

**FALTA DE JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Existencia de clausula compromisoria. Dirimir conflictos ante Tribunal de Arbitramento / CLAUSULA COMPROMISORIA - Noción. Definición. Concepto**

[D]e acuerdo con el artículo 2 A del decreto 2279 de 1989, vigente para la época de los hechos, la cláusula compromisoria es un pacto contenido en un contrato, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de este, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. En virtud de este pacto, las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden declinar la jurisdicción institucional permanente del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior. Por virtud de esta determinación, cualquier controversia sometida a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten derogar tal cláusula. (...) esta jurisdicción no es la competente para conocer de las pretensiones de la demanda ya que se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C. de falta de jurisdicción, la cual en concordancia con lo dispuesto por el último inciso del artículo 144 y el artículo 145 del mismo Código, es insaneable, sin que por otra parte se pueda afirmar que el hecho de haber acudido la parte actora a la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda, sin que la demandada hubiera efectuado manifestación expresa en torno a la existencia de la cláusula compromisoria, constituya una renuncia tácita al pacto arbitral, pues tal y como lo definió la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial, para que tal renuncia sea válida, se requiere que sea mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a la justicia arbitral, es decir que debe tratarse de una manifestación de voluntad expresa y esa convención modificatoria del contrato para suprimir el arbitramento, debe llevarse a cabo en la misma forma en que lo hicieron para incluirlo: mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito. (...) Se observa que en las pretensiones de la demanda está incluida la impugnación del acto administrativo mediante el cual la entidad liquidó unilateralmente el contrato celebrado por las partes, contenido en las Resoluciones no 528 y 755 de 1997, lo cual no es óbice para someter su conocimiento a la decisión de árbitros, puesto que tal y como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección, sólo están excluidos del mismo aquellos actos administrativos mediante los cuales las entidades estatales ejercen alguna de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por lo cual la impugnación de los referidos actos administrativos tampoco le atribuye competencia a esta jurisdicción para pronunciarse sobre las pretensiones, pues se reitera que las partes renunciaron a la misma para someter todas sus diferencias a un tribunal de arbitramento. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la renuncia a la resolución de conflictos por parte de un Tribunal de Arbitramento según lo estipulado en clausula compromisoria, consultar, auto del 18 de abril de 2013, exp.17859

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140.1 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 145 / RESOLUCION 528 DE 1997 / RESOLUCION 755 DE 1997 - DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 2A

**FALTA DE JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Se declara la nulidad de todo lo actuado. Se ordena remitir el expediente al**

**competente. al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.**

Fue voluntad de las partes sustraer del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todas las controversias que se suscitaran con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato 040 de 1994, puesto que no se estableció excepción alguna en la respectiva cláusula contractual, situación que hacía obligatoria la convocatoria del tribunal de arbitramento por aquella parte que pretendiera demandar con fundamento en dicho negocio jurídico. Como lo ha manifestado la jurisprudencia: En conformidad con lo libremente acordado fue voluntad de las partes, fruto de un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad, declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.N., que faculta a radicar dicha solución de conflictos en la jurisdicción arbitral. (...) tanto el Tribunal a-quo como esta Corporación, carecen de jurisdicción para conocer del asunto de la referencia, razón por la cual se procederá a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 16 de septiembre de 1997 por medio del cual se admitió la demanda y en consecuencia, con base en lo dispuesto en el artículo 168 del C.P.A.C.A., se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 168

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

**Radicación numero: 25000-23-26-000-1997-14922-01(28884)**

**Actor: UNISOFTWARE LTDA.**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL SECRETARIA DE HACIENDA**

**Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Al momento de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 28 de julio de 2004, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda, se advierte que se configura una

causal de nulidad procesal insaneable de todo lo actuado, por lo que procederá a declararla.

## **ANTECEDENTES**

### **I. Lo que se demanda**

1. El 29 de agosto de 1997, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A, la sociedad Unisoftware Ltda., presentó **demand** en contra de la la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, cuyas pretensiones fueron (f. 3 a 26, c. 1):

**PRIMERO.-** *Que son nulas las Resoluciones Nos. (sic) 528 Por la cual se adopta directa y unilateralmente la liquidación del contrato No. 040 de 1994 y las resoluciones (sic) No. 755 del 19 de junio de 1997 Por la cual se resuelve el correspondiente recurso de reposición.*

**SEGUNDO.-** *Que como consecuencia de las nulidades pedidas en el punto anterior, se decrete a título de restablecimiento del derecho el pago con cargo a la Nación-Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, Secretaría de Hacienda en lo correspondiente a los perjuicios materiales y morales causados a la sociedad Unisoftware Ltda. por los actos cuya nulidad se solicita, según la estimación y determinación que se haga en el proceso; El valor del precio pactado en el contrato y aún no cancelado correspondiente al valor de la obra que se entregó Los costos en que Unisoftware Ltda. incurrió en la construcción de la parte del software correspondiente a las especificaciones no pactadas en el contrato según la estimación y determinación que se haga en el proceso; En los costos de las publicaciones efectuadas por el demandado en los diarios de circulación nacional en donde ella los ordenó efectuar; en los daños comerciales que como consecuencia de la publicación y de los (sic) informaciones que han presentado los distintos funcionarios de la Secretaría de Hacienda sobre los contratos objeto de las resoluciones de la referencia; por los daños morales ocasionados a los socios de la compañía doctores Fernando Jordan Florez y Roberto Pardo Silva.*

**TERCERO.-** *Que se reconozca que el valor determinado como indemnización por los perjuicios materiales y morales causados, causará intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses a partir de la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios después de dicho término.*

**CUARTO.-** *Que la entidad pública condenada dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos que establece el artículo 117 de código contencioso administrativo.*

**QUINTO.-** *Que se declare la responsabilidad que les cabe a los funcionarios responsables de las decisiones técnicas y administrativas que estructuraron las decisiones administrativas que aquí se demandan.*

### **II. Trámite procesal**

2. La demanda fue admitida mediante auto del 6 de septiembre de 1997, en el que se dispuso la integración del contradictorio mediante la vinculación al proceso de la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A., a quien se ordenó notificar personalmente la demanda (f. 29, c. 1).

3. El Distrito Capital de Santafé de Bogotá presentó **contestación de la demanda** en la cual aceptó unos hechos, negó algunos y respecto de los otros, se atuvo a lo que resultara probado en el proceso. La demandada se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que el demandante adujo que con la expedición del acto administrativo acusado se violaron los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y dicha violación no se encuentra plenamente establecida en el plenario (f. 143 147, c. 1).

4. La Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A., presentó escrito en el cual coadyuvó la demanda, para lo cual procedió a reiterar los argumentos expuestos en la misma, en especial, en cuanto a la naturaleza del contrato por su objeto tendiente a la realización de actividades científicas o tecnológicas, lo que justificó la contratación directa y la no inclusión de cláusulas excepcionales y en relación a la clase de decisión contenida en el acto administrativo demandado, pues más que una liquidación, correspondió a una terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, a quien se le impone el deber de reintegrar la totalidad de las sumas recibidas con cargo al contrato, en una evidente actuación ilegal por falta de competencia de la entidad contratante (f. 52, c. 1).

5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** el 28 de julio de 2004, en la cual negó las pretensiones, por cuanto consideró que, interpretando la demanda, los cargos formulados contra el acto administrativo impugnado fueron los de i) incompetencia de la Secretaría de Hacienda de Bogotá para declarar el incumplimiento del contrato, ii) incompetencia de la Secretaría de Hacienda de Bogotá para imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar intereses moratorios y iii) falsa motivación, por inexistencia de los hechos supuestamente constitutivos de incumplimiento total. Al analizar cada uno de estos cargos, concluyó que no se configuraron (f. 130 a 146, c. ppl).

6. Inconforme con la decisión, la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A. interpuso **recurso de apelación** en su contra, en el que solicitó que se revoque y que en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones, reiterando que la entidad demandada de manera ilegal declaró el incumplimiento, terminó y liquidó unilateralmente el contrato celebrado con Unisoftware (f. 148 y 157, cppl.)

## CONSIDERACIONES

### I. Problema jurídico

7. Toda vez que el contrato estatal objeto de la controversia contiene cláusula compromisoria, se deberá establecer si la Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia o si se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 1 del artículo 140 del C.P.C., esto es, falta de jurisdicción.

### II. Análisis

8. La demanda instaurada por la sociedad Unisoftware Ltda., pretende que se hagan declaraciones y condenas en torno al contrato n.º 040 de licenciamiento de software, celebrado el 26 de julio de 1994, entre la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Bogotá y dicha sociedad, contrato en cuya cláusula trigésima se pactó (f. 161, c. 2):

**Cláusula Trigésima. Pacto Arbitral.** *Las diferencias entre las partes se someterán a la decisión de árbitros renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. En tal sentido, toda controversia o diferencia relativa a este documento, a su ejecución, se resolverá por el Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, que se sujetará a lo dispuesto en el decreto 2279 de octubre 7 de 1989, modificado por la ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991 y la ley 80 de 1993, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El Tribunal decidirá en derecho y d) El Tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá en el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad.*

9. De acuerdo con lo anterior, fue voluntad de las partes sustraer del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la solución de todas las controversias

que se suscitaran con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato 040 de 1994, puesto que no se estableció excepción alguna en la respectiva cláusula contractual, situación que hacía obligatoria la convocatoria del tribunal de arbitramento por aquella parte que pretendiera demandar con fundamento en dicho negocio jurídico. Como lo ha manifestado la jurisprudencia:

*En conformidad con lo libremente acordado fue voluntad de las partes, fruto de un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad, declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.N., que faculta a radicar dicha solución de conflictos en la jurisdicción arbitral.*

5. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2 A del decreto 2279 de 1989, vigente para la época de los hechos<sup>1</sup>, la cláusula compromisoria es un pacto contenido en un contrato, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de este, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

*En virtud de este pacto, las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden declinar la jurisdicción institucional permanente del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior. Por virtud de esta determinación, cualquier controversia sometida a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten derogar tal cláusula<sup>2</sup>.*

10. Se advierte entonces que esta jurisdicción no es la competente para conocer de las pretensiones de la demanda ya que se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C. de falta de jurisdicción, la cual en concordancia con lo dispuesto por el último inciso del artículo 144 y el artículo 145 del mismo Código, es insaneable, sin que por otra parte se pueda afirmar que el hecho de haber acudido la parte actora a la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda, sin que la demandada hubiera efectuado manifestación expresa en torno a la existencia de la cláusula compromisoria, constituya una renuncia tácita al pacto arbitral, pues tal y como lo definió la

---

<sup>1</sup> [1] “Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 118 del Decreto 1818 de 1998-Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, adicionado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012)”.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 23786, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, reiterado en auto del 11 de septiembre de 2014, expediente 30562, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial, para que tal renuncia sea válida, se requiere que sea mediante un pacto revestido de las mismas formalidades que rodearon el convenio de someterse a la justicia arbitral, es decir que debe tratarse de una manifestación de voluntad expresa y esa convención modificatoria del contrato para suprimir el arbitramento, debe llevarse a cabo en la misma forma en que lo hicieron para incluirlo: mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito<sup>3</sup>.

11. Ahora bien, se observa que en las pretensiones de la demanda está incluida la impugnación del acto administrativo mediante el cual la entidad liquidó unilateralmente el contrato celebrado por las partes, contenido en las Resoluciones n.º 528 y 755 de 1997, lo cual no es óbice para someter su conocimiento a la decisión de árbitros, puesto que tal y como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección, sólo están excluidos del mismo aquellos actos administrativos mediante los cuales las entidades estatales ejercen alguna de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>4</sup>, por lo cual la impugnación de los referidos actos administrativos tampoco le atribuye competencia a esta jurisdicción para pronunciarse sobre las pretensiones, pues se

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente 17 859 (R-0035), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y el ponente en el *sub-lite*.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esta providencia, dijo la Sala: “(...) *la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos. // Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).*”

reitera que las partes renunciaron a la misma para someter todas sus diferencias a un tribunal de arbitramento.

12. Es claro entonces, que tanto el Tribunal *a-quo* como esta Corporación, carecen de jurisdicción para conocer del asunto de la referencia, razón por la cual se procederá a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 16 de septiembre de 1997 por medio del cual se admitió la demanda (f. 29, c. 1) y en consecuencia, con base en lo dispuesto en el artículo 168 del C.P.A.C.A., se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

13. Así mismo, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento<sup>5</sup>, previa advertencia de que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 29 de agosto de 1997 (f. 26, vto., c. 1).

Visto lo anterior, se

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

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia a partir del auto admisorio de la demanda –inclusive-, por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria pactada por las partes del contrato estatal origen de las controversias planteadas en la demanda.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su cargo y señalar que, para todos los efectos, se tendrá en

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de octubre de 2013, expediente 23786, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, es decir 29 de agosto de 1997.

**TERCERO: SEÑALAR** el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado