

PACTO ARBITRAL- Definición, modalidades y solemnidad

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción. Esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso. (...) la cláusula compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros. (...) El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. (...) cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones de esta Corporación: "(...) la solemnidad del pacto arbitral -tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 117 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 119

NOTA DE RELATORIA: Sobre Pacto Arbitral ver Concepto 838 del 24 de junio de 1996, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, Sección Tercera.

CLÁUSULA COMPROMISORIA-Definición, elementos y solemnidad. Valoración del juez-arbitral o de anulación-

Se concluye del contenido del artículo 118 ibídem: "CLÁUSULA COMPROMISORIA. 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. Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal. Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la

existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente". (...) i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii). Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de "eventuales diferencias", sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son futuros e inciertos, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido material, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (...). Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la cláusula compromisoria debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...) Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, "voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado", razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa. (...) En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver sentencia del 8 de junio de 2006, Exp. 32398 y sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 18063.

CLAUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO-Diferencias

Mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó: "(...) cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso, modalidades que comportan características propias que bien vale la pena recordar para diferenciar

sus alcances. Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria las partes acuerdan someter “eventuales diferencias” que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, (...) en otras palabras, la cláusula compromisoria ha de pactarse en forma previa a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen, ya sea en el mismo texto o en acto separado, mientras que ante la existencia cierta de una determinada controversia habrá lugar a pactar un compromiso en los términos del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp.33670.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Falta de competencia por inclusión de cláusula compromisoria - Voluntad de las partes. NULIDAD INSANEABLE-Inclusión de Pacto Arbitral

La Sección Tercera también ha profundizado sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción. (...) En providencia del 8 de junio de 2006, señaló: “A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116 y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998). La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo. (...) merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación. En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso.” (...) Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias suscitadas en torno

al contrato de asociación sean resueltas a través del mecanismo del arbitramento, circunstancia que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de competencia. (...) A la luz de lo dispuesto en el artículo 145 de. C. de P.C., las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido la configuración de la misma, hay lugar a su decreto en esta oportunidad, a pesar de que el tema pudiere hacer parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Entonces, ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que esta Jurisdicción carece de competencia para conocer el asunto. Así lo explicó la Sección Tercera en providencia del 3 de septiembre de 2008: “esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la Jurisdicción Contenciosa, por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria”. Así las cosas, se declarará la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia de esta jurisdicción y se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Buga, Departamento del Valle del Cauca.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Función Jurisdiccional

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó: “1. El pacto arbitral. Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial. 1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C. 1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso. (...) Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó: “(...) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una “[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA-ARTICULO 116 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 117 / LEY

NOTA DE RELATORIA: Ver Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995 / Consejo de Estado-Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 33670.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013)

Actor: E.R.T. S.A.

Demandado: EMBUGA y MUNICIPIO DE BUGA

Referencia: Acción contractual

Procede la Sala a declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer del asunto.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 18 de julio de 1997 (folios 57 a 82 cuaderno 1), la Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca S.A. -E.R.T.- solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que el Establecimiento Público Empresas Municipales de Guadalajara de Buga y en su defecto el Municipio de Guadalajara de Buga, incurrieron en incumplimiento del contrato interadministrativo denominado “CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELÉFÓNICO EN BUGA.”, suscrito entre la EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.R.T. y EMBUGA el día 21 de febrero de 1.994 y su OTROS SI de Noviembre 8 de 1.994 y Diciembre 26 de 1.994, por cuanto mediante el mismo se comprometió EMBUGA, como empresa del Municipio de Guadalajara de Buga cuyo objeto era prestar el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada en dicho Municipio, con la EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.R.T., durante un período de QUINCE (15) años a “aunar esfuerzos para una prestación eficiente y oportuna del servicio telefónico en el Municipio de Guadalajara de Buga” y para tal efecto se obligó a adelantar de forma directa una serie de acciones y pese a ello, faltando más de TRECE (13) años para vencerse el plazo contractual el Municipio decidió que EMBUGA no continúe prestando servicios de telefonía.

2.- Que como consecuencia de la decisión unilateral del Municipio de Guadalajara de Buga y de EMBUGA de que esta última no continúe teniendo como objeto la prestación del servicio de TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA, el

contrato interadministrativo denominado "CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO TELEFÓNICO EN BUGA" dejó de implicar obligaciones a cargo de la EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUSA S.A. E.R.T., no pudiendo en consecuencia exigirse, por persona alguna, cumplimiento del mismo a la E.R.T.

3.- Que por cuanto el contrato interadministrativo denominado "CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELEFÓNICO EN BUGA", se celebró INTUITO PERSONAE y teniendo en cuenta las calidades y naturaleza jurídica de las partes contratantes, EMBUGA no puede ceder dicho contrato a persona jurídica alguna, en especial a una entidad que no sea ENTIDAD O EMPRESA DE DERECHO PÚBLICO.

3.- (sic) Que como consecuencia del incumplimiento en que ha incurrido el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE GUADALAJARA DE BUGA, del contrato interadministrativo denominado "CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO TELEFÓNICO EN BUGA" se haga efectiva, y se condene al citado establecimiento público y solidariamente al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la E.R.T., la multa pactada en la cláusula PRIMERA del OTROSI al contrato interadministrativo, OTROSI, suscrito el 26 de Diciembre de 1994. En consecuencia se solicita que en la sentencia se disponga hacer efectiva la multa, cuantificándola en el equivalente en pesos Colombianos, en la suma de UN MILLÓN DE DÓLARES (US \$ 1.000.000) DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, a el cambio de la tasa representativa certificada por el Banco de la República al día en que EMBUGA o en su defecto EL MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA realice el pago de la multa a la E.R.T. Suma que a la fecha de esta demandase estima en MIL CIEN MILLONES DE PESOS (1.100'.000.000).

4.- Que las sumas resultantes de la declaración anterior se paguen actualizando su valor de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5.- Se declare la inexistencia de la relación contractual nacida en virtud del contrato interadministrativo denominado "CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO TELEFÓNICO EMBUGA", en razón de que la relación contractual se fundamenta en dos pilares principales, como son:

a) El hecho de que tanto EMBUGA como E.R.T. eran empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

b) Que las empresas Públicas Municipales de GUADALAJARA DE BUGA-EMBUGA, tenían como objeto la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada. Objeto que dejó de tener a partir de la constitución y puesta en funcionamiento de la Empresa de Servicios Públicos Privada, que se creó en virtud de las autorizaciones conferidas por el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga a la Alcaldesa, mediante Acuerdo 77 de 1.996 y la Resolución 064 de Mayo 26 de 1.997, expedida por la Alcaldesa de Guadalajara de Buga.

6.- Que la sentencia que se dicte en virtud del presente proceso se le debe dar cumplimiento según lo dispuesto en el Título XXII de la parte primera del Libro Segundo del Código Contencioso Administrativo, en especial en los términos de los artículos 174, 176 y 177."

1.2. Los Hechos.

- La EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.R.T. y EMBUGA celebraron el “CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELÉFONICO EN BUGA.”, el día 21 de febrero de 1994, durante un período de QUINCE (15) años con la finalidad de “aunar esfuerzos para una prestación eficiente y oportuna del servicio telefónico en el Municipio de Guadalajara de Buga”.

- Las empresas Públicas Municipales de GUADALAJARA DE BUGA-EMBUGA, dejaron de tener como objeto la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada, a partir de la constitución y puesta en funcionamiento de la Empresa de Servicios Públicos Privada, que se creó en virtud de las autorizaciones conferidas por el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga a la Alcaldesa, mediante Acuerdo 77 de 1996 y la Resolución 064 de Mayo 26 de 1997, expedida por la Alcaldesa de Guadalajara de Buga.

- EMBUGA y EL MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, por decisión propia, no obstante permitir la ley otras alternativas, como eran la de transformar a EMBUGA en una EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO o en una EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL (Ley 142 de 1994 artículos 14.5; 15 y 17 Parágrafo I), decidieron que EMBUGA no continuarían prestando servicios de telefonía y por lo tanto incumplieron los compromisos adquiridos con la E.R.T., en el convenio citado.

1.3. La contestación de la demanda.

1.3.1. Empresas Municipales de Buga-EMBUGA- (folios 147 a 173 cuaderno 1). Se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones contra el ejercicio de la acción, la ineptitud sustantiva de la demanda por incompleta designación de las partes e indebida acumulación de pretensiones. Así mismo, propuso la falta de jurisdicción del Tribunal *a quo*, por encontrarse en el convenio una cláusula compromisoria.

De otro lado, consideró que no había causa jurídica para demandar puesto que no se había probado la existencia de los perjuicios reclamados y el convenio se encuentra plenamente vigente al haber sido objeto de cesión a BUGATEL S.A. E.S.P.

1.3.2. Municipio de Guadalajara de Buga (folios 231 a 257 cuaderno 1). Planteó las mismas excepciones y argumentos presentados por EMBUGA.

1.4. La sentencia apelada.

El *a quo* profirió sentencia el 27 de agosto de 1999, resolviendo en los siguientes términos:

“1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de las Empresas Municipales de Buga-Embuga-.

2. Declarar el incumplimiento del contrato estatal denominado “Convenio de Coadyuvancia para la prestación del servicio telefónico en Buga”, por parte de las Empresas Municipales de Buga.

3. Declarar que, como consecuencia del incumplimiento el contrato interadministrativo denominado “CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA

PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELEFÓNICO EN BUGA, dejó de implicar obligaciones a cargo de la EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUCA S.A., E.R.T.

4. Negar las demás peticiones.”

En cuanto a las excepciones de inepta demanda, consideró que esta cumplía con los requisitos formales exigidos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. En lo que se refiere a la cláusula compromisoria acogió la posición mayoritaria del Consejo de Estado, según la cual, al apartarse una de las partes de dirimir la controversia ante la justicia arbitral y no alegar la otra su aplicación, se debe considerar que la mencionada cláusula quedó sin efectos.

Luego de analizar el convenio celebrado entre las partes, consideró que se trataba de un contrato de concesión que se incumplió por parte de EMBUGA, al efectuar una cesión sin estar jurídicamente habilitado, en lugar de proceder a su liquidación. Sin embargo, no hay lugar a ordenar el pago de la cláusula penal ya que la parte demandante no dispuso la aplicación de la misma en los términos previamente acordados en el convenio.

Finalmente, no pueden prosperar las pretensiones en contra del Municipio de Buga, teniendo en cuenta que no era parte del convenio, sino un testigo protocolario en la firma del contrato.

1.5. El recurso de apelación.

1.5.1. Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca S.A. E.R.T. (folios 437 a 442 cuaderno principal). Si bien es cierto en el convenio se estipuló que cualquiera de las partes podía declarar el incumplimiento de la otra y hacer efectiva la multa o cláusula penal pecuniaria, ello no quiere decir que la justicia de lo Contencioso Administrativo hubiere perdido competencia para hacerlo, tal y como lo señaló el Tribunal *a quo*. De otro lado, el Municipio de Buga como entidad territorial es propietario de todos los bienes de EMBUGA al liquidarse, desde esta perspectiva también procede la condena en su contra.

1.5.2. Empresas Municipales de Buga-EMBUGA- (folios 449 a 476 cuaderno principal). Insistió en la excepción de falta de jurisdicción, teniendo en cuenta la existencia de una cláusula compromisoria en el convenio. Se aparta de lo señalado en la decisión de primera instancia, en el sentido de que **se alegó su aplicación**, por lo que no era pertinente el precedente del Consejo de Estado citado en la sentencia.

En segundo lugar, el otro sí firmado el 26 de diciembre de 1996, en el que se pactó la cláusula penal pecuniaria, es ineficaz por estar probado que el Gerente de EMBUGA no estaba facultado o autorizado por la Junta Directiva para comprometer la cifra allí estipulada.

Finalmente, consideró que la cesión del contrato sí era posible en aplicación del principio de autonomía de la empresa y la interpretación adecuada del inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que solamente contempla la restricción de cesión para el contratista, pero no para el contratante.

II. CONSIDERACIONES

Encontrándose el asunto para fallo, la Sala advierte la configuración de una causal de nulidad insaneable, como lo es la falta de jurisdicción.

1. El pacto arbitral.

El artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción. Esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso.

En dicho Decreto también se definieron las dos modalidades del pacto arbitral. Así, la cláusula compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros. Así se concluye del contenido del artículo 118 ibídem:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA. 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.

Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Del contenido de la anterior disposición también se puede concluir que la cláusula compromisoria tiene su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: *“La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere”*

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. Así lo prevé el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998:

“COMPROMISO. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier

documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél”.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

“1. El pacto arbitral

Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

1.2 De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C.

1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.

Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso difieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2º artículo 2º Decreto 2279 de 1989).

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3º artículo 2º del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o

eventual a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado”¹.

La Sección Tercera también ha profundizado sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción. En providencia del 8 de junio de 2006, señaló:

*“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116² y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes** (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).*

La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo.”³ (Resalta la Sala)

Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó:

“(…) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una “[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto que el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas.⁴

...

Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un

¹ Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco

² ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. “...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”. Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

³ Sentencia del 8 de junio de 2006. Exp: 32.398, Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Sentencia C-294/95 de la Corte Constitucional

contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación.

En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. **Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso**, modalidades que comportan características propias que bien vale la pena recordar para diferenciar sus alcances.

Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁵ las partes acuerdan someter “eventuales diferencias” que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii).** Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de “eventuales diferencias”, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos. (...).

En otras palabras, la **cláusula compromisoria** ha de pactarse en forma previa a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen, ya sea en el mismo texto o en acto separado, mientras que ante la existencia cierta de una determinada controversia habrá lugar a pactar un **compromiso** en los términos del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998.

Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la **cláusula compromisoria** debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...)⁶.

Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, “voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico,

⁵ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 33. 670.

o por separado”⁷, razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

Es igualmente dable concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, consiste en la exigencia de que conste por escrito. Respecto del compromiso pactado por las partes de un contrato estatal, cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones de esta Corporación:

“(...) la solemnidad del pacto arbitral -tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento⁸ en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla, aspecto este último del cual se exceptúan casos como el de los contratos estatales en relación con los cuales y sin perjuicio de la autonomía que mantiene el pacto frente al respectivo contrato, ha de entenderse que los documentos en mención deben limitarse a los escritos, puesto que esa es la formalidad que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 han prescrito para la formación y perfeccionamiento de los contratos estatales, habida consideración de la naturaleza contractual que acompaña al pacto arbitral, según lo ha sostenido reiteradamente la Sala.

En cuanto se refiere a la exigida solemnidad que debe acompañar a la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, importa reiterar que el requisito de constar por escrito no significa, ni puede entenderse, como que el contenido de la cláusula deba obrar, necesariamente, en un solo y único escrito que lleve las firmas de todos los que se vinculen a sus efectos, sino que bastará con que la cláusula sea convenida por escrito, lo cual supone que las partes interesadas podrán pactarla, perfectamente, a través de diferentes escritos, como cuando una de ellas, a través de un escrito, le propone a la otra un determinado texto y la destinataria de esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.”⁹

2. El caso concreto.

En el caso concreto que ahora se examina se tiene que la empresa EMBUGA alegó en la contestación de la demanda la falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer del asunto, en consideración a que en el contrato objeto de la controversia las partes pactaron que cualquier diferencia en torno a dicho negocio jurídico sería resuelta por un Tribunal de Arbitramento.

Revisado el expediente se observa que en el contrato interadministrativo

⁷ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp: 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁸ De conformidad con las previsiones del artículo 251 del C. de P. C., “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

denominado "CONVENIO DE COADYUVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELÉFONICO EN BUGA", suscrito entre la EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.R.T. y EMBUGA, el día 21 de febrero de 1994, las partes pactaron la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

"En caso de sobrevenir circunstancias que alteren los principios fundamentales de este convenio, las discrepancias serán dirimidas por dos peritos, nombrados uno por cada parte. En el evento de que los peritos no logren un acuerdo, dentro de los 30 días siguientes a su designación se aplicará el caso de lo previsto en el Código de Comercio en materia de arbitraje."

Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias suscitadas en torno al contrato de asociación sean resueltas a través del mecanismo del arbitramento, circunstancia que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de competencia, la cual fue propuesta como excepción en la contestación de la demanda y reiterada en el recurso de apelación que presentó por EMBUGA.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 145 de. C. de P.C., las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido la configuración de la misma, hay lugar a su decreto en esta oportunidad, a pesar de que el tema pudiere hacer parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Entonces, ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que esta Jurisdicción carece de competencia para conocer el asunto. Así lo explicó la Sección Tercera en providencia del 3 de septiembre de 2008:

"En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional 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; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra, ante los jueces institucionales del Estado, situación que no se da en este evento, cuando una de las partes reclama su aplicación."

En este sentido, aun cuando en el sub - examine llamamiento en garantía cumple con los requisitos de forma exigidos en los artículos 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, y además se acreditó la existencia de la relación contractual que fundamenta tal figura, se debe tener en cuenta que precisamente en dicho contrato se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento del Tribunal de Arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con relación a la póliza de seguro, por lo tanto la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento alguno sobre esas diferencias, como quiera que la existencia de esta cláusula excluye la competencia de ésta, dado que quien debe conocer del asunto es un Tribunal de Arbitramento.

En igual sentido, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la

*Jurisdicción Contenciosa*¹⁰, por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria¹¹.

Así las cosas, se declarará la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia de esta jurisdicción y se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Buga, Departamento del Valle del Cauca¹², con el objeto de que la parte interesada presente la respectiva solicitud, se inicie la convocatoria y la consecuencial integración del Tribunal de Arbitramento con observancia de lo dispuesto en el artículo 118 y 119 de la Ley 446 de 1998. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción: 18 de julio de 1997.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Buga, Departamento del Valle del Cauca, para lo de su cargo. Para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, 18 de julio de 1997.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

¹⁰ Así lo dijo la Sección Tercera en auto de 10 de junio de 2004, Expediente 25.010: “Por lo tanto, al haberse acreditado la existencia de la cláusula compromisoria y la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma, la Sala concluye que esta jurisdicción no se podría pronunciar sobre la eventual responsabilidad del asegurado surgida con fundamento en la mencionada póliza y en consecuencia, no era procedente aceptar el llamamiento en garantía formulado”. Y al respecto también se pueden consultar los siguientes datos: Expedientes 24.567, 25.614. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Así como en auto de 17 de febrero de 2005. Expediente 28.150. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

¹¹ Auto del 3 de septiembre de 2008. Expediente: 34.629, Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Según la información publicada en la página oficial de la entidad, www.ccbuga.org.co, en consulta efectuada el 9 de febrero de 2012.