

DEFECTO SUSTANTIVO - Noción

Se presenta el denominado defecto sustantivo cuando la decisión judicial es proferida con fundamento en una norma claramente inaplicable al caso concreto, ya sea porque perdió vigencia, porque su aplicación resulta del todo inconstitucional o, porque su contenido no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado. No obstante, para que se predique tal defecto es preciso tener en cuenta que la acción de tutela no puede interponerse para controvertir la razonable interpretación de una norma legal o reglamentaria, en razón de que los jueces son autónomos para escoger entre diversas interpretaciones de una disposición legal, la que consideren más acorde con el ordenamiento jurídico (art. 230 de la Constitución Política).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales / VULNERACION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Providencia cuestionada incurre en defecto sustantivo / CLAUSULA COMPROMISORIA - No aplicable por cuanto la demanda de controversias contractuales la instauró el Ministerio Público

El 8 de septiembre de 2003, la Personería Municipal de Soacha, en condición de Ministerio Público, ejerció acción de controversias contractuales contra el Municipio de Soacha por considerar que el Contrato 004 de 1999 se celebró con violación de las normas superiores. Frente al particular, se advierte que el Ministerio Público, que opera como organismo de control y veedor del correcto ejercicio de las funciones encomendadas a los servidores públicos del orden municipal o distrital, según el caso, tiene como función principal la guardia del interés general y de los fines del Estado, de modo que, estaba plenamente legitimado para demandar la nulidad del contrato de concesión 004 de 1999, por los presuntos vicios en que incurrió su expedición. Sin embargo, no encuentra la Sala las razones por las cuales la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado concluyó la falta de jurisdicción y de competencia en el proceso que se cuestiona, en tanto que, la Personería Municipal de Soacha no ostentaba la calidad de parte en el Contrato 004 de 1999, luego, no le era aplicable la cláusula compromisoria suscrita en el numeral décimo noveno del contrato demandado. De acuerdo con lo anterior, no surgió alguna inconformidad con ocasión del Contrato 004 de 1999 por parte del Municipio de Soacha o de la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz, razón la cual, no convocaron al Tribunal de Arbitramento y, en ese sentido, no es posible hacer extensiva dicha facultad al Ministerio Público, cuando la ley expresamente a señalado que son las partes las que convienen investir de jurisdicción a la justicia arbitral, en caso de que haya lugar a demandar el contrato y donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo. A pesar de que existió cláusula compromisoria en el cuerpo del contrato de concesión, ello no habilitaba a la justicia arbitral de ipso iure para conocer de las inconformidades que plantearan en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del mismo, en la medida en que dicha estipulación tendrá aplicación cuando la inconformidad derive de alguna de las partes del contrato. Se precisa que, la Sala no desconoce el precedente de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la improcedencia de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, pues, no se discute la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de declarar la nulidad por falta de competencia y jurisdicción cuando las partes han suscrito pacto arbitral, por medio de cláusula o compromiso y, a pesar de ello acuden a la Jurisdicción, de modo que opere una renuncia tácita a la competencia arbitral, salvo que tal disposición haya sido modificada previamente por mutuo acuerdo de los contratantes. Sin embargo, como se ha señalado de manera reiterada, en el presente caso la inconformidad

contra el Contrato 004 de 1999 no tuvo origen en alguno de los contratantes, sino en la Personería Municipal de Soacha en condición de Ministerio Público, luego, no se habilitó la competencia de la justicia arbitral para dirimir el asunto. De ese modo, se configuró el defecto sustantivo alegado por el demandante, razón por la cual la Sala se releva de pronunciarse frente a los demás defectos invocados en el escrito de tutela. Por lo anterior, la Sala advierte vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la Personería Municipal de Soacha, razón por la cual, se impone dejar sin efecto el auto del 14 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado y, en su lugar, ordenar que se surta el trámite de segunda instancia en la acción de controversias contractuales con radicado 25000232600020030145201 (30.682), en el que obra como demandante la Personería Municipal de Soacha.

NOTA DE RELATORIA: la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01962-00(AC)

Actor: PERSONERIA MUNICIPAL DE SOACHA, CUNDINAMARCA

Demandado: SECCION TERCERA, SUBSECCION A, DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala decide la acción de tutela presentada por el actor contra la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

El personero municipal de Soacha, Cundinamarca, instauró acción de tutela contra la autoridad judicial demandada, por considerar vulnerados los derechos

fundamentales al debido proceso, a la legalidad y a “la contradicción”. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare que le han sido vulnerados los derechos al debido proceso, derecho a la defensa y legalidad a la **PERSONERÍA MUNICIPAL DE SOACHA**, en calidad de demandante dentro del proceso de **ACCIÓN DE NULIDAD** ya referido, por parte de la accionada.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales, se ordene a la **SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO**, reponer sus actuaciones y en consecuencia **REVOCAR LA DECISIÓN** del 14 de agosto de 2014 y como consecuencia de ello **RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN**, presentado”.

2. Hechos

Se advierten como hechos relevantes, los siguientes:

El actor manifestó que en ejercicio de su función como Ministerio Público, el 14 de julio de 2003, la entonces personera del municipio de Soacha, Cundinamarca, ejerció acción de controversias contractuales contra la alcaldía de Soacha, y la empresa Sociedad Ciudad Luz S.A. E.P.S., con el fin de que se declarara la nulidad del contrato No. 004 de 1999, celebrado entre los demandados, cuyo objeto era el mantenimiento y operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público, por considerarlo ilegal.

La demanda correspondió a la Sección Tercera, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el radicado No. 25000232600020030145201 (30.682) que, en sentencia del 24 de noviembre de 2004, negó las pretensiones, por considerar que la autorización concedida por el Concejo Municipal al Alcalde de Soacha para llevar a cabo la contratación fue conferida en cumplimiento de las normas que regulan la materia, más aun cuando no se limitó el término para adelantar el proceso de contratación.

La Personería Municipal de Soacha presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el argumento de que el proceso de licitación se efectuó con desviación de poder, en cuanto, tuvo motivos diferentes a la selección objetiva.

La Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 14 de agosto de 2014, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, al advertir a la falta de jurisdicción y competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, en la medida en que existió cláusula compromisoria, celebrada entre las partes del contrato, cuya nulidad se demandó, de modo que las pretensiones dirigidas a obtener la declaratoria de nulidad del Contrato 004 de 1999, debía ser resuelta a través del arbitramento.

Manifestó que tuvo conocimiento de la anterior decisión, a través del documento con radicado No. 523 del 6 de febrero de 2015, por medio del que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le informó que ofrecía los servicios de arbitraje para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en proveído del 14 de agosto de 2014.

Que en atención al comunicado, el 14 de julio de 2015, se dirigió a la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de conocer la providencia referida, en tanto que, no recibió notificación de la decisión.

Dijo que se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, toda vez que, el auto del 14 de agosto de 2014, únicamente se notificó a los demandados, sin embargo, que, no ocurrió lo mismo con la personería de Soacha, pese a que *“la ley establece que la notificación de este tipo de providencia debe hacerse de manera personal”*.

Sostuvo que se configuró el defecto sustantivo porque la autoridad judicial demandada concluyó la falta de competencia y jurisdicción, con fundamento en la existencia de la cláusula compromisoria, pero pasó por alto que la personería del ente territorial no es contratante ni contratista, de modo que no era posible darle ese alcance a la cláusula.

Que el Consejo de Estado incurrió en defecto fáctico, como quiera que *“en perjuicio de mi representada mal interpreta las pruebas y toma una cláusula del contrato que solo es oponible a las partes del contrato y no a las partes de la demanda”*, sin señalar argumento adicional.

Así mismo, dijo que se presentó el defecto procedimental, toda vez que, la providencia del 14 de agosto de 2014 se notificó a los demandados, pero no a la parte demandante de manera personal y que tuvo conocimiento de la decisión a través de terceros.

Indicó que acudió al ejercicio de la presente acción, porque contra la providencia del 14 de agosto de 2014 no procede recurso alguno, de modo que es el único mecanismo de defensa que tiene a su alcance para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados.

3. Trámite previo

El despacho sustanciador, mediante auto del 31 de julio de 2015, admitió la demanda y ordenó notificar a las partes, al municipio de Soacha y a la Sociedad Ciudad Luz S.A. ESP, como terceros interesados en las resultas del proceso¹.

4. Oposición

La **Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado** informó que por medio del auto del 14 de agosto de 2014, declaró la nulidad de todo lo actuado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque las partes en el contrato No. 004 de 1999 pactaron cláusula compromisoria, de modo que, las discrepancias en relación con el desarrollo del mismo debían ser dirimidas en sede arbitral y, en ese sentido, pesaban sobre el proceso las causales de nulidad insanables de falta de competencia y de jurisdicción.

Señaló que la decisión de adoptó con apegó a la postura jurisprudencias unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación, según la cual, la cláusula compromisoria contiene la renuncia anticipada a la jurisdicción permanente, en un eventual conflicto de intereses, que en uso de su autonomía, habilitan y dotan de jurisdicción y de competencia a uno o varios árbitros, en la cual, la figura de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, no aplica.

Es decir, que aun cuando las partes acudan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para debatir las inconformidades que se susciten en la ejecución del contrato, tal circunstancia no desplaza la competencia otorgada inicialmente a la justicia arbitral.

Frente a la notificación del auto que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso que se cuestiona, se dispuso que en atención a las directrices trazadas por la

¹ Folios 35 – 36.

Corte Constitucional, en sentencia C-662 de 2004, un término de 45 días hábiles, contados a partir de la notificación personal, o en su defecto por aviso, a las partes de la decisión, para que iniciaran el trámite de integración del Tribunal de Arbitramento.

Se refirió al auto del 12 de mayo de 2014 de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado que, en el expediente 25.291, en relación con el término de 45 días para iniciar el proceso arbitral, indicó que, la notificación de la providencia que declara la nulidad de todo lo actuado, se debe surtir a las partes de manera personal, o en su defecto, mediante notificación por aviso.

Dijo que, verificadas las actuaciones surtidas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado encaminadas a notificar a las partes, en informe secretarial consta que la notificación a la Personería de Soacha se efectuó el 22 de octubre de 2014.

Finalmente, sostuvo que el auto del 14 de agosto de 2014 se profirió con fundamento en el marco legal que, a su vez, sirvió de sustento a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para unificar la postura respecto de la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria.

5. Intervención de los terceros interesados

La empresa **Soacha Ciudad Luz – Sociluz S.A. ESP** informó que presta el servicio público de alumbrado en el municipio de Soacha, en virtud del contrato de concesión No. 004 de 1999.

Indicó que en el año 2003 la personería municipal presentó acción de nulidad del contrato por considerarlo ilegal y la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, decisión contra la que la personería interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido ante la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado.

Que, en providencia del 14 de agosto de 2014, mientras se encontraba el asunto pendiente para dictar providencia de segunda instancia, el consejero ponente consideró que la Corporación no era competente para resolver el recurso, habida cuenta de que el contrato de concesión No. 004 de 1999, tiene cláusula compromisoria y, por tal razón, debía acudir al Tribunal de Arbitramento de la

Cámara de Comercio de Bogotá, por lo que, decretó la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y competencia del Consejo de Estado.

Manifestó que comparte la postura que asumió el *ad quem*, en cuanto, el contrato de concesión 004 de 1999 contiene cláusula compromisoria, que reserva la competencia para conocer las controversias contractuales surgidas del contrato al juez arbitral.

El **municipio de Soacha** expresó que no ha vulnerado derechos fundamentales a la personería demandante, adujo la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque el proceso acusado fue resuelto por el Consejo de Estado y solicitó negar la solicitud de amparo.

6. Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer si en el presente caso se vulneraron los derechos fundamentales de la Personería del municipio de Soacha, con la decisión de declarar la nulidad del proceso de controversias contractuales por falta de competencia y jurisdicción, ante la existencia de cláusula compromisoria del contrato demandado y por la falta de notificación personal de la providencia del 14 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*».

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, el Personero Municipal de Soacha pretende la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la legalidad, que considera vulnerados con las actuaciones de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado.

La Sala estudiará si la autoridad judicial demandada con su actuación vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor.

Acción de tutela contra providencias judiciales

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad².

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional³.

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 31 de julio de 2012, exp 2009-01328-01, aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial, en los siguientes términos:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de

² Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01 y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01.

³ Entre otras, ver sentencias de 28 de enero de 2010 (Exp. AC-2009-00778); de 10 de febrero de 2011 (exp AC-2010-1239) y de 3 de marzo de 2011 (Exp. 2010-01271).

providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.” (Subraya la Sala)

Aun más, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁴, aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por los órganos judiciales de cierre (Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra *“cualquier autoridad pública”*.

Hechas estas precisiones acerca de la excepcionalísima procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado.

En esa sentencia la Corte Constitucional precisó que las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son:

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;

(ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;

(iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;

(iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;

(v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela”.

⁴ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN PRIMERA.

Una vez agotado el estudio de estos requisitos y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

Cuestión previa

Se anota que la providencia del 14 de agosto de 2014, objeto de inconformidad, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, dispuso notificar “(...) a las partes, de manera personal, al presente proveído o, en su defecto, tal como lo dispone el artículo 320 del C. de P.C. (...)”; circunstancia que no ocurrió.

Lo anterior, porque a pesar de que a folio 403 del expediente de tutela se observa que la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado envió por medio de correo certificado la citación de notificación personal a la personería de Soacha y de que la empresa de Servicios Postales Nacionales 472 S.A. certificó que entregó el oficio remitido a la dirección señalada, aproximadamente, el 11 de septiembre de 2014⁵, únicamente obra constancia de notificación personal a la apoderada del municipio de Soacha del 22 de octubre de 2014⁶.

De la lectura en extenso del expediente no se encontró que, debido a que no se pudo hacer la notificación personal de la providencia a la Personería de Soacha, la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación haya intentado la notificación por aviso, por lo que, no se encuentra acreditada la notificación personal que debía hacerse a todas las partes, en los términos del numeral segundo del auto del 14 de agosto de 2014.

De modo que la Sala dará credibilidad a la afirmación del actor, según la cual, solo tuvo conocimiento de la providencia del 14 de agosto de 2014, a través del documento con radicado No. 523 del 6 de febrero de 2015, por medio del que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le informó

⁵ Folio 429 Folio del expediente de controversial contractuales.

⁶ Folio 405 del expediente de controversial contractuales.

que ofrecía los servicios de arbitraje para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, el proveído acusado.

Así las cosas se darán por superado el requisito de la inmediatez y los generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, razón por la cual se procederá a hacer el análisis de fondo.

Caso concreto

En el presente caso, la personería de Soacha sustentó la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la decisión de declarar la nulidad del proceso de controversias contractuales, por la existencia de una cláusula compromisoria, a pesar de que no tenía la calidad de parte en el contrato demandado y por la falta de notificación personal, o por aviso, de la providencia del 14 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado.

La Sala estudiará frente a los alegados defectos, en los siguientes términos.

Del defecto sustantivo

Se presenta el denominado defecto sustantivo cuando la decisión judicial es proferida con fundamento en una norma claramente inaplicable al caso concreto, ya sea porque perdió vigencia, porque su aplicación resulta del todo inconstitucional o, porque su contenido no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado⁷.

No obstante, para que se predique tal defecto es preciso tener en cuenta que la acción de tutela no puede interponerse para controvertir la razonable interpretación de una norma legal o reglamentaria, en razón de que los jueces son autónomos para escoger entre diversas interpretaciones de una disposición legal, la que consideren más acorde con el ordenamiento jurídico (art. 230 de la Constitución Política).

En este punto es preciso recordar uno de los varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, que señala:

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1009 de 2000.

*"Sólo las actuaciones judiciales que realmente contengan una decisión arbitraria, con evidente, directa e importante repercusión en el proceso, en perjuicio de los derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ataque en sede constitucional. No así las decisiones que estén sustentadas en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o interpretación de las normas aplicables, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de la autonomía judicial"*⁸.

A juicio del actor, la decisión de declarar la nulidad del proceso de controversias contractuales, por falta de competencia y jurisdicción, no era procedente, en la medida en que la Personería Municipal de Soacha demandó el Contrato 004 de 1999 en calidad de Ministerio Público y no como parte contratante, luego, no podía aplicarse la cláusula compromisoria dentro del referido contrato.

Lo primero que conviene precisar es que conforme con el artículo 111 de la Ley 446 de 1998⁹, *"el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral"*¹⁰.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

De acuerdo con el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998¹¹, *"por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces"***.

Por su parte, el artículo 116 de la Ley 446 de 1998¹², definió la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 1998.

⁹ Aplicable al caso concreto, en tanto, el contrato, demandado a través de la acción de controversias contractuales, fue suscrito el 19 de enero de 1999 y la demanda se interpuso el 8 de septiembre de 2003.

¹⁰ Actualmente, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, señala *"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice"*.

¹¹ Anterior Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

¹² Derogado por el art. 118, Ley 1563 de 2012, que señala *"La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos"*.

*“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 determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

(...)” (Negrita de la Sala)

El artículo 70 de la Ley 80 de 1993¹³, facultaba de manera expresa la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos estatales, así: *“En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación. (...)”.*

De lo anterior, se advierte que la cláusula compromisoria tendrá efectos en la eventualidad en que, en desarrollo de la relación contractual surjan diferencias entre las partes que la pactaron y, que amerite ser resueltas por un Tribunal Arbitral, quienes incluso pueden establecer las reglas de procedimiento aplicables a la solución de su controversia.

La consecuencia lógica del acuerdo de voluntades que las partes realizaron en el ámbito de su autonomía, atribuida en virtud de la Constitución y la ley, a renunciar a la competencia y a la jurisdicción del Estado, para en su lugar, otórgasela a los particulares investidos de justicia, concretamente, los árbitros, habilita a la justicia arbitral a asumir el conocimiento de las eventuales controversias que se susciten entre los contratantes.

Luego, de la simple lectura de la disposición, se advierte que la cláusula compromisoria tendrá efectos frente a quienes la suscribieron de manera libre y voluntaria, esto es, a las partes contratantes y no a terceros que se pueden ver perjudicados en la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación o liquidación del contrato estatal.

jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”.

¹³ Derogado por el art. 118, Ley 1563 de 2012.

Al respecto, la doctrina en materia de arbitraje ha precisado que “(...) *no puede hablarse de cláusula compromisoria sin hacer referencia a un determinado contrato, sea que incluya en el texto primitivo o en documento posterior, de manera que un daño que se produzca por un contratante en perjuicio del otro durante la ejecución del contrato, como resultado de un hecho culposo o doloso que le sea atribuible, adquiere un carácter contractual, por lo cual el conflicto puede ser arbitrado si la amplitud de la cláusula lo permite, pero si el daño afecta a un tercero esta cuestión se resuelve por el juez estatal ya que la víctima no está cobijada por el convenio arbitral. Todo ello confirma la apreciación de la doctrina de que la cláusula se aplica a controversias que se originen en una relación contractual*”¹⁴. (Se destaca)

No en vano el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 [artículo 11 de la Ley 446 de 1998]¹⁵ disponía que el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de **carácter transigible**, defieren su solución a un tribunal arbitral, pues, conforme con el artículo 2470 del Código Civil “*No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción*”.

Así mismo, el Código Civil en el artículo 2475 indica que no son susceptibles de transacción los derechos ajenos y el artículo 2484 *ejusdem* expresa “*La transacción no surte efecto sino entre los contratantes*”.

Así las cosas, la cláusula compromisoria tendrá efectos en la medida en que la controversia que se suscite tenga como origen la inconformidad de alguna de las partes que suscribieron un contrato, de modo que sea el Tribunal de Arbitramento quien dirima la controversia.

De la lectura del expediente de controversias contractuales, que se ataca mediante el ejercicio de la presente acción, se observa que el contrato de concesión No. 004 del 19 de enero de 1999 fue suscrito entre la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz y el Municipio de Soacha, en cabeza del alcalde municipal, previa autorización del Concejo Municipal.

El 8 de septiembre de 2003, la Personería Municipal de Soacha, en condición de Ministerio Público, ejerció acción de controversias contractuales contra el Municipio

¹⁴ Benetti Salgar Julio J, El arbitraje en el derecho colombiano, p. 176 – 177.

¹⁵ Derogados por el art. 118, Ley 1563 de 2012.

de Soacha por considerar que el Contrato 004 de 1999 se celebró con violación de las normas superiores.

Frente al particular, se advierte que el Ministerio Público, que opera como organismo de control y veedor del correcto ejercicio de las funciones encomendadas a los servidores públicos del orden municipal o distrital, según el caso, tiene como función principal la guardia del interés general y de los fines del Estado, de modo que, estaba plenamente legitimado para demandar la nulidad del contrato de concesión 004 de 1999, por los presuntos vicios en que incurrió su expedición.

Sin embargo, no encuentra la Sala las razones por las cuales la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado concluyó la falta de jurisdicción y de competencia en el proceso que se cuestiona, en tanto que, la Personería Municipal de Soacha no ostentaba la calidad de parte en el Contrato 004 de 1999, luego, no le era aplicable la cláusula compromisoria suscrita en el numeral décimo noveno del contrato demandado.

De acuerdo con lo anterior, no surgió alguna inconformidad con ocasión del Contrato 004 de 1999 por parte del Municipio de Soacha o de la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz, razón la cual, no convocaron al Tribunal de Arbitramento y, en ese sentido, no es posible hacer extensiva dicha facultad al Ministerio Público, cuando la ley expresamente a señalado que son las partes las que convienen investir de jurisdicción a la justicia arbitral, en caso de que haya lugar a demandar el contrato y donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo.

A pesar de que existió cláusula compromisoria en el cuerpo del contrato de concesión, ello no habilitaba a la justicia arbitral de *ipso iure* para conocer de las inconformidades que plantearan en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del mismo, en la medida en que dicha estipulación tendrá aplicación cuando la inconformidad derive de alguna de las partes del contrato.

Se precisa que, la Sala no desconoce el precedente de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la improcedencia de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, pues, no se discute la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de declarar la nulidad por falta de competencia y jurisdicción cuando las partes han suscrito pacto arbitral, por medio de cláusula o compromiso y, a pesar de ello acuden a la Jurisdicción, de modo que opere una renuncia tácita a la competencia arbitral,

salvo que tal disposición haya sido modificada previamente por mutuo acuerdo de los contratantes.

Sin embargo, como se ha señalado de manera reiterada, en el presente caso la inconformidad contra el Contrato 004 de 1999 no tuvo origen en alguno de los contratantes, sino en la Personería Municipal de Soacha en condición de Ministerio Público, luego, no se habilitó la competencia de la justicia arbitral para dirimir el asunto.

De ese modo, se configuró el defecto sustantivo alegado por el demandante, razón por la cual la Sala se releva de pronunciarse frente a los demás defectos invocados en el escrito de tutela.

Por lo anterior, la Sala advierte vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la Personería Municipal de Soacha, razón por la cual, se impone dejar sin efecto el auto del 14 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado y, en su lugar, ordenar que se surta el trámite de segunda instancia en la acción de controversias contractuales con radicado 25000232600020030145201 (30.682), en el que obra como demandante la Personería Municipal de Soacha.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

- 1. AMPÁRASE** el derecho fundamental al debido proceso de la Personería Municipal de Soacha, en consecuencia.
- 2. DÉJASE** sin efecto el auto del 14 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado y, en su lugar,
- 3. ORDÉNASE** a la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, que surta el trámite de segunda instancia en la acción de controversias contractuales con radicado 25000232600020030145201 (30.682), en el que obra como demandante la Personería Municipal de Soacha.

4. En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
5. Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIAHUGO
Presidenta de la Sección

FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ