



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
**Magistrado Ponente CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
 San José de Cúcuta, cinco (5) de junio de dos mil quince (2015)

**Ref:**            **Acción**        : Contractual  
                   **Radicado**    : 54-001-23-33-000-2015-00173-00  
                   **Actor**         : Constructora Paisaje Verde S.A.S.  
                   **Demandado** : Municipio de los Patios

En atención al informe secretarial que precede (fl. 80), y luego del estudio conjunto de la demanda y sus anexos, llega el Despacho a la conclusión de que lo pertinente será declarar la falta de jurisdicción por la existencia de la cláusula compromisoria, con fundamento en lo siguiente:

La Constructora Paisaje Verde S.A.S., presenta demanda a través de apoderado judicial, en el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con el objeto: **(i)** que se declare la existencia del contrato de UNIÓN TEMPORAL denominada TORRES VILLA MARIA, entre el MUNICIPIO DE LOS PATIOS y la sociedad PAISAJE VERDE S.A.S. celebrada el día 29 de diciembre de 2011, con una vigencia de 18 meses, y que fue objeto de aclaración mediante acta aclaratoria del 30 de diciembre de 2011; **(ii)** que se declare la resolución del contrato de UNIÓN TEMPORAL citado; **(iii)** que se declare el incumplimiento por parte del municipio de Los Patios de la UNIÓN TEMPORAL, por causas imputables a éste; **(iv)** que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el pago de los gastos causados por la sociedad PAISAJE VERDE con ocasión de la ejecución del contrato, de las devoluciones que han tenido que hacer por concepto de terminación de mutuo acuerdo de las promesas de compraventa, de los perjuicios correspondientes a la utilidad proyectada del contrato, con su debida indexación, y del valor pactado como cláusula penal ante el incumplimiento del contrato; y **(v)** se condene al pago de las costas causadas para la convocación y trámite del Tribunal de Arbitramento, así como las agencias de derecho.

En los hechos se cita como soporte fáctico y jurídico de tales pretensiones, la suscripción de la Sociedad Paisaje Verde S.A.S. con el Municipio de Los Patios, del Contrato de Unión Temporal fechado 29 de diciembre de 2011, cuyo objeto era la planeación, ejecución y construcción de 100 unidades de apartamentos de interés social, en el proyecto denominado "TORRES VILLA MARÍA".

Observa el Despacho que de folio 53 a 61 obra copia del referido Contrato de Unión Temporal, el cual contiene 24 cláusulas. En la cláusula VIGESIMA las partes pactaron la CLAUSULA COMPROMISORIA, en lo siguientes términos:

**“VIGESIMA. COMPROMISORIA:** *Los miembros de la Unión Temporal convienen en que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato de Unión Temporal, se intentará resolver primeramente en audiencia de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta y en lo no conciliado o en el evento de ser fallida, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento cuyo domicilio será en la ciudad de San José de Cúcuta. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro si la controversia es catalogada como de menor cuantía, y por tres (3) árbitros si la controversia es catalogada como de mayor cuantía; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta; c) El Tribunal decidirá en derecho; d) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cúcuta.”*

Como es sabido en el artículo 70 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, aplicable al contrato objeto de estudio toda vez que éste se celebró en vigencia de dicha norma -29 de diciembre de 2011-, señalaba la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato estatal, incluyeran en el texto del mismo una cláusula compromisoria, a fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias que pudieran surgir en virtud de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Por su parte en el artículo 71, ibídem, igualmente derogado por la misma norma, se regulaba la figura del compromiso de las partes de convocar a un tribunal de arbitramento cuando en el texto del contrato no se haya pactado la cláusula compromisoria.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en forma reiterada ha señalado que cuando en un contrato estatal se pacta la cláusula arbitral tal decisión conlleva la falta de jurisdicción de la jurisdicción contenciosa administrativa para decidir el conflicto que se origine en la ejecución de dicho contrato.

Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 18 de abril de 2013<sup>1</sup>, unifica la jurisprudencia de esa Sala acerca de los requisitos formales que deben observarse para modificar o dejar sin efecto un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes de un contrato estatal, en los términos que se exponen a continuación, aclarando que esa nueva tesis jurisprudencial que se acoge aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012.

1. En relación con la naturaleza y alcance del pacto arbitral señaló la Sala que son las partes las que, como fruto de su autonomía, habilitan y dotan de jurisdicción y competencia a uno o varios árbitros para dirimir las controversias suscitadas, y de este modo, son ellas las que deciden declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales estatales, para radicarla en la jurisdicción arbitral.

De igual manera concluye que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria es que conste en un documento, y tal solemnidad cumple no solo una

<sup>1</sup> Radicado No. 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859)

función probatoria, sino más aún, una función constitutiva, esto es, de perfeccionamiento o surgimiento del pacto arbitral a la vida jurídica.

Por consiguiente y dado que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público y, por lo mismo, inderogables e inmodificables por el querer de sus destinatarios, quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral tienen el deber de acatar la exigencia legal del documento, a fin de perfeccionar su existencia.

De esta forma, un pacto arbitral se reputará legalmente perfecto y tendrá la virtualidad de habilitar a uno o varios árbitros, para definir con autoridad de cosa juzgada una disputa específica, cuando: i) las partes expresen su intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento.

2. Respecto de la irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria, recoge la tesis que ha sostenido hasta el momento, en los siguientes términos:

**2.1.** Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria.

Así, el artículo el artículo 2 A del Decreto 2270 de 1989<sup>2</sup>, "*por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones*" dice que "*se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral*" (se resalta).

Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

Señala la Sala que esta tesis, que ahora acoge, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, **para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional**, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al

<sup>2</sup> Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

respecto, es de recordar que “*en derecho las cosas se deshacen como se hacen*”.

**2.2.** La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes<sup>3</sup>.

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

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

**2.3. Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado,** con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisorio.

En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente –como ya se vio- en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, denominado compromiso, en ambos casos con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias.

Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad<sup>4</sup>, y

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

<sup>4</sup> La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral,

constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

**2.4.** Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

**2.5.** Finalmente recuerda que, en materia de nulidades procesales, las normas del Código Contencioso Administrativo remiten a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de

jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada a otra autoridad de diferente jurisdicción.

Con base en lo anterior concluye que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio, el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

**De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.**

En este orden de ideas y conforme a la jurisprudencia antes citada, encuentra el Despacho que en el Contrato de Unión Temporal celebrado el día 29 de diciembre de 2011, las partes pactaron en la cláusula VIGÉSIMA, "COMPROMISORIA", que en el evento en que surja alguna diferencia con ocasión del contrato, se intentará resolver primeramente en audiencia de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cúcuta, y en lo no conciliado, o en el evento de ser fallida, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento, cuyo domicilio será la ciudad de Cúcuta; lo cual conduce indubitablemente a concluir que no resulta posible conocer del presente asunto, por cuanto existe una total falta de jurisdicción, ya que las partes acordaron someter las diferencias que surjan con ocasión del precitado contrato a la justicia arbitral.

Así las cosas, considera el Despacho que al advertir la existencia de ese pacto, lo procedente es declarar la falta de jurisdicción para conocer de la demanda, incoada a través de apoderado, por la constructora Paisaje Verde S.A.S., en contra del Municipio de Los Patios.

De igual manera, y dado que el artículo 168 del CPACA señala que en caso de falta de jurisdicción o competencia el juez ordenará remitir el expediente al competente, y que para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación que ordena la remisión, se dispondrá la remisión del presente expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de la Cámara de Comercio de Cúcuta, para lo que corresponda, resaltando, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, la cual es 27 de agosto de 2014<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver folio 76. Debe tenerse en cuenta que inicialmente la demanda fue repartida al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, y mediante auto del 20 de abril de 2015, la señora Jueza se declara sin competencia para conocer del presente asunto por el factor cuantía, y en consecuencia, ordena la remisión del expediente a este Tribunal (ver folio 77).

Auto declara la falta de jurisdicción  
Rad.: 54-001-23-33-000-2015-00173-00  
Actor: Constructora Paisaje Verde S.A.S.

Aunado a lo anterior, no sobra resaltar que la nueva tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que la celebración del contrato de Unión Temporal del 29 de diciembre de 2011 fueron llevados a cabo en vigencia de las normas anteriores a la Ley 1563 de 2012.

Por todo lo expuesto, se declarará la falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre las partes, y en consecuencia se remitirá al competente.

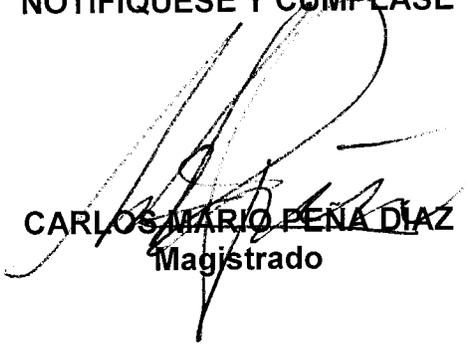
En mérito de lo brevemente expuesto, el Despacho No. 003 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander

### RESUELVE

**PRIMERO:** Declárese la falta de jurisdicción para conocer de la controversia suscitada entre la Constructora Paisaje Verde S.A.S. y el municipio de Los Patios, con ocasión de la celebración del contrato de Unión Temporal del 29 de diciembre de 2011, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, y de conformidad con lo señalado en artículo 168 del CPACA, por Secretaría, **remítase** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, 27 de agosto de 2014.

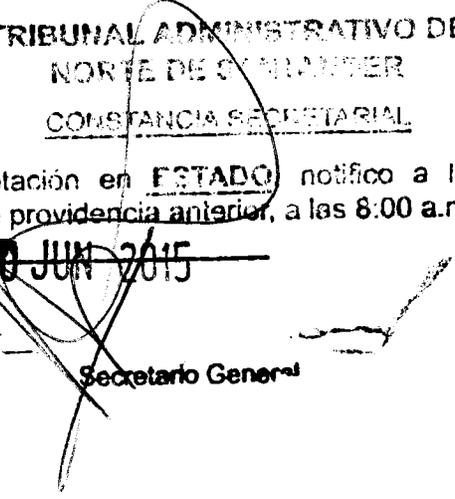
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER  
CONSTANCIA SECRETARIAL

Por anotación en ESTADO notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m hoy 10 JUN 2015

  
Secretario General