoria en un contrato e integrada la litis en un proceso contencioso administrativo, es competente la corporación para decidir el fondo del asunto?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>La Sala es competente para decidir las pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| | |
| 7. Ratio Decidendi | |
| <p>La Sala es competente para decidir las pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.</p> | |

Trae las tesis expuestas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1992 y de la misma corporación en sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10882.

Se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria.

Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.

8. Regla Jurisprudencial

Al pacto arbitral se renuncia tácitamente con la presentación de la demanda y la contestación de la misma, en la oportunidad pertinente, sin proponer la excepción de cláusula compromisoria.

9. Decisión

Modifica la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Se continua con la tesis que acepta la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y a la conducta procesal de las partes se le da el efecto de renunciar a lo que previamente pactaron las partes, esto es, someter el conocimiento de los litigios que puedan surgir como consecuencia del contrato a un tribunal de arbitramento.

Esta renuncia se completa con la presentación de la demanda y la contestación de la misma sin proponer la excepción correspondiente.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 13 (26 de febrero de 2004)

| | |
|--|-----------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 25094 |
| Fecha | 26 de febrero de 2004 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | German Rodríguez Villamizar |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebra contrato de promesa de compraventa de local comercial y en este se pactó que las diferencias que ocurrieran con motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento del contrato sería sometido a la jurisdicción arbitral. El actor interpone demanda por incumplimiento del contrato ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, admitida la demanda y notificada al demandado, se contesta en forma extemporánea, alegando la falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria.</p> <p>Con posterioridad al decreto y práctica de pruebas, el tribunal mediante auto declaró oficiosamente la nulidad de lo actuado con fundamento en la falta de jurisdicción por la existencia de cláusula compromisoria y ordeno remitir el expediente a la cámara de comercio, quien se pronunció con laudo arbitral denegatorio de las suplicas de la demanda.</p> <p>Se solicita la anulación del laudo arbitral porque el pacto arbitral es inexistente, puesto que la cláusula compromisoria fue rescindida por las partes.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Es nulo el laudo arbitral debido a que la cláusula compromisoria es inexistente al ser rescindida por las partes cuando se presentó demanda y la sociedad demandada no contestó dentro del plazo estipulado para ello? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| La renuncia tácita permite tramitar el proceso ante el juez ordinario y no produce el efecto de revocar, resciliar o rescindir en forma definitiva y total la cláusula compromisoria. | |

La renuncia se traduce en la ineficacia del pacto compromisorio para ese evento particular, sin que ello obste para que las partes puedan hacer uso de ella para la resolución de otros litigios comprendidos en la cláusula o compromiso.

La renuncia tácita no produce extinción de la cláusula compromisoria, sólo determina la inaplicación de la misma al litigio objeto del proceso que se surte ante el juez ordinario.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

7. Ratio Decidendi

La corporación trae a colación la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las dos providencias ya analizadas anteriormente y en las cuales se concluye que cuando se pacta cláusula compromisoria y a pesar de ello una de las partes presenta demanda ante el juez ordinario, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento, pero si el demandado no alega la cláusula compromisoria o lo hace extemporáneamente, debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción. Tesis acogida en posteriores pronunciamiento por la sección tercera del Consejo de Estado.

No obstante es claro que esta renuncia permite tramitar el proceso ante el juez ordinario y no produce el efecto de revocar, resciliar o rescindir en forma definitiva y total la cláusula compromisoria.

En el caso concreto por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación de laudo arbitral es improcedente revisar lo que decidió el Tribunal Administrativo, mediante providencia ejecutoriada, respecto de la renuncia del pacto arbitral. En el caso se cumplieron los supuestos de la renuncia tácita, pero no se configuro porque el juez de la causa así lo dispuso mediante providencia ejecutoriada, que hizo tránsito a cosa juzgada formal y material. Y aún en evento que se hubiera producido la renuncia tácita, está no comporto la rescisión o eliminación de la cláusula compromisoria.

8. Regla Jurisprudencial

9. Decisión

Declara infundado el recurso de anulación de laudo arbitral.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Se sigue sosteniendo que la conducta procesal de las partes produce el efecto de modificar lo que las partes pactaron de someter el conocimiento de los litigios que puedan surgir de un contrato en particular al conocimiento de árbitros.

No obstante en este caso en particular, donde se discute que la presentación de la demanda y la contestación extemporánea de la misma, produjeron el efecto jurídico de rescindir el pacto y con ello el tribunal de arbitramento, generando la nulidad del laudo arbitral emitido por pronunciarse sobre una materia que no fue sometida a su conocimiento.

Al respecto la corporación sostiene que si bien existe y tiene plena vigencia en el sistema jurídico colombiano la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, no se puede perder de vista que sus efectos se traducen solo al caso particular y no tiene la facultad de rescindir en su totalidad el pacto arbitral. En este sentido, cualquier otro litigio que surja entre las partes puede ser dirimido por un tribunal de arbitramento.

En el caso concreto por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación de laudo arbitral es improcedente revisar lo que decidió el Tribunal Administrativo, mediante providencia ejecutoriada, respecto de la renuncia del pacto arbitral. En el caso se cumplieron los supuestos de la renuncia tácita, pero no se configuró porque el juez de la causa así lo dispuso mediante providencia ejecutoriada, que hizo tránsito a cosa juzgada formal y material. Y aún en evento que se hubiera producido la renuncia tácita, está no comporto la rescisión o eliminación de la cláusula compromisoria.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 14 (18 de marzo de 2004)

| | |
|---|---------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 15936 |
| Fecha | 18 de marzo de 2004 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Ricardo Hoyos Duque |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública y en este se pactó que las diferencias de orden jurídico que no se pudieran dirimir por las partes y que pudieran surgir se someterían a la decisión de árbitros.</p> <p>A raíz de los incumplimientos el contratante decide aplicar la caducidad al contrato y posteriormente revoca ese acto administrativo y decide allí mismo declarar el incumplimiento contractual. El contratista acude a la jurisdicción contenciosa administrativa solicitando la nulidad de los actos administrativos y el pago de perjuicios, pretensiones que son denegadas por el Tribunal.</p> <p>En el trámite del recurso de apelación, frente a las pretensiones de perjuicios, el Ministerio Público afirma que esta se debió tramitar ante árbitros, toda vez que las partes pactaron en el contrato cláusula compromisoria y ya habían iniciado el trámite arbitral con el fin de que fueran reconocidos los perjuicios causados.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿El hecho de que se hubiese iniciado el trámite arbitral para el reconocimiento de perjuicios genera incompetencia de la jurisdicción contenciosa administrativa? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| La renuncia tácita se presenta por la parte demandada cuando se presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso. | |

| |
|---|
| Además de existir una decisión sobre los mismos, ya fuere el resultado de un acuerdo conciliatorio o de un laudo arbitral, no fue alegado en el proceso por la entidad demandada, razón por la cual la sala no puede afirmar que existe un pronunciamiento sobre dichos perjuicios, no obstante, la intención que se conoció de las partes de quererlos valorar económicamente ante un tribunal de arbitramento. |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| |
| 7. Ratio Decidendi |
| Que el demandante hubiere iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esta controversia, por cuanto se ha señalado que cuando las partes acuden a la jurisdicción contenciosa administrativa y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| Cuando entre las partes de un contrato que contiene pacto arbitral se presenta demanda y la parte demandada guarda silencio o no propone la excepción de compromiso, se presenta la renuncia tácita al pacto arbitral. |
| 9. Decisión |
| Confirma el ordinal 1 de la sentencia apelada y revoca el ordinal 2. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| |
| 12. Análisis jurídico |
| Se continua dando plena aplicación a la tesis de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria y la competencia que tiene la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer litigios de un contrato sometido a pacto arbitral, en el cual incluso en este caso, pese a haberse iniciado trámite arbitral para regular el tema de los perjuicios, no obstante la presentación de la demanda y su contestación guardando silencio, permite la intervención del juez natural del contrato. |

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 15 (16 de marzo de 2005)

| | |
|--|---------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 27934 |
| Fecha | 16 de marzo de 2005 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | María Elena Giraldo Gómez |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebra contrato de obra en el cual se pactó cláusula compromisoria, una de ellas presenta demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de que se declare el rompimiento de la ecuación financiera y consecuentemente el pago de costos y sobrecostos adicionales, no obstante aclara que la demanda no es una renuncia expresa ni tácita al pacto arbitral y que su presentación obedece exclusivamente a evitar la caducidad de la acción, toda vez que no ha sido posible instalar el tribunal de arbitramento.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es ajustada a derecho la decisión de rechazar de plano la demanda por falta de jurisdicción al encontrarse vigente la cláusula compromisoria?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>La decisión de rechazar de plano la demanda está ajustada a derecho no sólo por existir cláusula compromisoria, sino por las expresiones indubitables del demandante que utiliza en la presentación de la demanda, argumentando que la utiliza para interrumpir en la caducidad en relación con los conflictos planteados ante la jurisdicción arbitral.</p> <p>La forma en que el actor acude al juez natural de una controversia estatal no deja duda, por el contenido de la demanda y el recurso de apelación, que renunció a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| <p>Artículo 116 C.P. Artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1989 que modifica el artículo 115 de la Ley 446 de 1998.</p> | |

| |
|---|
| Artículo 1602 C.C. |
| 7. Ratio Decidendi |
| <p>Es distinto cuando habiéndose pactado cláusula compromisoria y una de las partes acude al juez natural renunciando de ella, la jurisdicción contenciosa administrativa ha admitido la demanda; y si el demandado no ataca la jurisdicción el conflicto queda definitivamente en este: su juez natural.</p> <p>La presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de las partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral – salvo que se dijese que no se renuncia en forma expresa – y que si notificada al demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron mutuamente, en desistir de su propio pacto de “cláusula arbitral”, el contrato es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.</p> |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| La presentación de la demanda producto de un contrato que contiene cláusula compromisoria junto con la afirmación expresa de no renunciar a la misma, equivale a renunciar a hacer valer sus pretensiones ante el juez natural del contrato y genera el rechazo de la demanda por falta de jurisdicción. |
| 9. Decisión |
| Confirma el auto de rechazo de plano de la demanda. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| |
| 12. Análisis jurídico |
| <p>En esta ocasión la sala entra a determinar si un rechazo de una demanda de plano es ajustada a derecho y concluye que es acertada la decisión del Tribunal, toda vez que, a pesar de que las partes del contrato estatal acordaron someter las diferencias del contrato al conocimiento de la justicia arbitral, en este caso el actor reconoció expresamente en el escrito contentivo de la demanda, que la misma era solo para interrumpir la caducidad de la acción en tanto se instalaba el tribunal arbitral.</p> <p>Como es sabido, la renuncia tácita opera cuando una de las partes presenta la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa y notificado el demandado, no propone la excepción correspondiente y estas actuaciones procesales concluyen que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto.</p> <p>No obstante, en este caso, la parte si bien presenta la demanda, en la misma deja expresa constancia de que su intención no es la de renuncia ni expresa ni tácitamente al pacto y que la finalidad de la demanda es evitar la caducidad de la acción, en tanto se instala el tribunal de arbitramento.</p> |

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 16 (22 de abril de 2009)

| | |
|--|------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 29699 |
| Fecha | 22 de abril de 2009 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Enrique Gil Botero |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | Mauricio Fajardo Gómez |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró convenio interadministrativo para la producción de licor, contrato que tenía pactada la cláusula arbitral.</p> <p>El demandante a través de la acción contractual solicita que se declare la existencia del convenio interadministrativo, el incumplimiento de mismo y el consecuencial pago de perjuicios. El demandado no contestó la demanda y no presentó alegatos de conclusión.</p> <p>El Tribunal accedió a las pretensiones económicas de la demanda, pero negó la solicitud de existencia del convenio por no existir registro presupuestal.</p> <p>Debido a que no se apeló la providencia, que por lo demás superaba los 300 SMLMV del año 2004, y que la misma impuso una condena a cargo de la empresa industrial y comercial del Estado, denominada Comercializadora de Licores del Putumayo, se surtió la consulta a que se refiere el art. 184 CCA.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer el asunto, atendiendo el hecho de que en el contrato se pactó cláusula arbitral?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>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.</p> | |

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 equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

7. Ratio Decidendi

La jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden-pese al pacto-a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural.

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

8. Regla Jurisprudencial

Cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden-pese al pacto-a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

9. Decisión

Modifica la sentencia de primera instancia y declara la existencia del contrato, la responsabilidad por perjuicios causados y el pago al pago de estos.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

Discrepa de la posición por los efectos que el pacto arbitral está llamado a generar: i).-La naturaleza autónoma que por expresa disposición legal le corresponde al pacto arbitral, cuestión que determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga; ii).- Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar, consistentes, entre otros, en dotar de jurisdicción y de competencia a los árbitros que deberán decidir el litigio y, a la vez, de derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces permanentes o institucionales, al punto de que si éstos últimos advierten directamente la existencia del correspondiente pacto arbitral perfectamente podrían y deberían, de manera válida, rechazar la demanda que les sea presentada por carecer de jurisdicción, sin necesidad de que el extremo pasivo de la misma hubiere hecho pronunciamiento alguno. iii).-La necesidad que existe en derecho para deshacer un negocio jurídico con la observancia previa de los mismos requisitos y solemnidades que las normas hubieren establecido para su celebración, teniendo en cuenta el carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria.

12. Análisis jurídico

Esta sentencia es importante porque hace un recuento jurisprudencial de la tesis de la renuncia tácita desde que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Corte Suprema de Justicia, en sendos pronunciamientos en los cuales concluyo que la presentación de la demanda en aquellos contratos en que se ha pactado cláusula compromisoria y su contestación sin rechazar la jurisdicción, constituye una renuncia a lo que previamente las partes habían pactado de someter sus diferencias ante la justicia arbitral y retornar la competencia al juez natural del contrato. En la segunda sentencia incluso se le dio alcance procesal a la no contestación de la demanda y se equiparó a contestar sin proponer la excepción de pacto arbitral y por ende la consecuencia jurídica de renuncia tácitamente al pacto.

Recorre los diferentes pronunciamientos de la sección tercera del Consejo de Estado y da validez a la conducta de las partes para sostener que en el caso concreto si es competente para conocer el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que, la demanda y el silencio guardado por la contraparte permitieron dejar sin efecto la cláusula compromisoria y volver a dotar de competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante se observa que el Consejero Mauricio Fajardo Gómez retoma la tesis que imperaba en la sección tercera en el año 1992 y que aseveraba que la inclusión de la cláusula compromisoria y la presentación de la demanda ante la justicia, producía por si sola la nulidad del proceso que era deber oficioso del juez decretar advertida esta circunstancia y sus argumentos se centran en la autonomía de la cláusula compromisoria, los efectos procesales que está llamada a generar y el principio de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 17 (23 de junio de 2010)

| | |
|---|------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 18395 |
| Fecha | 23 de junio de 2010 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Enrique Gil Botero |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | Mauricio Fajardo Gómez |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública en el cual se pactó que las controversias que surgieran con ocasión del mismo serían resueltas por árbitros. Las obras se desarrollaron sin inconvenientes, no obstante el Municipio no cancelo los valores de las actas respectivas por lo que el actor solicito a la jurisdicción contenciosa administrativa la declaratoria de incumplimiento contractual y el pago de los perjuicios respectivos. El demandado no contesto la demanda y el Tribunal decreto el incumplimiento y condeno al pago de perjuicios. Se presenta apelación de la demanda.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer el asunto, atendiendo el hecho de que en el contrato se pactó cláusula arbitral?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>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.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| | |
| 7. Ratio Decidendi | |

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

8. Regla Jurisprudencial

Cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden pese al pacto-a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

9. Decisión

Confirma la sentencia de primera instancia.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

Discrepa de la posición por los efectos que el pacto arbitral está llamado a generar: i).-La naturaleza autónoma que por expresa disposición legal le corresponde al pacto arbitral, cuestión que determina que los efectos de la cláusula compromisoria están llamados a subsistir aun en eventos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga; ii).- Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar, consistentes, entre otros, en dotar de jurisdicción y de competencia a los árbitros que deberán decidir el litigio y, a la vez, de derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces permanentes o institucionales, al punto de que si éstos últimos advierten directamente la existencia del correspondiente pacto arbitral perfectamente podrían y deberían, de manera válida, rechazar la demanda que les sea presentada por carecer de jurisdicción, sin necesidad de que el extremo pasivo de la misma hubiere hecho pronunciamiento alguno. iii).-La necesidad que existe en derecho para deshacer un negocio jurídico con la observancia previa de los mismos requisitos y solemnidades que las normas hubieren establecido para su celebración, teniendo en cuenta el carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria.

12. Análisis jurídico

Como se observa, esta sentencia es una reproducción exacta en el tema de la competencia frente al supuesto de la existencia de pacto arbitral en el contrato y la renuncia tácita a la misma por la conducta procesal de las partes. El consejero ponente es el mismo, el doctor Enrique Gil Botero y

el salvamento de voto tiene los mismos razonamiento aducidos por parte del consejero Mauricio Fajardo Gómez.

La Sala continúa aceptando la tesis de la renuncia tácita de la cláusula arbitral.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 18 (10 de marzo de 2011)

| | |
|--|--------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 15935 |
| Fecha | 10 de marzo de 2011 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Danilo Rojas Betancourth |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública en el cual se pactó que las controversias que surgieran serían dirimidas por árbitros, una vez finalizado este, fue liquidado mediante acta de liquidación bilateral suscrita por las partes. No obstante, el alcalde municipal procedió a expedir una resolución de liquidación unilateral que arrojaba un menor valor como saldo a favor del contratista, quien la impugnó en sede administrativa, siendo confirmada dicha decisión. El tribunal declaró en forma errónea la falta de jurisdicción, por considerar que al contener el referido contrato una cláusula compromisoria, la controversia ha debido someterse a la decisión de árbitros.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿El pacto arbitral contenido en un contrato estatal -cláusula compromisoria- conduce a que obligatoriamente se deban llevar las controversias derivadas de tal contrato a un tribunal de arbitramento o las partes pueden apartarse de lo acordado en él y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>En el sub-lite, sí era procedente el análisis por parte del tribunal a-quo, de las pretensiones planteadas en la demanda, en la medida en que la entidad demandada, al no contestar la demanda, renunció tácitamente a la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar, se decidirá de fondo la controversia.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| | |
| 7. Ratio Decidendi | |

En el presente caso el contratista, a pesar de la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó, para que éste dirimiera la controversia suscitada con ocasión de la expedición de la liquidación unilateral del contrato celebrado con dicha entidad y del incumplimiento contractual de la misma, lo cual significa que renunció a la justicia arbitral a la que se había deferido la decisión de tales litigios.

A su turno, la entidad demandada, no contestó la demanda, oportunidad en la que habría podido alegar la existencia de la cláusula compromisoria como excepción, en la medida en que constituía un hecho impeditivo para que la jurisdicción contencioso administrativa conociera de las pretensiones del demandante, puesto que en tanto la parte demandada insista en hacer valer el pacto arbitral y manifieste expresamente su voluntad de no renunciar a lo acordado en la cláusula compromisoria, ésta se torna obligatoria no sólo para las partes, sino también para el juez, quien en consecuencia, carecerá de jurisdicción para adelantar el respectivo proceso y de hacerlo, el mismo estará incurso en una causal de nulidad insaneable.

8. Regla Jurisprudencial

Si las partes de un contrato estatal que contiene cláusula compromisoria, acuden a la jurisdicción contenciosa administrativa con la presentación de la demanda y el demandado no excepciona la falta de jurisdicción, constituye una renuncia tácita al pacto arbitral.

9. Decisión

Revoca la sentencia apelada y decide de fondo.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Reiteración jurisprudencial de la línea que acepta la postura de la renuncia tácita del pacto arbitral, tesis de inferencia procesal que hace el Consejo de Estado con la presentación de la demanda y la contestación sin proponer la excepción o la no contestación, en un contrato en el cual las partes acordaron que las diferencias que pudieren surgir serían dirimidas por la justicia arbitral.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 19 (18 de abril de 2013)

| | |
|---|---|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 13. Identificación de la providencia | |
| Número | 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859) |
| Fecha | 18 de abril de 2013 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Carlos Alberto Zambrano Barrera |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | Stella Conto Díaz Del Castillo y Danilo Rojas Betancourth |
| 14. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 15. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>El Departamento de Casanare y el señor Julio Cesar García Jiménez suscribieron contrato de obra el 25 de junio de 1996, en el contrato se pactó que toda controversia sería resuelta por árbitros.</p> <p>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.</p> <p>El señor Julio Cesar García Jiménez interpone demanda solicitando la nulidad de los actos administrativos y el pago de perjuicios y 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.</p> <p>Se apela la sentencia ante el Consejo de Estado.</p> | |
| 16. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer controversias de un contrato que contiene cláusula compromisoria? | |
| 17. Tesis jurisprudencial | |
| Cuando 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. |
| 18. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| Artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998 Artículo 2 A del Decreto 2270 de 1989 Numerales 1 y 2 del artículo 140, 140-1, 144 y 145 del C. de P. C. |
| 19. Ratio Decidendi |
| La solemnidad del escrito es un requisito indispensable de la cláusula compromisoria y si las partes desean dejar sin efecto el pacto, deben hacerlo de común acuerdo y por escrito. Su fundamento es el interés público basado en los efectos de stirpe procesal y en defensa de la seguridad jurídica y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. |
| La autonomía de la cláusula compromisoria se desconoce si el juez institucional deduce a partir de la conducta procesal asumida por las partes, la renuncia a la cláusula compromisoria. |
| 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, sustentado en la autonomía de la voluntad y que 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. |
| En este sentido, si los jueces institucionales, advierten la existencia de pacto arbitral, deben rechazar la demanda, sin esperar que la contraparte proponga la excepción correspondiente o declarar la nulidad de lo actuado. |
| 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. |
| 20. Regla Jurisprudencial |
| Cuando 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. |
| 21. Decisión |
| 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 y declara la nulidad de todo lo actuado. |
| 22. Aclaraciones de voto |
| |

23. Salvamentos de voto

El criterio mayoritario de la Sala 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.

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.

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.

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 que les garantizan a los usuarios del servicio de justicia el derecho a recibir el mismo trato y a que no se les vulneren las expectativas legítimas que pueden derivarse frente a las decisiones judiciales.

24. Análisis jurídico

Es en esta providencia, que la jurisprudencia pacífica imperante en la sección tercera del Consejo de Estado desde el año 1997 da un giro, pasando de la aceptación de la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria a no concederle algún efecto procesal a la conducta de las partes cuando habiéndose pactado que las diferencias que surjan serían sometidas al conocimiento de árbitros, uno de los extremos de la litis decide instaurar proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la otra en la contestación, no propone la excepción correspondiente.

Importante precisar que la misma corporación aclaró que esta nueva tesis solo aplica 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”, toda vez que, expresamente el parágrafo del artículo 21 dice que no interponer “la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

Los argumentos expuestos por el Consejo de Estado para varias su tesis jurisprudencial fueron 5 y se resumen así:

1. Solemnidad como requisito indispensable de la cláusula compromisoria: El decreto 2270 de 1989, consagra que el acuerdo entre las partes de someter sus diferencias ante un Tribunal Arbitral debe estar inserta en un contrato o en un documento anexo a este y en este sentido si las partes desean modificar lo pactado, deben hacerlo de la misma forma en que se construyó ese pacto, es decir expresa y solemnemente. No le es dable al Juez inferir de la conducta procesal de las partes la modificación del pacto arbitral toda vez que en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

La solemnidad encuentra su fundamento en el interés público del pacto y los efectos procesales que este está llamado a generar, protegiéndose la seguridad jurídica y la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

2. Autonomía como una de las principales características de la cláusula compromisoria, al punto de que el pacto es válido a pesar de que el contrato del que depende haya sido declarado nulo o inexistente, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria.

En este sentido, si en virtud de la autonomía, el pacto continúa generando efectos a pesar de que el contrato haya desaparecido del mundo jurídico, con mayor razón este debe permanecer indemne, si las partes nada han decidido por escrito acerca de su modificación.

3. El principio de planeación como columna vertebral de todo proceso contractual adelantado por entidades públicas y que permite de acuerdo con estudios de conveniencia y necesidad por parte del contratante, considerar pertinente insertar en el contrato la cláusula compromisoria, principio de planeación que guarda relación con los principios de interés general y legalidad. Por ende, no es viable afirmar que con motivo de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no propuso la excepción correspondiente, se modificó el pacto.
4. La consecuencia jurídica que conlleva al interior de un proceso la existencia de un pacto arbitral es el rechazo de la demanda o decretando la nulidad de lo actuado, en virtud de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por falta de jurisdicción y competencia.

No es posible seguir aceptando la tesis de la renuncia tácita del pacto arbitral, toda vez que, sería admitir la existencia de dos jurisdicciones diferentes con competencia para decidir sobre un asunto, cuando solo una de ellas puede conocer del tema en virtud del pacto.

5. Sobre el tema de nulidades, es importante precisar que el Código Contencioso Administrativo, remite a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil y allí se contempla que el Juez tiene la facultad oficiosa de decretar las nulidades insubsanables que señale al interior del proceso, siendo la falta de jurisdicción, una de las referidas y entendida esta 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.

En virtud de lo anterior, es claro que, advertida la cláusula compromisoria al interior de un proceso, estamos en presencia de un caso de falta de jurisdicción y es deber del juez institucional declarar probada dicha excepción, sin importar que no hubiese sido propuesta en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda. El silencio procesal de la parte no sana esta nulidad.

Frente al salvamento de voto es importante precisar que los Magistrados centran sus argumentos en i) afirmar que para extinguir los efectos del pacto arbitral la Sala creó una solemnidad *ab substantiam*

actus y ii) que con esta decisión de cambiar la jurisprudencia se vulneró el derecho de acceso a la justicia del actor.

Sostienen que la teoría general de las obligaciones permite que las partes por mutuo acuerdo pueden dar por extinguida la obligación que los ata y que en palabras del artículo 1618 del Código Civil, conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Discrepan de la posición mayoritaria cuando concluyen que, para liberarse del pacto arbitral, estos deben suscribir un nuevo acuerdo expreso, ya que con ello se desconocen los efectos de la conducta concluyente en la interpretación de las obligaciones y se vulnera la autonomía de la voluntad.

Es un error tratar como iguales la formación del pacto arbitral con su extinción, toda vez que, sus efectos son totalmente diferentes y va en contravía de las normas legales, por ello es un error extender por vía analógica a la extinción de la obligación los requisitos exigidos para la formación del mismo.

De las normas civiles y comerciales se extrae que la regla general es materia de contratos es la consensualidad y la solemnidad es un límite a la autonomía de la voluntad privada y de allí que debe estar expresamente consagrada en una norma los casos en que las partes deben atenerse a dicho requisito para la formación del negocio jurídico y es este orden de ideas, no es dable hacer una aplicación extensiva o analógica pues se estaría invirtiendo la regla general.

Con respecto a los límites que se crearon con esta nueva posición jurisprudencial que restringe el derecho fundamental de acceso a la justicia, se advierte que la justicia arbitral debido a su carácter ocasional, transitorio y voluntario solo permite a los particulares administrar justicia de manera complementaria a la jurisdicción natural, y en este sentido se equivoca la Sala al afirmar que la solemnidad del negocio arbitral sustituye con vocación de permanencia el acceso a la jurisdicción.

Exigir formalidad, para dar fin a lo previamente acordado de someter sus diferencias al conocimiento de árbitros, sustituye con carácter permanente el acceso a la justicia, toda vez que la habilitación mediante el pacto arbitral se requiere para conferir jurisdicción al juez arbitral y no para acudir ante el juez natural, ya que la habilitación a este ultimo la garantiza el artículo 229 de la Constitución.

Erro la Sala al sostener que con el cambio jurisprudencial se opta por la prevalencia del principio de seguridad jurídica, porque la existencia de la cláusula compromisoria no impide a una de las partes acudir a la justicia ordinaria, ni vulnera a la otra parte la seguridad jurídica en cuanto esta puede optar por proponer la excepción de cláusula compromisoria o aceptar los efectos que conlleva guardar silencio.

Con la posición mayoritaria de la corporación se otorgó la posibilidad al Juez de sustituir a las partes en el cumplimiento de las cargas procesales e imponer a estas el deber de mantenerse vinculados por los efectos de un pacto arbitral sobre el cual convinieron su extinción con la interposición de la demanda y el silencio a hacer valer la cláusula compromisoria, posición que va en contravía de la autonomía de la voluntad privada.

Por último, los Consejeros concluyen su salvamento de voto, que con el cambio jurisprudencial se afectaron los derechos de igualdad, justicia y confianza legítima, al aplicar retroactivamente la nueva tesis.

La línea jurisprudencial mantenida era pacífica y de aceptación doctrinal, lo que advierte que no fue la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia lo que propicio la unificación.

El cambio afecta a las partes en contienda, quienes estaban convencidos que al pacto arbitral se renunciaba tácitamente con la conducta procesal de las partes, una presentando la demanda y la otra no proponiendo la excepción correspondiente, empero con la nueva tesis, el proceso estaba viciado de nulidad por falta de jurisdicción, posición que dejó sin efectos el trato igualitario y las expectativas legítimas frente a la línea jurisprudencial consolidada.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 20 (2 de mayo de 2013)

| | |
|--|------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 22508 |
| Fecha | 2 de mayo de 2013 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Mauricio Fajardo Gómez |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública en el cual se incluyó cláusula compromisoria.</p> <p>El demandante acude a la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio de la acción contractual solicitando la declaratoria de incumplimiento, la liquidación del contrato incluyendo saldos adeudados y el pago de perjuicios.</p> <p>El Tribunal accede a las pretensiones de la demanda y la contraparte presenta recurso de apelación.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio fruto de un contrato en el cual se pactó cláusula compromisoria?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Advertida la existencia de cláusula compromisoria en el contrato de obra, se está en presencia de una nulidad insaneable por falta de jurisdicción y competencia y como tal debe ser declarada de oficio. Esta tesis deviene de la aplicación de normas legales, imperativas y de orden público a cuya observancia no puede sustraerse el despacho.</p> <p>La medida proferida no impide la solución de la controversia planteada sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efectos de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción para válidamente pronunciar la decisión que en derecho corresponda.</p> <p>Esta tesis solo aplica a asuntos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 de 2012.</p> | |

| |
|--|
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso |
| Artículos 140 numerales 1 y 2, 144 y 145 del C.P.C. Artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998. Artículo 115 de la Ley 446 de 1998. Artículo 164 del C.C.A. |
| 7. Ratio Decidendi |
| i) La cláusula compromisoria es solemne y expresa y cualquier modificación debe realizarse cumpliendo las mismas formalidades exigidas para su formación por los efectos procesales llamada a cumplir en favor de la seguridad jurídica y la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. |
| ii) Al ser autónoma sus efectos están llamados a subsistir aunque se declare la nulidad absoluta o inexistencia del contrato. |
| iii) Por los efectos procesales del pacto, el juez está en el deber de manera directa y prima facie de rechazar la demanda por carecer de jurisdicción y competencia sin esperar que el extremo pasivo proponga la respectiva excepción. |
| iv) Es deber respetar el principio de planeación e igualdad precontractual, toda vez que, la entidad pública estimo necesario y pertinente la inclusión de la cláusula compromisoria y su desconocimiento resultaría lesivo del principio de igualdad frente a los demás proponentes. |
| v) El juez tiene la facultad – deber de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción y estén probados en el proceso, así no hayan sido formuladas por el demandado. |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| Advertida la existencia de pacto arbitral dentro de un proceso, el juez de lo contencioso administrativo deberá rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia. |
| 9. Decisión |
| Declara la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual giran las controversias planteadas en la demanda. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| 11. Salvamentos de voto |
| 12. Análisis jurídico |
| Es este el primer auto que produce la sección tercera del Consejo de Estado con posterioridad a la providencia hito del mismo año, a través de la cual se unifico 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 y declara la nulidad |

de todo lo actuado. Dejando claro que no es aplicable la tesis de la renuncia tácita que venía aplicando la corporación desde el año 1997.

Los argumentos expuestos frente a la no aplicación de la tesis de la renuncia tácita del pacto arbitral, se resumen en: i) el carácter solemne y expreso, ii) la naturaleza autónoma, iii) sus efectos procesales, iv) principio de planeación y v) el deber de la declaratoria de oficio de la nulidad por falta de jurisdicción y competencia.

Cabe mencionar que el Consejero Ponente advierte que no es el cambio de tesis jurisprudencial lo que conlleva a evitar un pronunciamiento de fondo por parte de la corporación, sino que el mismo obedece a la aplicación de normas legales, imperativas y de orden público que es imposible desconocer por la Sala y que tienen una relación directa e inmediata con el deber que la Constitución Política le impone a los Jueces de la República de respetar y observar la garantía fundamental del Debido Proceso.

Por último agrega que con la decisión no se está impidiendo que se dé un pronunciamiento de fondo, al contrario lo que se está haciendo es adecuando la actuación procesal para que el juez competente decida el litigio.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 21 (20 de mayo de 2013)

| | |
|--|------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 24599 |
| Fecha | 20 de mayo de 2013 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Mauricio Fajardo Gómez |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró contrato de obra pública en el cual se pactó cláusula compromisoria.</p> <p>El demandante acude pese al pacto a la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio de la acción contractual solicitando que se declare el rompimiento del equilibrio contractual, que se liquide el contrato y el pago de valores adeudados y reconocimiento de perjuicios. El demandado contesta la demanda sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.</p> <p>El Tribunal se inhibe de fallar la demanda y la decisión es apelada por los demandantes.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio fruto de un contrato en el cual se pactó cláusula compromisoria?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Advertida la existencia de cláusula compromisoria en el contrato de obra, se está en presencia de una nulidad insaneable por falta de jurisdicción y competencia y como tal debe ser declarada de oficio. Esta tesis deviene de la aplicación de normas legales, imperativas y de orden público a cuya observancia no puede sustraerse el despacho.</p> <p>La medida proferida no impide la solución de la controversia planteada sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efectos de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción para válidamente pronunciar la decisión que en derecho corresponda.</p> | |

Esta tesis solo aplica a asuntos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 de 2012.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículos 140 numerales 1 y 2, 144 y 145 del C.P.C.

Artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998.

Artículo 115 de la Ley 446 de 1998.

Artículo 164 del C.C.A.

7. Ratio Decidendi

i) La cláusula compromisoria es solemne y expresa y cualquier modificación debe realizarse cumpliendo las mismas formalidades exigidas para su formación por los efectos procesales llamada a cumplir en favor de la seguridad jurídica y la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

ii) Al ser autónoma sus efectos están llamados a subsistir aunque se declare la nulidad absoluta o inexistencia del contrato.

iii) Por los efectos procesales del pacto, el juez está en el deber de manera directa y prima facie de rechazar la demanda por carecer de jurisdicción y competencia sin esperar que el extremo pasivo proponga la respectiva excepción.

iv) Es deber respetar el principio de planeación e igualdad precontractual, toda vez que, la entidad pública estimo necesario y pertinente la inclusión de la cláusula compromisoria y su desconocimiento resultaría lesivo del principio de igualdad frente a los demás proponentes.

v) El juez tiene la facultad – deber de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción y estén probados en el proceso, así no hayan sido formuladas por el demandado.

8. Regla Jurisprudencial

Advertida la existencia de pacto arbitral dentro de un proceso, el juez de lo contencioso administrativo deberá rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia.

9. Decisión

Declara la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual giran las controversias planteadas en la demanda.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Reproducción exacta del auto del 2 de mayo de 2013, expediente 22508, mediante el cual se declara la nulidad de todo lo actuado y se ordena remitir el expediente a la justicia arbitral.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 22 (24 de julio de 2013)

| | |
|---|---------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 28345 |
| Fecha | 24 de julio de 2013 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Jaime Orlando Santofimio Gamboa |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebraron varios contratos de compraventa de servicios de salud, dos de ellos tenían pactada cláusula compromisoria. El demandante afirma que producto de estos contratos se generaron unas cuentas de cobro y que las mismas no han sido canceladas, por lo que solicita en demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa que se declare la existencia de contratos verbales y escritos así como el pago de los servicios prestados más los intereses.</p> <p>El Tribunal frente a dos contratos a pesar de la existencia de la cláusula compromisoria, sostiene que no se presentó la excepción previa de falta de jurisdicción y que por haber operado la caducidad se inhibe de pronunciarse de fondo.</p> <p>Se apela la sentencia por considerar que no había operado la caducidad.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio producto de un contrato que contiene cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| Si el Juez advierte la existencia de ese pacto, bien puede y, más aún, debe 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. | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |
| Numerales 1 y 2 del artículo 140 del C.P.C. | |

7. Ratio Decidendi

Para modificar el pacto arbitral o dejarlo sin efecto, las partes 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.

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.

8. Regla Jurisprudencial

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.

9. Decisión

Decreta la nulidad de todo lo actuado respecto de las pretensiones que se sustentaron en los dos contratos en los que se había pactado cláusula compromisoria.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

El cambio jurisprudencial sigue generando los efectos que le dio la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013, en el sentido de analizar los casos en que a pesar de existir cláusula compromisoria y que la parte demandada no haya propuesto la excepción correspondiente de falta de jurisdicción, declarar la nulidad de lo actuado y ordenar remitir el expediente a la justicia arbitral.

Llama la atención que el proceso se presentó en el año 2001, época para la cual se encontraba vigente la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y que la decisión se toma 12 años después y en la misma no se decide de fondo sino que se declara la nulidad de todo lo actuado, vulnerando el principio de confianza legítima.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 23 (12 de agosto de 2013)

| | |
|--|------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 28730 A |
| Fecha | 12 de agosto de 2013 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Mauricio Fajardo Gómez |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Entre las partes se celebró un contrato de concesión en el cual se pactó cláusula compromisoria por virtud de la cual las partes expresamente acordaron que las discrepancias surgidas con ocasión del negocio jurídico en referencia debían ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento.</p> <p>A través de acto administrativo se impone una multa al contratista, el cual inconforme con el contenido de la misma, demanda su nulidad ante la justicia administrativa. El demandado contesta la demanda pero no propone la excepción previa de existencia de pacto arbitral.</p> <p>El tribunal administrativo falla denegando las suplicas de la demanda y la misma es apelada por el demandante.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| ¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio fruto de un contrato en el cual se pactó cláusula compromisoria? | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Advertida la existencia de cláusula compromisoria en el contrato de concesión, se está en presencia de una nulidad insaneable por falta de jurisdicción y competencia y como tal debe ser declarada de oficio. Esta tesis deviene de la aplicación de normas legales, imperativas y de orden público a cuya observancia no puede sustraerse el despacho.</p> <p>La medida proferida no impide la solución de la controversia planteada sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efectos de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción para válidamente pronunciar la decisión que en derecho corresponda.</p> | |

Esta tesis solo aplica a asuntos que se tramiten o deban gobernarse por las disposiciones legales anteriores a la vigencia de la Ley 1563 de 2012.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículos 140 numerales 1 y 2, 144 y 145 del C.P.C.

Artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998.

Artículo 115 de la Ley 446 de 1998.

Artículo 164 del C.C.A.

7. Ratio Decidendi

i) La cláusula compromisoria es solemne y expresa y cualquier modificación debe realizarse cumpliendo las mismas formalidades exigidas para su formación por los efectos procesales llamada a cumplir en favor de la seguridad jurídica y la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

ii) Al ser autónoma sus efectos están llamados a subsistir aunque se declare la nulidad absoluta o inexistencia del contrato.

iii) Por los efectos procesales del pacto, el juez está en el deber de manera directa y prima facie de rechazar la demanda por carecer de jurisdicción y competencia sin esperar que el extremo pasivo proponga la respectiva excepción.

iv) Es deber respetar el principio de planeación e igualdad precontractual, toda vez que, la entidad pública estimo necesario y pertinente la inclusión de la cláusula compromisoria y su desconocimiento resultaría lesivo del principio de igualdad frente a los demás proponentes.

v) El juez tiene la facultad – deber de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción y estén probados en el proceso, así no hayan sido formuladas por el demandado.

8. Regla Jurisprudencial

Advertida la existencia de pacto arbitral dentro de un proceso, el juez de lo contencioso administrativo deberá rechazar la demanda o declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia.

9. Decisión

Declara la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia y ordena enviar el expediente a la cámara de comercio de Bogotá.

10. Aclaraciones de voto

11. Salvamentos de voto

12. Análisis jurídico

Reproducción exacta del auto del 2 de mayo de 2013, expediente 22508, mediante el cual se declara la nulidad de todo lo actuado y se ordena remitir el expediente a la justicia arbitral.

FICHA DE ANÁLISIS DE PROVIDENCIAS

TITULO: Línea Jurisprudencial sobre la Renuncia Tácita a la Cláusula Compromisoria

Sentencia 24 (18 de mayo de 2017)

| | |
|---|--------------------------------------|
| Maestrando: Juan Fernando Monsalve Arango | |
| 1. Identificación de la providencia | |
| Número | 25000-23-26-000-2004-00672-01(34681) |
| Fecha | 18 mayo de 2017 |
| Corporación | Consejo de Estado |
| Magistrado Ponente | Jaime Enrique Rodríguez Navas |
| Magistrado(s) que aclara(n) el voto | |
| Magistrado (s) que salva(n) el voto | |
| 2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad y constitucionalidad) | |
| | |
| 3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso) | |
| <p>Se encuentra acreditado que el 25 de septiembre de 1997 entre la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. y Unión Temporal A. Muñoz constituida por las sociedades Alfredo Muñoz & Cía. Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A. se suscribió el contrato de concesión Nro. 047 de 1997.</p> <p>Dentro del mencionado contrato, las partes acordaron que las controversias surgidas en razón de dicho contrato se someterían a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.</p> <p>Se discute la legalidad de las directivas Nro. 007 y 025 de 2003 a través de las cuales el gerente general de Corabastos S.A. señaló que el monto total adeudado por las sociedades que conforman las uniones temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos corresponde a la suma de \$5.715`023.390.83, además de declarar extinguida, por compensación, la deuda impuesta a CORABASTOS S.A. por el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001.</p> | |
| 4. Problema jurídico - Corte – Consejo de Estado (según el caso) | |
| <p>¿Es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer un litigio fruto de un contrato en el cual se pactó cláusula compromisoria?</p> | |
| 5. Tesis jurisprudencial | |
| <p>Debido al carácter solemne del pacto arbitral, la única forma de modificar el mismo es mediante la suscripción de un nuevo convenio expreso y revestido de la misma formalidad –escrito– entre las partes.</p> | |
| 6. Normas jurídicas relevantes para el caso | |

| |
|--|
| Artículo 14 de la Ley 80 de 1993. |
| 7. Ratio Decidendi |
| Debido al carácter solemne del pacto arbitral, la única forma de modificar el mismo es mediante la suscripción de un nuevo convenio expreso y revestido de la misma formalidad –escrito– entre las partes. |
| De la misma manera este debe ser respetado, toda vez que, en virtud del principio de planeación, la entidad pública estimo pertinente pactar dicha cláusula. |
| Adicionalmente se desprende del mismo que, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y en uso de las facultades constitucionales y legales, ambos contratantes acordaron someter sus diferencias al conocimiento de árbitros. |
| Las controversias surgidas no hacen referencia a actos administrativos en ejercicio de poderes exorbitantes, por lo tanto, no se encuentran dentro de las excepciones a la justicia arbitral. |
| Por último, no se evidencia que el pacto fuera solemnemente renunciado por las partes contratantes y en este caso se debe declarar oficiosamente la excepción correspondiente. |
| 8. Regla Jurisprudencial |
| Las partes de un contrato estatal que contenga cláusula compromisoria y que sometan sus diferencias a la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la interposición de la demanda y no formulando la excepción correspondiente, procederá la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción. |
| 9. Decisión |
| Revoca la sentencia del 28 de junio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y en su lugar: |
| Declara la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y ordena remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. |
| 10. Aclaraciones de voto |
| |
| 11. Salvamentos de voto |
| |
| 12. Análisis jurídico |
| De acuerdo con el rastreo realizado dentro de la presente construcción de línea jurisprudencial, es la referida providencia la sentencia arquimédica y desarrolla las reglas y sub reglas que la sala plena de la sección tercera edificó para variar la tesis jurisprudencial imperante hasta ese momento en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal. |
| Los argumentos para decretar la nulidad de lo actuado y ordenar la remisión del expediente a la Cámara de Comercio parten de un análisis de la validez de la cláusula compromisoria pactada en el |

contrato y determina que la misma no ha sido modificada por las partes formalmente, esto es por escrito.

Se afirma que el pacto arbitral es desarrollo del principio de planeación, mediante el cual se determinó incluir en el contrato este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Analiza los actos administrativos sometidos a consideración de la jurisdicción, con el fin de determinar si los mismos comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes y si es del caso deducir si son materia vetada para la justicia arbitral, no obstante, concluye que no comportan esta prerrogativa y que si pueden ser sometidos al estudio de árbitros.

Por último, determina la vigencia que tiene la nueva tesis, ya que, de conformidad con la providencia de unificación de jurisprudencia, esta aplica solo a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 29 de marzo de 2004, no está bajo esta norma y por ende, la consecuencia jurídica que deriva es la declaratoria de nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

Referencias

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1563 de 2012]. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>

Barona Vilas, S (2011). Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 18 (1), p. 199. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100008.

Cuesta Simanca, Álvaro (2012). Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia, Bogotá, Colombia: Ibañez.

Gaceta del Congreso, Año XX N° 817 del 2 de noviembre de 2011. Recuperado de <http://www.lexbase.biz/lexbase/gacetas/2011/GC0817de2011.pdf>

López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.

Restrepo-Medina, Manuel-Alberto (2010). Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 12 (1), pp. 263-283. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1192>

Jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia

Decisiones de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de junio de 1979) Sentencia. [Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de abril de 1992) Sentencia. [Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (17 de junio de 1997) Sentencia 4781. [Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Scholss].

Consejo de Estado

Decisiones del Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de junio de 1992). Sentencia 6761. [Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de mayo de 1994). Sentencia 8004. [Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (16 de junio de 1997). Sentencia 10882. [Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de septiembre de 1997). Auto 13573. [Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (29 de enero de 1998). Sentencia 13070. [Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de marzo de 1998). Auto 14097. [Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de marzo de 1998). Auto 17001-23-31-000-1998-14619-01 (14619). [Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de julio de 2003). Auto 13001-23-31-000-1998-02067-01 (23139). [Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (4 de septiembre de 2003). Sentencia 25000-23-26-000-1989-05337-01 (10883). [Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de febrero de 2004). Sentencia 11001-03-26-000-2003-0024-01 (25094). [Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de marzo de 2004). Sentencia 73001-23-31-000-1997-05495-01 (15936). [Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (16 de marzo de 2005). Auto 05001-23-31-000-2003-04018-01 (27934). [Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de abril de 2009). Sentencia 25000-23-26-000-2003-01686-01 (29699). [Consejero Ponente: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (23 de junio de 2010). Sentencia 70001-23-31-000-1996-05714-01 (18395). [Consejero Ponente: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de marzo de 2011). Sentencia 27001-23-31-000-1995-02484-01 (15935). [Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de abril de 2013). Sentencia 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859). [Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2 de mayo de 2013). Auto 41001-23-31-000-1991-05990-01(22508). [Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de mayo de 2013). Auto 52001-23-31-000-2000-00098-01(24599). [Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (5 de marzo de 2015). Sentencia 11001-03-15-000-2015-00031-00 (AC). [Consejero Ponente: Susana Buitrago Valencia].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (5 de diciembre de 2016). Auto 50001-23-33-000-2015-00618-01(58082). [Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de mayo de 2017). Auto 25000-23-26-000-2004-00672-01 (34681). [Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de abril de 2018). Sentencia 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). [Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].