

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Revoca auto que rechaza demanda por falta de jurisdicción / FALTA DE JURISDICCIÓN – Por existencia de cláusula compromisoria / RENUNCIA TÁCITA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA – Regulación normativa / RENUNCIA TÁCITA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA – Conflicto normativo. Antinomia / RENUNCIA TÁCITA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA – Procedencia**

[P]ese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula ni propusiera la correspondiente excepción de la falta de jurisdicción en la contestación de la demanda. (...), la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación modificó y unificó su postura en providencia del 18 de abril de 2013, señalando que 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. (...) [E]n relación con el interrogante planteado en el auto de unificación acerca de la posibilidad de renunciar tácitamente al pacto arbitral dentro de los asuntos gobernados por la Ley 1563 de 2012 debido a la presunta antinomia entre el inciso segundo del artículo 3º y el párrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, se considera que sí es posible, dentro de los asuntos regidos por esta ley, renunciar tácitamente al pacto arbitral celebrado. (...) Debido a que las disposiciones que presentan el conflicto se encuentran en la misma ley -1563 de 2012-, no pueden ser los criterios jerárquico y cronológico los pertinentes para dirimir el actual conflicto, debiéndose acudir al criterio de la especialidad acorde a lo preceptuado en el artículo 10 del Código Civil (...) [S]i 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 párrafo 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.

**FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULOS 3 Y 21**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00618-01(58082)**

**Actor: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**

**Demandado: ARMANDO PINEDA TRUJILLO, SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 17 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo del Meta – Sala de Decisión, por medio del cual decidió rechazar la demanda por falta de jurisdicción ante la existencia de cláusula arbitral.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La Demanda.

El 27 de noviembre de 2015<sup>1</sup>, la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por intermedio de apoderado judicial, incoó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del señor Armando Pineda Trujillo y Seguros del Estado S.A. pretendiendo la declaratoria de incumplimiento del contrato Nro. 20090175 además de la devolución de los valores recibidos con ocasión de la ejecución del citado contrato en monto que asciende a \$204.194.850.

### 1.2. El Auto Impugnado.

El Tribunal Administrativo del Meta – Sala de Decisión, mediante auto del 17 de agosto de 2016<sup>2</sup>, resolvió rechazar la demanda por falta de jurisdicción dado que en la cláusula décimo quinta del contrato celebrado el 1º de septiembre de 2009, y cuya nulidad se pretende, las partes pactaron una clausula compromisoria. Al respecto indicó:

“En efecto, es claro que la Doctrina y la Jurisprudencia, en la cláusula arbitral produce (sic) falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes del Juez que la Ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes y, en su lugar, habilitar la competencia de los árbitros para conocer sobre los asuntos que se pactaron en la cláusula.

Es claro entonces, que las partes en el proceso de referencia acordaron su voluntad de acudir a la justicia arbitral para solucionar todas sus controversias, renunciando a hacer sus pretensiones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por lo que se dispondrá **RECHAZAR** la presente demanda con el Medio de Control de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** instaurada por el **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** contra **ARMANDO PINEDA TRUJILLO** y **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, al **CARECER DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**”

### 1.3. Salvamento de voto.

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 19 del cuaderno 1.

<sup>2</sup> Folios 192 y 193 cuaderno principal.

Uno de los magistrados que conforman la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Meta disintió de la posición mayoritaria pues a su juicio el artículo 21 de la ley 1563 de 2012 estableció la renuncia tácita al pacto arbitral en caso de la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria en la contestación de la demanda. Por lo anterior, a su juicio se debió admitir la demanda y darle la posibilidad a la parte demandada de ejercer la facultad originada en tal disposición<sup>3</sup>.

#### **1.4. Recurso de apelación.**

La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, interpuso recurso de apelación contra el auto del 17 de agosto de 2016 solicitando su revocatoria. Sobre el particular indicó que la cláusula compromisoria es un pacto voluntario que debe ser alegado por las partes, además que el artículo 21 de la Ley 1563 del 2012 permite la renuncia a la cláusula compromisoria en caso de que no se interponga la excepción respectiva en la contestación de la demanda.

Igualmente señaló:

“es por las anteriores consideraciones que se debe revocar el auto apelado y ordenar que se siga con el trámite judicial, toda vez que no se puede obligar a las partes a hacer uso de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos con base en una herramienta potestativa de las partes integrantes de un contrato, en ese sentido ver como una obligación impuesta acudir a Tribunal de Arbitramento es lesivo para los intereses del estado que ha decidido renunciar autónomamente a este mecanismo potestativo del contrato”.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

El despacho es competente para decidir el recurso interpuesto, por tratarse el auto del 17 de agosto de 2016, del rechazo de la demanda por falta de jurisdicción, según lo dispuesto en el artículo 125 del CPAPA<sup>4</sup>, en concordancia con el artículo 243 *Ibidem*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Folios. 194 a 195 cuaderno principal

<sup>4</sup> Artículo 125. *De la expedición de providencias.* Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

<sup>5</sup> Artículo 243. *Apelación.* Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.

## 2.2. La justicia arbitral en las controversias contractuales de las entidades públicas

El arbitraje según el artículo 1º de la ley 1563 de 2012 “es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”

Este tiene origen en la voluntad de las partes, quienes válidamente deciden sustraer la competencia del litigio de su juez natural para asignársela a los árbitros, quienes se encuentran habilitados para administrar justicia de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política.

Ahora bien, para que las partes válidamente puedan sustraer su litigio del juez natural deben suscribir un pacto arbitral, el cual es catalogado por el artículo 3º de la ley 1563 de 2012 como un negocio jurídico que puede revestir dos modalidades; compromiso o cláusula compromisoria.

Sobre el pacto arbitral, la Sala Plena de esta Sección, se refirió de la siguiente forma:

*“El pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso (artículo 115 ibídem). La primera, se define como “el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral” (artículo 116) y, el segundo, como “un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral” (artículo 117). La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia.”<sup>6</sup>*

---

4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.

5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.

6. El que decreta las nulidades procesales.

7. El que niega la intervención de terceros.

8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Exp. 17859.

En materia de contratación estatal, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 autorizó la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflicto en busca de resolver *“en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”*.

Adicionalmente el artículo 71 *Ibíd*em permite que en los contratos estatales se incluya la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.

Es decir que el Estatuto de Contratación Pública en Colombia permite a las partes sustraer el conocimiento de los litigios de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato respecto o mediante la suscripción de un compromiso (artículo 72 *Ibíd*em)

### **2.3. El pacto arbitral y su renuncia**

Ahora bien, pese a la existencia de una cláusula compromisoria en un contrato estatal, la jurisprudencia de esta Sección adoptó por muchos años la teoría de la renuncia tácita de las partes a la misma en caso de que una de ellas decidiera formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no alegara la existencia de dicha cláusula ni propusiera la correspondiente excepción de la falta de jurisdicción en la contestación de la demanda<sup>7</sup>.

Sin embargo, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación modificó y unificó su postura en providencia del 18 de abril de 2013<sup>8</sup>, señalando que 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.

En el citado auto de unificación se precisó que:

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

---

<sup>7</sup> Al respecto se pueden ver las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10.822; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Exp. 17859.

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*”

En reciente decisión el Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, a través de auto del 1º de febrero de 2016 precisó lo siguiente acerca de la aplicación del artículo 21 de la ley 1563 de 2012:

“La disposición legal precitada se hace aplicable al presente caso, en razón de su stirpe procesal, y además, teniendo en cuenta que la Ley 1563 de 2012 comenzó a regir 3 meses después de su promulgación<sup>9</sup>. Entonces, dada la fecha de interposición de la demanda, que es el momento en el cual uno de los contratantes decidió promover el proceso ante esta jurisdicción, se entiende, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 21 *ibídem*, que las partes han renunciado a la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión No. 002 de 1997, en tanto el acto de interposición de la demanda por una de las partes del contrato, y la no alegación de la *excepción de cláusula compromisoria* por la otra”<sup>10</sup>.

#### 2.4. Caso concreto.

En el *sub lite* el tribunal de origen a través del auto apelado decidió rechazar la demanda aplicando la tesis actual de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado según la cual por el carácter solemne del pacto arbitral no puede renunciarse tácitamente.

Fundamentó su decisión en la cláusula decima quinta del contrato celebrado el 1º de septiembre de 2009 entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Armando Pineda Trujillo la cual estableció:

“En caso de diferencias, discrepancias o conflictos generados entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, modificación o terminación del presente contrato, intentaran solucionarlas en primera instancia en forma directa. De no lograrse una solución íntegra por esta vía dentro de los diez (10) días siguientes al surgimiento del conflicto, podrán entonces someter la controversia a decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá y fallará en derecho, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.”

---

<sup>9</sup> Es así de conformidad con lo establecido en el artículo 119, a saber:

“**ARTÍCULO 119. VIGENCIA.** Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Tercera, Subsección C, Auto del 1 de febrero de 2016, Exp. 50045.

La recurrente, por su parte, motiva su inconformidad en el precepto del párrafo del artículo 21 de la ley 1563 de 2012 que dispone:

“Artículo 21. *Traslado y contestación de la demanda.* De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.

Es procedente la demanda de reconvención pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

Parágrafo. **La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”. (Negrita fuera de texto)**

Descendiendo al caso concreto, y en relación con el interrogante planteado en el auto de unificación acerca de la posibilidad de renunciar tácitamente al pacto arbitral dentro de los asuntos gobernados por la Ley 1563 de 2012 debido a la presunta antinomia entre el inciso segundo del artículo 3º y el párrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, se considera que sí es posible, dentro de los asuntos regidos por esta ley, renunciar tácitamente al pacto arbitral celebrado.

La lectura de las disposiciones en comento plantea un conflicto normativo – antinomia- pues a la luz de la primera, el pacto arbitral una vez suscrito implica la imposibilidad de que las partes planteen su controversias ante los jueces, mientras que la segunda permite renunciar al mismo en caso de que la parte demandada no proponga la excepción de compromiso o cláusula compromisoria en el término del traslado de la demanda.

En el ordenamiento jurídico se han establecido diferentes criterios para la solución de incompatibilidades entre normas, siendo estos: i) criterio jerárquico, según el cual, la norma superior prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); ii) criterio cronológico, del que se desprende que la norma posterior prevalece sobre la anterior (*lex posterior derogat priori*); y iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*).<sup>11</sup>

Debido a que las disposiciones que presentan el conflicto se encuentran en la misma ley -1563 de 2012-, no pueden ser los criterios jerárquico y cronológico los pertinentes para dirimir el actual conflicto, debiéndose acudir al criterio de la especialidad acorde a lo preceptuado en el artículo 10 del Código Civil que enseña:

---

<sup>11</sup> Teoría General del Derecho, de Norberto Bobbio, Cuarta Edición, Editorial Temis Obras Jurídicas, Bogotá, 2013, páginas 195 a 199.

**“Art. 10.-** Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.”

A partir de las anteriores reglas de solución de antinomias, se observa que el conflicto normativo planteado debe resolverse a favor de lo preceptuado en el párrafo del artículo 21 *Ibíd*em dado que es una norma especial que prevalece sobre una de carácter general.

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 párrafo del artículo 21, norma que al circunscribirse al supuesto de la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, es de carácter especial.

Además, lo dispuesto en el párrafo 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.

De lo anterior se tiene que no puede dársele aplicación a la teoría adoptada por la Sala Plena de esta Sección en providencia del 18 de abril de 2013 en los asuntos gobernados bajo la ley 1563 de 2012, como el *sub lite*, pues la demanda se formuló el 27 de noviembre de 2015.

En ese orden de ideas, el Despacho revocará el auto apelado para en su lugar ordenar al *a quo* que en caso de que se reúnan los requisitos legales sea admitida la demanda de la referencia, pues al tenor del párrafo del artículo 21 de la ley 1563 de 2012 solo existirá falta de jurisdicción para el conocimiento del presente asunto en caso de que la parte demandada interponga la excepción de cláusula compromisoria.



En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: Revocar** el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 17 de agosto de 2016, para en su lugar ordenar que en caso de que se reúnan los demás requisitos legales se admita la demanda de la referencia conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Ejecutoriado** el presente auto devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Notifíquese y Cúmplase**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**