

**CADUCIDAD - Acción de controversias contractuales. Conteo del término en contratos estatales que requieren liquidación / CONTRATO ESTATAL - Contratos que requieren liquidación. Conteo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Liquidación de mutuo acuerdo y unilateral. Término legal / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Liquidación de mutuo acuerdo y unilateral. Caducidad de la acción de controversias contractuales**

Desde antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior. (...) Todo lo anterior se resume en que por la época en que se terminaron los contratos que han dado lugar a este proceso, esto es el 31 de enero de 1998, el 31 de diciembre de 1999 y el 30 de enero de 2000, las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidar el contrato de común acuerdo, término que ya era legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y si no lo lograban liquidar, la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que inicialmente había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. Una vez concluidos estos dos términos, es decir los cuatro (4) meses iniciales y los dos (2) meses que le siguen, empezaban a correr los dos (2) años que la ley preveía en aquel entonces y prevé ahora como término de caducidad.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 60 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 - INCISO 7 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 44

**ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria en contratos estatales. Aplicación de criterio jurisprudencial / CONTRATO ESTATAL - Solemnidad de la Cláusula Compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia tácita. Aplicación de criterio jurisprudencial. Solemnidad del contrato estatal y de la cláusula compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - Su estipulación y ausencia de renuncia inhabilita a la jurisdicción contenciosa para conocer del asunto. Habilitación de la competencia de la justicia arbitral**

Sobre la irrenunciabilidad por vía tácita del pacto arbitral la Sección Tercera del Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia precisó [en auto de Sala Plena de Sección de 18 de abril de 2013, exp. 17859] que “las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales (sic) 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, “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” (...) 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. Esta tesis, que ahora acoge la Sala, 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 respecto, es de recordar que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2270 DE 1989 - ARTICULO 2A / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 116 / CODIGO DE PRODECIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 - NUMERAL 1 / CODIGO DE PRODECIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 - NUMERAL 2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 165 / CODIGO DE PRODECIMIENTO CIVIL - ARTICULO 145 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144

**NOTA DE RELATORIA:** Con respecto a la unificación de criterio jurisprudencial en materia de irrenunciabilidad del pacto arbitral ver auto de la Sala Plena de la Sección Tercera del 18 de abril de 2013, exp.17859

**ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Solicitud de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual requiere acreditación de contrato escrito / CONTRATO ESTATAL - Contrato escrito. Prueba requerida para solicitud de indemnización de perjuicios / PERJUICIOS - Contrato estatal. Requiere solemnidad de la prueba de contrato escrito**

En torno a la solemnidad exigida para la celebración de contratos estatales y para la prueba de su existencia, ésta Subsección ha expresado: (...) “De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide. (...). Cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, con la característica de ser la única prueba admisible para ello por así disponerlo la ley. (...). En este caso el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además una función probatoria y éste será el único medio probatorio pertinente para ello. (...) En consecuencia, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño. (...). En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe

constar por escrito, salvo algunos casos de urgencia manifiesta, la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil y 232 del Código de Procedimiento Civil(...). Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 - INCISO 3 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1760 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 232 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1500

**NOTA DE RELATORIA:** Con salvamento de voto parcial del consejero Enrique Gil Botero

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C, veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00418-01(28345)**

**Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN JOSE DE BELEN DE UMBRIA**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL RISARALDA -ISS-**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 3 de junio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegó la pretensión de declarar la existencia del contrato verbal y se inhibió de resolver la pretensión de declarar la existencia del contrato escrito por haber operado la caducidad de la acción.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Lo pretendido**

En demanda presentada el 14 de junio de 2001<sup>1</sup> contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCILAES SECCIONAL RISARALDA –ISS–**, la **E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE BELÉN UMBRIA** pidió que se declarara la existencia de los contratos verbales y escritos por medio de los cuales el demandante se obligó a prestar servicios de salud desde abril de 1998 hasta octubre de 2000.

Solicita, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene al accionado a pagar la suma de \$123.617.586, junto con los respectivos intereses moratorios, a título de los servicios de salud prestados entre abril de 1998 y octubre de 2000.

## **2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

La demandante y el demandado celebraron los contratos de compraventa de servicios de salud número 393, 57 y 269, en los cuales respectivamente se fijó que el plazo para la ejecución vencía el 31 de enero de 1998, el 31 de diciembre de 1999 y el 30 de enero de 2000.

La E.S.E. Hospital San José de Belén de la Umbría presentó las facturas de los servicios prestados y las respectivas cuentas de cobro dentro del término y en la forma establecida en los contratos de compraventa, sin que el Instituto de Seguros Sociales procediera al pago ni formulara objeción alguna.

Éste incumplimiento de las obligaciones contractuales afectó la estabilidad financiera de la demandante quien se estaba viendo abocada a su liquidación.

## **3. El trámite procesal**

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada una audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad ésta que fue aprovechada por todos ellos.

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En sentencia del 3 de junio de 2004, el Tribunal Administrativo de Risaralda denegó la pretensión de declarar la existencia del contrato verbal y se inhibió de resolver la pretensión de declarar la existencia del contrato escrito por haber operado la caducidad de la acción.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

El sentenciador de primera instancia empieza por señalar que en los términos de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, así como de acuerdo con lo dispuesto por la Sección Tercera en auto del 21 de diciembre de 2001, los contratos estatales son de carácter solemne y por consiguiente no nacen a la vida jurídica ni se puede derivar obligaciones de los que han sido celebrados de forma verbal.

---

<sup>1</sup> Folios 22 a 25 del c. No. 1.

Seguidamente advierte que como la demandante solicitó el pago de los servicios médicos prestados desde abril de 1998, se descarta el estudio de las prestaciones realizadas en virtud del contrato No. 393 por haber su plazo vencido el 31 de enero de esa anualidad.

En relación con los restantes dos contratos, los No. 57 y 269, el *a quo* en primer lugar señala que a pesar de contener una cláusula compromisoria es menester estudiar la controversia planteada porque en el libelo contestatorio no se opuso excepción alguna al respecto y concluye declarando la caducidad de la acción por haber sido interpuesta dos años después de los fundamentos de hecho que sustentan las pretensiones.

Finalmente aclara que si los servicios prestados por la demandante constituyen una atención inicial de urgencias, en los términos del artículo 168 de la Ley 100 de 1993 es procedente acudir a una reclamación administrativa para obtener el pago de los costos que ésto le generó.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que la acción contractual no está caducada y que el sentenciador de primera instancia habría llegado a la misma conclusión si hubiera empezado a contar el término de los 2 años en legal forma es decir desde que venció el plazo de 4 meses para que las partes liquidaran el contrato de común acuerdo y el de los siguientes 2 meses para la Administración lo hiciera de forma unilateral.

Por otro lado sostiene que el cobro de los servicios que fueron prestados por la E.S.E. Hospital San José de Belén de Umbría sin que mediara un contrato está amparado en la Ley 715 de 2001 pues éstos fueron generados en atenciones iniciales de urgencias.

### **IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

### **V. CONSIDERACIONES**

1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 63A de la Ley 270 de 1996, con la modificación que le introdujo el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, procede la Sala a desatar este recurso de apelación habida cuenta de que la resolución íntegra de este asunto entraña la reiteración de la jurisprudencia sobre la caducidad de la acción, la solemnidad constitutiva del escrito en los contratos estatales y la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria.

2. De acuerdo con lo expresado en los hechos de la demanda y en los contratos 393 de de 1997, 057 de 1999 y 269 de 1999,<sup>2</sup> está plenamente demostrado que

---

<sup>2</sup> Folios 22 a 25 del c. No. 1 y 68 a 85 del c. No. 2.

esos negocios jurídicos que celebraron las partes se terminaron respectivamente el 31 de enero de 1998, el 31 de diciembre de 1999 y el 30 de enero de 2000.

Inicialmente el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 preceptuaba que “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga...”<sup>3</sup>

Por su parte el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en la redacción que tenía antes del 8 de julio de 1998,<sup>4</sup> señalaba en su inciso 7º que la caducidad de las acciones *“relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”*.

De lo anterior se dedujo por ese entonces que el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.

Así lo dijo esta Corporación en auto de 8 de junio de 1995<sup>5</sup> en el que expresó:

*“En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración”*.

Posteriormente esta misma Corporación en providencia del 22 de junio de 2000<sup>6</sup> rememoró las posiciones que ella había asumido en punto del plazo que tenía la Administración para liquidar unilateralmente un contrato:

*“En sentencia dictada en el proceso 5.334, proferida el día 11 de diciembre de 1989, la Sala expresó, haciendo referencia a otros fallos, que cuando termina un contrato, normal o anormalmente, y no existe acuerdo entre las partes, la Administración debe liquidarlo unilateralmente; que si bien la ley no fija plazos para efectuarla de mutuo acuerdo, encuentra que el **“término plausible”** debe ser el de cuatro meses contados a partir de aquella terminación.*

*En cuanto a la liquidación unilateral dicha sentencia expresó que si no se logra acuerdo entre los contratantes, después de vencidos los cuatro meses,*

<sup>3</sup> Lo subrayado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>4</sup> Este artículo fue subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

<sup>5</sup> Expediente 10684

<sup>6</sup> Expediente 12723

*la Administración debía liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos meses siguientes; se afirmó que:*

*“Para efecto de determinar la fecha de liquidación del contrato, la Sala ha venido aceptando como término plausible el de cuatro meses: dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sent. Enero 29/88, Exp. 3615. Actor Darío Vargas). A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. **Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º)** y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta” (Sentencia de noviembre 9, 1989, Expedientes Nos. 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA-ICOL LTDA). Destacado con negrilla por fuera del texto original.”*

Así que en conclusión, de acuerdo con lo citado y transcrito, se tiene que desde antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior.

Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

Pues bien, todo lo anterior se resume en que por la época en que se terminaron los contratos que han dado lugar a este proceso, esto es el 31 de enero de 1998, el 31 de diciembre de 1999 y el 30 de enero de 2000, las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidar el contrato de común acuerdo, término que ya era legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y si no lo lograban liquidar, la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que inicialmente había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

Una vez concluidos estos dos términos, es decir los cuatro (4) meses iniciales y los dos (2) meses que le siguen, empezaban a correr los dos (2) años que la ley preveía en aquel entonces y prevé ahora como término de caducidad.

**3.** Sobre la irrenunciabilidad por vía tácita del pacto arbitral la Sección Tercera del Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia precisó:

*“La sala, con fundamento en los razonamientos que se desarrollan a continuación, recoge en esta oportunidad la tesis que ha sostenido hasta el momento, en*

*relación con la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria.*

*2.5.1 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>7</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 solmne) 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.*

*Esta tesis, que ahora acoge la Sala, 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 respecto, es de recordar que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.*

*No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.”*

*“(…) 2.5.4 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*

---

<sup>7</sup> Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

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.

2.5.5. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) 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 (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada” (se resalta).

Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), 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. (Resaltado fuera del texto).*

*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.”<sup>8</sup>*

4. En torno a la solemnidad exigida para la celebración de contratos estatales y para la prueba de su existencia, ésta Subsección ha expresado:

*“De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.*

*Cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, con la característica de ser la única prueba admisible para ello por así disponerlo la ley.*

*Con otras palabras, en este caso el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además una función probatoria y éste será el único medio probatorio pertinente para ello.*

*En consecuencia, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño.*

*Sobre éste aspecto esta Subsección en precedente oportunidad expresó:*

*“En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,<sup>9</sup> salvo algunos casos de urgencia manifiesta,<sup>10</sup> la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil<sup>11</sup> y 232 del Código de Procedimiento Civil.<sup>12</sup>*

*Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2013, expediente 17.859.

<sup>9</sup> Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

<sup>10</sup> Inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

<sup>11</sup> “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...”.

<sup>12</sup> “La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...”.

*documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito.*

*Cuando se pretende exigir el cumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato o la indemnización de los perjuicios causados con su incumplimiento, o lo uno y lo otro, la primera carga probatoria que asume el demandante es precisamente la de demostrar la existencia de ese negocio jurídico porque demostrando esto también demostrará, por contera, las obligaciones que de él surgieron.*

*Luego, el no demostrar este aspecto que se erige en la puerta de entrada para la exigencia de tales obligaciones y para reclamar la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento del vínculo contractual, implica, como es obvio, que toda pretensión que se enderece para recabar sumas por estos conceptos esté condenada al fracaso.*<sup>13 14</sup>

5. En este asunto la parte demandante pide el reconocimiento y pago de unos servicios prestados en ejecución de los contratos 393 de 1997, 057 de 1999, 269 de 1999 y de un pretendido contrato verbal celebrado después del mes de enero de 2000.

Los contratos 393, 057 y 269, como ya se ha dicho reiteradamente, se terminaron respectivamente el 31 de enero de 1998, el 31 de diciembre de 1999 y el 30 de enero de 2000.

En lo que atañe al contrato 393 de 1997, el término de cuatro (4) meses para liquidarlo de común acuerdo empezó a correr a partir del 31 de enero de 1998 y, como quiera que así no se hizo, seguidamente empezó a transcurrir el de dos (2) meses para que la Administración lo liquidara unilateralmente.

Ahora, no habiéndose liquidado tampoco de manera unilateral, el término de caducidad de dos años comenzó a contarse a partir del vencimiento del que se tenía para la liquidación unilateral.

Con otras palabras, habiendo terminado el contrato el 31 de enero de 1998, los cuatro (4) meses que siguen vencieron el 31 de mayo de 1998, los dos (2) meses subsiguientes culminaron el 31 de julio de 1998, y la caducidad de dos (2) años se consolidó el 31 de julio de 2000.

Como la demanda se presentó el 14 de junio de 2001<sup>15</sup> es evidente que la caducidad ya había operado respecto de las pretensiones derivadas de este contrato.

Ahora, en lo que concierne a las pretensiones que se apoyan en los contratos 057 y 269 se advierte que en estos negocios jurídicos se pactó una cláusula compromisoria y por consiguiente esta Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de competencia para conocer de ellas, situación que determina que se declare probada la excepción de existencia de un pacto arbitral el cual no podía ser renunciado tácitamente como equivocadamente lo entendió el Tribunal.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 17864.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22.168.

<sup>15</sup> Folio 26 fte. del c. No. 1.

Siendo esto así, es consecuencia obligada decretar la nulidad de todo lo actuado pero sólo en relación con el trámite adelantado respecto de las pretensiones que se sustentan en los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999, es decir en los que se pactaron las correspondientes cláusulas compromisorias.

Finalmente y en lo que tiene que ver con el pretendido contrato verbal sobre el que se edifican las pretensiones relativas a los supuestos servicios prestados con posterioridad al mes de enero de 2000, la verdad escueta que aparece es que no ha existido contrato alguno porque el contrato estatal requiere de un escrito como solemnidad constitutiva y por ende, si no hay contrato, nada se puede exigir al amparo de un contrato inexistente y lo que se impone es la negativa de tales pretensiones.

Corolario de lo anterior es que la sentencia apelada debe reformarse para revocar la decisión de declarar probada la caducidad de la acción respecto de las pretensiones que se derivan de los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999 pero mantenerla en lo demás.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

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

**PRIMERO: REFORMAR** la sentencia apelada para **REVOCAR LA DECISION DE** declarar probada la caducidad de la acción respecto de las pretensiones que se derivan de los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999 y por consiguiente el fallo queda así:

1. **DECLARAR LA CADUCIDAD** de la acción respecto de las pretensiones que se derivan del contrato 393 de 1997.
2. **NEGAR LAS PRETENSIONES** que se derivan de un supuesto contrato verbal celebrado con posterioridad al mes de enero de 2000.
3. **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN** de existencia una cláusula compromisoria respecto de las pretensiones derivadas de los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999
4. **DECRETAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO** pero sólo en relación con el trámite adelantado respecto de las pretensiones que se sustentan en los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999, es decir en los que se pactaron las correspondientes cláusulas compromisorias.
5. En firme esta providencia, **EXPIDÁNSE COPIAS** de todo el expediente para que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, las partes realicen las diligencias necesarias para efectivamente integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento que resuelva las pretensiones relacionadas con los contratos 057 de 1999 y 269 de 1999. El Tribunal de Arbitramento tendrá en cuenta para todos los efectos que la demanda sobre estas pretensiones fue presentada el 14 de junio de 2001.
6. **CONFIRMAR** los numerales 3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal.
7. **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Magistrado  
Salvó parcialmente el voto

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente