

## **PACTO ARBITRAL - Noción / CLAUSULA COMPROMISORIA - Marco jurídico / PACTO ARBITRAL - Formalidad documental**

Para habilitar a los árbitros que habrán de proferir los fallos a que alude la precitada disposición, la ley reguló el pacto arbitral que puede estar contenido en el contrato fuente de las obligaciones en litigio o en documento anexo. El artículo 70 de la Ley 80 de 1993, compilado por el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998, consagró la posibilidad de que las partes de un contrato estatal pacten la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias o conflictos que pudieren surgir por razón o con ocasión de la celebración, la ejecución, el desarrollo, la terminación o la liquidación del contrato. De igual manera, el artículo 116 de la Ley 446, compilado en el artículo 118 del Decreto 118 de 1998, define la “cláusula compromisoria” como “el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”, al tiempo que el párrafo de la misma norma legal estableció que la cláusula compromisoria es autónoma en relación con la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. De conformidad con lo previsto en la ley, el pacto arbitral –bien en la modalidad de cláusula compromisoria o bien en la alternativa del compromiso-, constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independiente del contrato mismo que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos. La formalidad documental del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, en la primera de las cuales para definir la “cláusula compromisoria” se precisó que por tal ha de entenderse “... el pacto contenido en un contrato o documento anexo a él...” y, en la segunda, al regular aspectos propios del “compromiso”, se dispuso que “podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante”. Advierte por tanto la Sala que la ley prevé un requisito formal, que corresponde a la esencia misma del pacto arbitral - cláusula compromisoria o compromiso - que consiste en su forma documental, sin que sea dable entender que el correspondiente acuerdo de voluntades deba constar necesariamente en un solo documento, pues la ley admite la posibilidad de que esté contenido en varios documentos.

## **PACTO ARBITRAL - Existencia / CLAUSULA COMPROMISORIA - Puede estar contenida en el pliego de condiciones**

Se precisa además que el pacto arbitral que tenga por objeto someter a la decisión de un Tribunal Arbitral las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato estatal, exige para su existencia de la forma escrita puesto que esta es la solemnidad que la ley prescribe para el perfeccionamiento de los contratos estatales. En efecto, el artículo 39 de la Ley 80, proferida en 1993, dispone, de manera general, que “[l]os contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”, al tiempo que el artículo 41 del mismo Estatuto de Contratación Estatal exige para el perfeccionamiento de los contratos estatales, i) que entre las partes se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ii) que ese acuerdo se eleve a escrito, es decir que la existencia del contrato se encuentra sujeta a la forma escrita (forma *dat esse rei*), la cual, por tanto, reviste un valor *ad substantiam actus*, cuestión que, a su turno, determina que la misma constituye, respecto de esa clase de contratos, un valor *ad solemnitatem*. Ese requisito, como se explicó, se entiende cumplido aunque las partes definan este acuerdo 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.” Incluso la Sala ha

precisado que resulta plenamente eficaz la cláusula compromisoria que se encuentre contenida únicamente en el pliego de condiciones, en el entendido de que “éste consta por escrito y su contenido, una vez puesto a consideración de los interesados, se convierte en obligatorio para la entidad y para los participantes, en cuanto se erige en la ley de la licitación o del concurso y en la ley del contrato, puesto que entra a formar parte de él, a tal punto que sus previsiones o exigencias han de servir también para interpretar las cláusulas del contrato, desentrañar su sentido o definir sus divergencias.”

### **CLAUSULA COMPROMISORIA - Elementos esenciales / IDENTIFICACION DEL CONTRATO - Debe estar contenida en el pacto arbitral**

En cuanto a los elementos esenciales que tocan con el fondo o el contenido del pacto arbitral – en especial en la modalidad de cláusula compromisoria - la Sala mediante el análisis de la regulación legal del arbitramento precisa que ellos se encuentran integrados por: i) la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Resulta ilustrativo tener en cuenta que la ley consagra y a la vez exige como elemento de la esencia de todo contrato el concurso de voluntades de, al menos, dos personas; así, el Código Civil prevé que el concurso real de las voluntades de dos o más personas da origen al contrato, como también que el contrato es “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna una cosa”, definición que concuerda con aquella que contiene el Código de Comercio que concibe dicha figura como “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Cabe igualmente señalar que la identificación del contrato fuente de las obligaciones en litigio que debe estar contenida en el pacto arbitral, generalmente comprende las relaciones jurídicas vinculadas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la ley 80 de 1993, lo cual no obsta para que las partes puedan limitar expresamente su decisión a determinadas o específicas materias contractuales. Ahora bien, la cláusula compromisoria debe contener de manera clara e inequívoca el objeto que identifica legalmente al arbitraje y que consiste en la decisión de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato. Sin este objeto el acuerdo de voluntades no produce un pacto arbitral, éste no nace a la vida jurídica, pues el efecto principal de la cláusula arbitral consiste en sustraer del conocimiento del juez natural un litigio contractual, para someterlo al juzgamiento de la denominada justicia arbitral. Ciertamente, el arbitramento se encuentra regulado por normas imperativas que determinan sus elementos esenciales, esto es los requisitos de los cuales pende su existencia y su validez, dentro de las cuales está a la cabeza el precitado artículo 116 de la Constitución Política que autoriza la posibilidad de que los particulares cumplan transitoriamente “la función de administrar justicia”, siempre que sean habilitados por las partes “en los términos que determine la ley...”. Y la ley estableció, además de los requisitos formales ya explicados, que mediante el pacto arbitral las partes consienten en someter la solución de un conflicto transigible a un “Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. Así se infiere también de la definición de la cláusula compromisoria contenida en el primer inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993.

## **CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES PARA SOMETER A LA DECISION DE ARBITROS SUS CONFLICTOS - Constituye un elemento esencial del pacto arbitral / OBJETO DEL PACTO ARBITRAL**

Así pues, la voluntad o mejor el consentimiento de las partes en el sentido de someter “a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir”, se erige por tanto en un elemento definido por el legislador en forma imperativa, que constituye un elemento esencial del pacto arbitral, sin el cual no es posible concebir o admitir su existencia. En el entendido de que el pacto arbitral, en cualquiera de sus dos modalidades, es un verdadero negocio jurídico, lo expuesto a propósito de la inexistencia del contrato que es una de sus especies, le resulta claramente predicable. En consecuencia, el pacto arbitral requiere para su existencia de la concurrencia de sus elementos esenciales, contenidos en la definición que, del arbitramento y del pacto arbitral, hizo el legislador. Y dentro de los cuales, como se explicó, está el objeto, el cual consiste en la decisión de someter el litigio, futuro o presente, al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, conformado con sometimiento a lo previsto por la ley.

## **CLAUSULA COMPROMISORIA - Existencia y validez / CLAUSULA COMPROMISORIA - Autonomía**

Finalmente resulta importante subrayar que la existencia y la validez de la cláusula compromisoria no está condicionada por la eficacia o la existencia misma del contrato fuente de las obligaciones que habrían de dirimir los árbitros, de conformidad con lo previsto en el párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998. Sobre el particular se han pronunciado en forma pacífica tanto la Corte Constitucional [sentencia T-136 de 20 de febrero de 2003] y como esta Sección [auto de 14 de agosto de 2003, exp. 24344], en el entendido de que la autonomía de la cláusula compromisoria que consagra la ley, determina la habilitación de los árbitros para decidir la controversia, aún en el evento de que el contrato objeto de su pronunciamiento sea nulo o inexistente.

## **PACTO ARBITRAL - Celebración futura**

Tal como ya se explicó, en el proceso arbitral y en el laudo se afirmó que la cláusula compromisoria estaba contenida en la cláusula vigésima cuarta del contrato. Al efectuar el estudio de esa estipulación, la Sala encuentra que contiene los siguientes supuestos: i) Si llegan a surgir, en el futuro, diferencias entre las partes con ocasión de la celebración, el cumplimiento o la liquidación del contrato, para dirimirlos las partes podrán acudir a la utilización –genérica, imprecisa, vaga, abstracta- de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como los que a título meramente enunciativo o de ejemplo se indican a continuación: arreglo directo, amigable composición, conciliación o la transacción, sin que haya claridad, precisión o determinación concreta y específica acerca de cuál de esos mecanismos será el aplicable y menos se definen condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas, cuestión que reduce la estipulación a una mera enunciación de opciones sin que el acuerdo pueda ser exigible coactivamente, lo cual lo torna en un acuerdo que no resulta vinculante para los contratantes. ii) La otra parte de esa misma cláusula prevé que si tales diferencias eventuales llegaren, además, a tener el carácter de insalvables –cuestión que no es fácil desentrañar si dependerá del hecho de que no hubieren podido dirimirse o resolverse mediante la puesta en marcha de uno o varios de los mencionados “mecanismos” de solución ágil de conflictos previstos en la ley” o si podrán tener ese carácter de manera autónoma o independiente-, las partes

prevén que sólo en ese momento, cuando surjan esas discrepancias insalvables, “acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”, lo cual evidencia entonces que sólo en ese evento futuro procederán a pactar, convenir o celebrar el correspondiente pacto arbitral, cuestión que impide la exigibilidad de la cláusula y le elimina la generación de efectos vinculantes, para reducirla, por tanto, a un enunciado de propósitos comunes para hipótesis fácticas venideras. Así las cosas la Sala advierte que la cláusula en estudio no contiene una decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que surjan entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, sino que se limita a prever que en el futuro, cuando se presenten o configuren diferencias insalvables, las partes “acudirán de mutuo acuerdo al arbitraje”.

### **PACTO ARBITRAL - Inexistencia / CLAUSULA COMPROMISORIA - Carece de objeto**

En estas condiciones ha de concluirse que el pretendido pacto arbitral en realidad no existe o, lo que es lo mismo, debe tenerse como inexistente para el mundo jurídico, porque la cláusula en estudio carece de uno de los elementos esenciales para ser considerado como un verdadero pacto arbitral, cual es el objeto que, según lo dispuesto por el legislador al definir la cláusula compromisoria, consiste en el acuerdo de voluntades inequívocamente encaminado a “someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir”. Nótese cómo resulta claramente diferente el acuerdo mutuo de las partes que definen, de manera precisa y vinculante, “someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir” entre ellas, según lo exige la ley, en contraste, como se da en el presente caso, con la formulación conjunta de un simple propósito futuro encaminado a señalar que cuando surjan las diferencias insalvables “acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”, tal como lo recoge la cláusula vigésima cuarta del contrato, lo cual incluye, a las claras, la opción, la posibilidad o la eventualidad de que en ese momento futuro esas mismas partes puedan disentir y, por tanto, no lograr el acuerdo mutuo que se requiere para que en ese entonces puedan válidamente celebrar un pacto arbitral y, por consiguiente, acudir a la justicia arbitral. Mientras en el primer supuesto, el aludido consentimiento tiene por objeto someter a la decisión de árbitros la futura diferencia y ello supone, desde el momento de la suscripción de la cláusula compromisoria, la renuncia a la jurisdicción institucional o permanente, la cláusula en estudio se limitó a prever la posibilidad de que las partes, en el futuro, pudieran acudir “de mutuo acuerdo al arbitramento” cuando surjan las diferencias, por manera que –se reitera– sólo en ese momento se definirá si logran, o no, el acuerdo mutuo necesario para habilitar a la justicia arbitral y, por consiguiente, para poder acudir a ella de manera válida. En ese sentido es claro también que para materializar dicha opción en el futuro, esto es la de acudir de mutuo acuerdo al arbitramento, cuando ya hayan surgido las diferencias insalvables, las partes podrían entonces celebrar un compromiso, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la ley 80 de 1993. En consecuencia, si las partes hubieran pactado una verdadera y definitiva cláusula compromisoria, entonces cualquiera de ellas habría quedado facultada para presentar la convocatoria o demanda arbitral para la conformación del Tribunal de Arbitramento, con el cumplimiento de las condiciones que prevé la ley, sin que para ello hubiere requerido contar previamente con el consentimiento de la otra parte o, lo que es lo mismo, no se habría necesitado sujetar su ejercicio al acuerdo mutuo previo de los contratantes; pero ante la inexistencia de la cláusula compromisoria es evidente que en este caso particular se requería, como las propias partes lo anticiparon explícitamente, de la celebración previa de un

compromiso, en las condiciones que señaló el legislador. Cabe destacar además que la cláusula compromisoria comprende diferencias que puedan surgir, esto es que aún no se han suscitado o futuras, en tanto que el compromiso regula diferencias existentes, actuales, esto es que se dan entre las partes, con lo cual se evidencia que esta regulación futura o presente se predica de las diferencias no de la decisión de someterlas al arbitraje.

### **PROMESA DE PACTO ARBITRAL - No resulta aplicable en el régimen legal del arbitramento**

Advierte igualmente la Sala que la examinada cláusula vigésima cuarta del contrato tampoco puede considerarse como una promesa de pacto arbitral, porque esta figura no resulta aplicable en el régimen legal del arbitraje. En efecto, la promesa, en cuanto contrato preparatorio, puede explicarse como un negocio jurídico bilateral por virtud del cual los sujetos se obligan a celebrar un contrato futuro, que han definido plenamente; en ese entendimiento está llamada a generar obligaciones de hacer, consistentes en la celebración del contrato prometido y está regulada expresamente en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, derogatorio del artículo 1611 del Código Civil. De manera evidente se advierte la dificultad que comportaría la observancia del requisito contenido en el numeral 3 de la norma transcrita, respecto de una promesa de cláusula compromisoria o de compromiso, toda vez que las diferencias litigiosas pueden no presentarse o darse en una fecha incierta, con lo cual fácilmente fallaría o incluso se incumpliría el requisito relativo a la necesidad de fijar la época en que habría de celebrarse el pacto arbitral. Sucede también que el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 4 implicaría incorporar la cláusula compromisoria en el documento contentivo de la pretendida promesa, con lo cual se excluiría la figura negocial de la promesa y se estaría frente a un verdadero pacto arbitral. Añádase a lo anterior que la ley que regula el arbitraje no contempla la mencionada figura de la promesa de un futuro pacto arbitral, pues se ocupó únicamente de consagrar la cláusula compromisoria y el compromiso, a cuyo efecto estableció claros elementos que difícilmente podrían articularse con los que previó el legislador para la promesa de contrato. En cualquier caso, aun si en gracia de discusión se admitiere la viabilidad de que el pacto arbitral pudiese ser objeto de un contrato preparatorio de promesa e incluso si en el evento concreto que ahora se examina se llegare a concluir que la estipulación acordada entre las partes correspondiere al tipo contractual de la promesa, aun así habría que puntualizar que dicha convención no podría tenerse como suficiente para habilitar a los árbitros, según lo exige perentoriamente el artículo 116 (inciso final) de la Constitución Política comoquiera que en el presente caso las partes nunca acreditaron la celebración, con efectos vinculantes, del pacto arbitral –ora en la modalidad de cláusula compromisoria, ora en la modalidad de compromiso–, por medio del cual se hubiere cumplido el aludido e hipotético contrato de promesa y, más importante aun, por cuya virtud se hubieren generado, para el mundo del Derecho, los efectos que en el ordenamiento colombiano está llamado a producir un verdadero acuerdo de ese tipo.

### **CLAUSULA COMPROMISORIA - Inexistencia porque carece de objeto**

Advierte igualmente la Sala que no es dable tomar en cuenta la actuación ex – post que de manera expresa o tácita, hubieren desplegado las partes para poder interpretar el contenido de la citada cláusula vigésima cuarta y poder entender con base en ello que la misma consagró una cláusula compromisoria, pues el pacto arbitral debe ser expreso, claro, solemne y, en todo caso, anterior a la convocatoria, a la integración y con mayor razón a la instalación del correspondiente tribunal de arbitramento, puesto que el pacto arbitral constituye

causa y presupuesto indispensable e insustituible para la habilitación de los árbitros, por lo cual no puede considerarse, convertirse o tratarse como una consecuencia o un resultado de la integración previa del tribunal. Se destaca además que en el presente caso el Distrito Capital, a través de la Secretaría de Educación y la Secretaría de Gobierno UEL – Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, interpuso recurso de reposición contra el auto N° 7 del 15 de agosto de 2002 por medio del cual el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia, con fundamento en que las partes del contrato “nunca suscribieron un documento donde se señalara la voluntad de la administración de que por mutuo acuerdo acudirían al tribunal de arbitramento que hoy se adelanta”, comportamiento que excluye por completo la posibilidad de considerar que se hubiere concluido un acuerdo tácito o práctico de las partes acerca del alcance de la cláusula vigésima cuarta. Por todo lo anterior la Sala considera que la citada cláusula vigésima cuarta del contrato no es una cláusula compromisoria, que resulta inexistente como tal porque carece de uno de los elementos esenciales y determinantes de su existencia, cual es su objeto.

### **LAUDO ARBITRAL - Inexistencia**

La Sala se limitará a declarar que ha constatado la inexistencia de la cláusula compromisoria y, por ende, del laudo arbitral proferido el 16 de febrero de 2009 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato UEL SED – 04 -131/00/03 celebrado el 22 de diciembre de 2003 por la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON y el Distrito Capital de Bogotá. De conformidad con lo anterior la Sala precisa que como la inexistencia del pacto arbitral en el presente caso está claramente configurada por la ausencia de uno de los elementos esenciales de la Cláusula Compromisoria, se impone concluir que la cláusula vigésima cuarta del contrato no produjo el efecto de habilitar a los particulares para decidir un litigio contractual, mediante el ejercicio de la función de administrar justicia. En consecuencia el denominado laudo arbitral no detenta esta condición, porque no consiste en una providencia proferida por un Tribunal de Arbitramento constituido de conformidad con la ley. En consideración a que en el presente caso se ha verificado de manera fehaciente la inexistencia del pacto arbitral y, por ende, del laudo arbitral, resulta imposible adelantar el examen que sobre su legalidad se propone en el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada. Por lo anterior, la Sala declarará la inexistencia del pacto arbitral y se abstendrá de pronunciarse respecto de la deprecada nulidad del que en apariencia es el laudo recurrido.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00032-00(36537)**

**Actor: UNION TEMPORAL MAVIG-DEPROCON**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS**

## Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por la parte Convocada contra el laudo arbitral proferido el 16 de febrero de 2009 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato UEL SED – 04 -131/00/03 celebrado el 22 de diciembre de 2003 por la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON y el Distrito Capital de Bogotá.

### ANTECEDENTES

#### 1. Convocatoria.

El 31 de enero de 2007 la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON presentó, ante la Cámara de Comercio de Bogotá, convocatoria para que un Tribunal de Arbitramento resolviera las siguientes pretensiones:

##### *“PRETENSIONES DECLARATIVAS:*

*PRIMERA: Que se declare que por hechos imputables a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES-FONDO DE DESARROLLO LOCAL EN SAN CRISTOBAL se presentó, en perjuicio de la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra UEL-SED-04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, celebrado con la misma, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho de esta demanda.*

*SEGUNDA: Que se declare la nulidad absoluta parcial del contrato UEL-SED-04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL y la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON por existencia de objeto ilícito en cuanto al frente de obra correspondiente al CASD Aldemar Rojas de la localidad de San Cristóbal, determinado por la imposibilidad jurídica de ejecución a partir de la existencia de normas urbanísticas que expresamente prohíben la realización de obras sobre predios que sean atravesados por tubería matriz, tal como se demuestra en el libelo de esta demanda.*

*TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la terminación parcial y consecuente liquidación parcial del contrato UEL-SED-04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL y la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON en cuanto al frente de obra correspondiente al CASD Aldemar Rojas de la localidad de San Cristóbal, con el reconocimiento de los valores debidos al contratista de conformidad con las pretensiones anteriores.*

*CUARTA: Que se declare que por hechos imputables a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE*

*SAN CRISTOBAL, es procedente el reajuste de los precios del presupuesto de obra para el frente IED Juan Evangelista Gómez de la localidad de San Cristóbal, a la fecha de ejecución del citado frente.*

**PRETENSIONES DE CONDENA:**

*PRIMERA: Que, como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera declarativa, se condene a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL a pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON los perjuicios causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a la entidad contratante que conllevaron a una mayor permanencia del contratista en la ejecución del contrato, en las sumas que indemnizen todos los perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso, sufridos por el contratista.*

*SEGUNDA: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones segunda y tercera declarativas, se condene a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL a pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON los perjuicios causados por la omisión en el deber de realizar los estudios previos correspondientes sobre el terreno que determinó la presencia de un objeto ilícito en el contrato y una mayor permanencia en la ejecución del mismo, en las sumas que indemnizen todos los perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso, sufridos por el contratista.*

*TERCERA: Que, como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión cuarta declarativa, se condene a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL a pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON el reajuste de los precios del presupuesto de obra para el frente IED Juan Evangelista Gómez de la Localidad de San Cristóbal a la fecha de ejecución del mismo.*

*CUARTA: Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores se actualicen debidamente, mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor.*

*QUINTA: Que, igualmente respecto de cualquier suma de dinero que resulte a favor de la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el H. Tribunal.*

*SEXTA: Que se condene a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES –FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el laudo definitivo que ponga fin al presente proceso.*

*SEPTIMA: Que la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.*

*OCTAVA: Que se ordene a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES –FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL reconocer y*

*pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, sobre las sumas de dinero objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a la tasa más alta permitida, a partir de la ejecutoria del laudo.” (fols.1 a 66 c. 1).*

## **2. Contestación a la demanda.**

El Distrito de Bogotá contestó la demanda arbitral mediante escritos presentados por la Secretaría de Educación y por la Secretaría de Gobierno – Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, en los cuales se opuso a las pretensiones formuladas por la convocante, reconoció como ciertos algunos hechos, negó la ocurrencia de otros y manifestó estarse a lo probado en el proceso.

El Distrito afirmó que fue la Unión Temporal la que incumplió la obligación de obtener las licencias de construcción, la cual era de medio y no de resultado; que la contratista es responsable por no suscribir las modificaciones y adiciones del contrato; que no existe ruptura del equilibrio financiero del contrato porque no se configuran los elementos de la teoría de la imprevisión y que el Tribunal de Arbitramento es incompetente para decidir la nulidad parcial del contrato que demanda la parte convocante (fols. 190 a 219; 222 a 231 c. 1).

El Distrito, a través de la Secretaría de Gobierno, formuló llamamiento en garantía al Consorcio Erjar, interventor del contrato, el cual fue rechazado por el Tribunal de Arbitramento con fundamento en el incumplimiento de los requisitos previstos al efecto en la Ley 678 de 2001 (fols. 232, 233, 254 a 256, 264 a 278 c. 1).

## **3. Laudo arbitral.**

### **3.1. Decisión.**

El Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo impugnado, decidió:

*“PRIMERO: Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial contable, por lo expuesto en la parte motiva.*

*SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones perentorias interpuestas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva.*

*TERCERO: Declárese que por hechos imputables a la SED – UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL se presentó, en perjuicio de la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra UEL – SED – 04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, celebrado con la misma, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: Decrétase la nulidad absoluta del contrato UEL – SED – 04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED – UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL y la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON en cuanto a las obras correspondientes al frente de CADS Aldemar Rojas, por la imposibilidad jurídica de ejecución a partir de la existencia de normas urbanísticas que expresamente prohíben la realización de obras sobre predios que sean atravesados por tubería matriz, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena la terminación parcial del contrato UEL – SED – 04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED – UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL y la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON en cuanto al frente de obra correspondiente al CADS Aldemar Rojas de la localidad de San Cristóbal.*

*SEXTO: Ordénase la liquidación parcial del contrato UEL – SED – 04-131/00/03 de 22 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED – UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL y la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON en cuanto al frente de obra correspondiente al CADS Aldemar Rojas de la localidad de San Cristóbal.*

**LIQUIDACION PARCIAL DEL CONTRATO (FRENTE ALDEMAR ROJAS):**

**OBJETO: DISEÑOS Y/O AJUSTES A LAS CONSULTORIAS, ACTUALIZACION DE CANTIDADES DE OBRA Y PRESUPUESTOS. EJECUCION DE OBRAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DE LAS INSTALACIONES EDUCATIVAS DISTRITALES JUAN EVANGELISTA GOMEZ Y CADS DE LA LOCALIDAD DE SAN CRISTONAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA.**

**CONTRATISTA: UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON INTEGRADA POR: HERBERT GEITHNER CALDERON, MANUEL VIVES GONZALEZ representante legal de MANUEL VIVES GONZALEZ Y COMPAÑIA LTDA. MAVIG, Y OSVALDO ANGULO CALERO, representada legalmente por HERBERT GEITHNER CALDERON**

**VALOR: EL valor del contrato comprende: 'A) Ejecución de los diseños por valor de TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL CUARENTA PESOS M/CTE INCLUIDO IVA (\$33.920.040), para el IED JUAN EVANGELISTA GOMEZ, que corresponde a un valor fijo. B) la ejecución de las obras por un valor de hasta UN MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE INCLUIDO A.I.U. (\$1.415.222.860) distribuidos así: (...) IED CADS \$770.682.105, valor real resultante de multiplicar las cantidades de**

*obra a ejecutar en desarrollo del objeto contractual, por los precios unitarios fijos no reajustables contenidos en la propuesta económica.*

*PLAZO: (210) DIAS.*

*NOTA: se aclara que en el caso del Aldemar Rojas su período de ejecución era de 180 días, pues en este frente no existía etapa de consultoría.*

*ANTICIPO: POR EL CADS ALDEMAR ROJAS*

*VALOR DEL ANTICIPO: La suma de \$308.272.842*

*VALOR REINTEGRADO: \$308.272.842*

<i>VALORES PAGADOS AL CONTRATISTA:</i>	<i>\$0</i>
<i>POR OBRA EJECUTADA</i>	<i>\$0</i>
<i>POR AJUSTES CAUSADOS</i>	<i>\$0</i>
<i>TOTAL POR OBRA EJECUTADA MAS AJUSTES</i>	<i>\$0</i>
<i>SUMAS A RECONOCER</i>	<i>\$0</i>
<i>SALDO PENDIENTE:</i>	<i>\$0</i>

*SEPTIMA: Condénase a la SED – UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL a pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, la suma de MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1.034.269.368.) m/cte., por concepto de los perjuicios causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a la entidad contratante que conllevaron a una mayor permanencia del contratista en la ejecución del contrato.*

*OCTAVA: La condena impuesta será cumplida en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con éste y la sentencia C-189 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, se causarán intereses de mora a partir de la ejecutoria del laudo.*

*NOVENA: Ordenar a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES-FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL, el reintegro a la UNION TEMPORAL MAVIG- DEPROCON-, de las sumas pagadas por esta última, a cargo de la primera, que debía sufragar a título de honorarios y gastos para la integración de este Tribunal, con los respectivos intereses moratorios a la tasa autorizada por la ley, desde el vencimiento del plazo para consignarla, hasta el momento en que efectivamente se cancele la totalidad de la sumas liquidadas a su cargo (artículo 144 del Decreto 1818 de 1998).*

*DECIMA: Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.*

*DECIMA PRIMERA: En firme este laudo, protocolícese por la Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que*

*faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultar mayor se devolverá lo pertinente.*

*DECIMA SEGUNDA: Expedir copias autenticas del presente Laudo a cada una de las partes y a la Señora Agente del Ministerio Público, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).” (fols. 1 a 147 c. ppal.).*

### **3.2. Fundamentos del laudo.**

El Tribunal de Arbitramento resolvió las citadas pretensiones del actor con fundamento en las consideraciones que la Sala sintetiza a continuación.

3.2.1. Se produjo la ruptura de la ecuación económica del contrato por causas no imputables al contratista.

Afirmó el Tribunal de Arbitramento que todo contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio cuando *“la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”* se rompe por actos o por hechos de la entidad contratante o imputables al Estado o simplemente por factores ajenos a las partes y que excede la previsión normal, como también que el colaborador de la Administración, no está obligado a soportar una mayor onerosidad en detrimento de la ecuación económica del contrato.

Precisó que no reconocer los sobrecostos en que incurre un contratista por la mayor permanencia en la obra, determinada por actuaciones de la entidad contratante, implica violar el verdadero fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Agregó que una vez perfeccionado el contrato, las partes firmaron el 9 de febrero del año 2004 el acta de iniciación de las obras; que el 10 de febrero de 2004 se suspendió el contrato en el frente Juan Evangelista Gómez; que al vencimiento de esta primera suspensión se pactaron sucesivas suspensiones por lapsos que sumados significaron un retraso de más de tres años respecto del cronograma inicial y que la principal causa de estas suspensiones fue la dificultad para obtener la licencia de construcción. Señaló además:

*“El análisis de los plazos contenidos en los pliegos y luego trasladados a las cláusulas contractuales, arrojan elementos adicionales para concluir lo que en el aparte pertinente se plasma, en cuanto a la violación del principio de planeación contractual por parte de la convocada, que al parecer ignoraba la situación jurídica de los establecimientos escolares en cuanto a la*

*legalización de sus construcciones, motivo por el cual durante todo el proceso precontractual y contractual, estableció unos términos para el cumplimiento del contrato que sólo en condiciones ideales, de absoluta disponibilidad de todo los documentos necesarios para solicitar y tramitar la licencia de construcción dentro de los 15 días siguientes al inicio de la segunda etapa del contrato, sin que se presentase ningún contratiempo ni se formularan observaciones por parte de las autoridades, habrían podido respetarse.*

(...)

*No deja de ser un contrasentido, una estrategia contractual que traslade al contratista la responsabilidad de verificar la viabilidad del cumplimiento del contrato, cuando la misma entidad convocada no sólo sabía de la inexistencia de las licencias de reconocimiento y de su obligación legal de obtenerla, sino que además ya había contratado a un tercero para realizar el trámite de lo afirmado por los apoderados de la convocada durante el ítem contractual la SED nunca eludió al respecto ni trató de endosársela al contratista.”*

Finalmente advirtió el Tribunal de Arbitramento que el anterior reproche a la Administración *“carece de efectos económicos pues la fuente del perjuicio es de todas manera, la contratación o bien de unas licencias que para su obtención imponían la preexistencia de las de reconocimiento a cargo de la Administración o la contratación de un objeto imposible de realizar”*.

3.2.2. El contrato adolece de nulidad absoluta parcial porque contiene un objeto *“que era imposible de ejecutar en razón de la normativa urbana aplicable al terreno del predio que sería objeto de la intervención”*.

El Tribunal encontró *“demostrado que el contrato de obra celebrado entre la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON y la entidad demandada contiene una cláusula que prescribe la realización de un frente de obra sobre un terreno por el cual atraviesa una tubería matriz o pluvial de aguas negras de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB -.”* Preciso que el contrato contenía *“una estipulación o cláusula contractual celebrada entre las partes que era imposible de ejecutar en razón de la normativa urbana aplicable al terreno del predio que sería objeto de la intervención.”*

En cuanto a los efectos de la nulidad del contrato afirmó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, la declaratoria de nulidad supone que las cláusulas específicas del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03

no han existido, lo que impone devolver las cosas al "estado en que se hallarían sino hubiese existido".

3.3. La entidad violó el principio de planeación y con ello causó perjuicios al contratista.

El Tribunal consideró que *"no sólo procede decretar las restituciones recíprocas para volver las cosas al statu quo anterior, sino además cuantificar el perjuicio causado al contratista por empeñarle la posibilidad de concurrir a otras licitaciones y celebrar otros contratos durante la época en que estuvo vigente el compromiso de su capacidad contractual con la Secretaría de Educación."*

Cuantificó los perjuicios materiales con fundamento en los gastos en que incurrió la Unión Temporal, la utilidad dejada de percibir por la inejecución del frente Aldemar Rojas y la pérdida de la oportunidad de participar en licitaciones.

Finalmente, el Tribunal de Arbitramento declaró la terminación parcial del contrato, procedió a liquidarlo en la forma indicada en acápite precedente y se pronunció sobre las excepciones propuestas (fols. 1 a 147 c. ppal.).

#### **4. El recurso de Anulación**

El Distrito Capital de Bogotá presentó oportunamente el recurso de anulación con sustento en las causales contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989, compilado en el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998 (fols. 552 y 558 c. ppal.).

**4.1 Cargos fundados en la configuración de la causal contenida en el numeral 7 del Artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que prevé:** *"Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento."*

**Primer Cargo.** El laudo contiene disposiciones contradictorias en las resoluciones Sexta y Séptima.

El recurrente explicó que en la resolución Sexta del laudo se ordenó la *"liquidación parcial del contrato UEL-SED-04-131/00/03 de 22 de diciembre de*

2003, suscrito entre la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES- FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL, y la UNION TEMPORAL MAVIG - DEPROCON en cuanto al frente de obra correspondiente al CADS Aldemar Rojas de la localidad de San Cristóbal” y estableció en cero pesos (\$0) el “Saldo Pendiente” a cargo de la entidad contratante y a favor del contratista.

También señaló que el Tribunal de Arbitramento luego de referirse al objeto, al contratista y su representación legal, al valor del contrato, a su plazo, al anticipo y su valor, al valor reintegrado y a los valores pagados al contratista por obra ejecutada y por reajustes causados, concluyó que la entidad no adeudaba valor alguno al contratista, porque este no ejecutó el objeto del contrato.

Comparó la anterior decisión con la resolución Séptima del laudo en la cual se dispuso: *“Condénase a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES-FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL a pagar a la UNION TEMPORAL MAVIG- DEPROCON, la suma de MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'034.269.368.) m/cte., por concepto de los perjuicios causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a la entidad contratante que conllevaron a una mayor permanencia del contratista en la ejecución del contrato”*, luego de lo cual explicó que si la mayor permanencia del contratista se da o tiene lugar cuando en la ejecución del contrato se desborda el término pactado, resulta contradictoria esta consideración frente a la que expuso el mismo Tribunal para liquidar el contrato sin suma a cargo de la entidad, cual fue precisamente que el contrato no se había ejecutado. Concluyó:

*“A lo largo del desarrollo del proceso arbitral, se dijo al Tribunal que el contrato no fue ejecutado por el contratista y consta en el expediente que las causas alegadas por el contratista, que imputa a aquél, eran de exclusiva obligación y responsabilidad de éste, pero el Tribunal de Arbitramento JAMAS intentó buscar la verdad, solo bastaba con mirar las cláusulas del contrato. En consecuencia, existe contradicción manifiesta entre las decisiones Sexta y Séptima del laudo acusado. “*

**Segundo cargo.** El laudo contiene disposiciones contradictorias en las resoluciones Tercera y Sexta.

Al efecto el recurrente explicó que en la decisión Tercera se declaró *“que por hechos imputables a la SED-UNIDAD EJECUTIVA DE LOCALIDADES - FONDO*

DE DESARROLLO LOCAL DE SAN CRISTOBAL se presentó, en perjuicio de la UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, la ruptura de equilibrio económico del Contrato de Obra UEL-SED-04-131700703 de 22 de diciembre de 2003, celebrado con la misma,...” en tanto que en la Sexta se ordenó la liquidación parcial del contrato y se estableció que no existía obligación a cargo de la contratante. Agregó:

*“La liquidación parcial del contrato fue hecha por el Tribunal después de verificar que el contrato no se ejecutó, y porque afirmar cosa contraria sería ir en contravía de la demanda, en donde el actor, por intermedio de su apoderado confiesa que para la fecha de la presentación de la demanda, no se había dado inicio a la ejecución de la obra, esto es a diciembre 31 de 2007.*

*El principio del ‘equilibrio económico’ consagrado en el art. 27 de la Ley 80 de 1993, que debe mantenerse en la ejecución de un contrato, sólo y únicamente tiene observancia y, por ende, aplicación, en los contratos que se ejecutan, mas no en que los contratos en los que, no obstante haberse celebrado, no se ejecutan, cualquiera que sea la razón por la cual no puede ejecutarse el objeto contractual.*

*Si no se ejecutó, como claramente se desprende del numeral sexto de la parte resolutive del laudo de la referencia, y es sostenido por la propia parte convocante, UNION TEMPORAL MAVIG – DEPROCON, las obras objeto del contrato no se ejecutaron (hecho 79 de la demanda), no puede romperse un equilibrio económico, en la medida que no existió ejecución de la obra que resultare más onerosa para el contratista, que sería lo que generaría el reconocimiento por parte del Tribunal de Arbitramento. Pero es de advertir que si bien el contratista pudo haber permanecido durante el tiempo que se hace mención, no fue en la espera de poder desarrollar las obras del CADS ALDEMAR ROJAS, como erróneamente lo ha supuesto el Tribunal de Arbitramento y se plasma en el laudo, sino que la permanencia obedeció a la ejecución de las obras correspondientes a la Institución Educativa JUAN EVANGELISTA GOMEZ que igualmente hacían parte del contrato.*

(...)

*Al declararse que se rompió el equilibrio económico (Numeral Tercero de la parte resolutive del Laudo) está afirmando la ejecución de un contrato, lo que entra en total y abierta CONTRADICCION con el Numeral Sexto del mismo acápite del laudo.*

*En otras palabras el Numeral Sexto del Fallo (Laudo) declara la inejecución del contrato, por lo que no existen prestaciones a cargo del contratante y a favor del contratista, y el numeral tercero del mismo declara el rompimiento del equilibrio económico, del que sólo puede predicarse en presencia de la ejecución de un contrato. La inejecución del contrato y el rompimiento del equilibrio económico no pueden darse coetáneamente en un mismo contrato, por ser excluyentes entre sí. O bien, hay ejecución y se presenta el rompimiento del equilibrio económico, o bien, se presenta la inejecución del contrato y, por tanto, NO PUEDE HABER rompimiento del equilibrio económico.”*

### **Tercer Cargo. El laudo contiene errores aritméticos.**

El recurrente afirmó que el Tribunal de Arbitramento para liquidar el valor de la condena afirmó tomar en cuenta el total de las utilidades que esperaba obtener el contratista y en el numeral séptimo del laudo ordenó a la entidad pagar \$1.034'269.368 al contratista. Agregó que ese valor implica tener como utilidad proyectada por el contratista el 349.2975% y como costo real de la obra contratada tan solo \$414'873.532, saldo obtenido mediante la resta al valor total del contrato del valor de las utilidades calculadas por el Tribunal, todo lo cual, adujo, resulta abiertamente contrario a la realidad del contrato.

También señaló:

*“De otra parte, de manera inadmisiblemente, el Tribunal, para llegar a determinar ese descomunal monto de la condena HIZO actualización del dinero (indexación) y calculó intereses moratorios y sumó todo.*

*La indexación de una suma de dinero EXCLUYE el cálculo de intereses sobre la misma, porque implica una doble sanción. O se hace indexación, o se calculan intereses, pero JAMAS pueden hacerse las dos cosas coetáneamente. La indexación es traer a valor presente una suma de dinero y, en consecuencia NO ES PERMISIBLE calcular intereses sobre la suma indexada.*

*Es por lo anterior que el Tribunal incurrió en grave yerro aritmético que acarrea la ANULACION del Laudo Arbitral, al tenor de la Causal Séptima de Decreto 1818 de 1998 invocada y de haber incurrido en ella, que se acuda al laudo.*

*Dentro del expediente obra prueba suficiente de que el objeto del contrato no se ejecutó y así lo declara expresamente el Contratista en su demanda (Hecho 79), que constituye confesión por apoderado, a la luz del Art. 197 del C. del P.C.”*

**4.2 Cargo fundado en la configuración de la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989** compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que dispone: *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”.*

El recurrente para justificar la ocurrencia de esta causal manifestó que los árbitros obraron por fuera del marco de su competencia al declarar la nulidad

absoluta parcial del contrato UEL-SED-04-131/00/03 del 22 de diciembre de 2003; también explicó lo siguiente:

*“La nulidad de los actos Administrativos, en este caso los contratos, NO ES DE COMPETENCIA de los Arbitros. Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Junio 8 de 2000, que en su parte pertinente dice:*

*(...)*

*De la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado transcrita, se desprende, incuestionablemente, que los Tribunales de Arbitramento NO TIENEN COMPETENCIA PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS, como ocurrió en el caso que nos ocupa, razón por la cual el Laudo acusado se halla incurso en la causal de anulación prevista en el numeral 8 del Art. 163 del Dto. 1818 de 1998.”* (fols. 565 a 586 c. ppal).

## **5. Trámite del recurso.**

5.1. Mediante auto proferido el 23 de marzo de 2009 se avocó el conocimiento del recurso interpuesto por el Distrito Capital de Bogotá y se dispuso el traslado común de 5 días a las partes y al Ministerio Público.

En la misma providencia se rechazó de plano el recurso interpuesto por el Ministerio Público y por el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal porque no invocaron alguna de las causales previstas en el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989 (fols. 562 a 564 c. ppal.).

5.2. La Unión Temporal Mavig - Deprocon presentó oportunamente sus alegatos mediante escrito a través del cual solicitó declarar infundado el recurso de anulación y condenar en costas al recurrente. Expuso, en síntesis, los siguientes argumentos:

5.2.1. El primer cargo del recurso, fundamentado en que las decisiones sexta y séptima del laudo son contradictorias, no debe prosperar porque el recurrente omitió alegarla ante el Tribunal de Arbitramento de conformidad con la exigencia del artículo 38 - 7 del Decreto Ley 2279 de 1989 (art. 163.7 del Decreto 1818 de 1998).

Agregó que en el hipotético evento de estudiar el fondo del cargo debe advertirse que entre las resoluciones sexta y séptima del laudo no hay contradicción, pues *“en la primera se señaló que la entidad estatal contratante no debía pagar nada por concepto de obra ejecutada, mientras que en la segunda se dispuso que la entidad debía pagar la suma allí indicada a título de perjuicios.”* Explicó también:

*“En dicha liquidación, teniendo en cuenta que no pudo ser ejecutada ninguna parte del objeto del contrato, el Tribunal de Arbitramento concluye que no debe pagarse nada al contratista por concepto de obra ejecutada, toda vez que por culpa de la Administración, éste no pudo ejecutar nada de obra, lo cual no significa que no haya incurrido en otros gastos y perjuicios como consecuencia de la mala planeación del contrato por parte de las entidades estatales demandadas.”* (fols. 588 a 608 c. ppal.).

5.2.2. El segundo cargo del recurso, fundamentado en que la decisión tercera y la sexta del laudo son contradictorias no debe prosperar porque el recurrente omitió alegarla ante el Tribunal de Arbitramento de conformidad con la exigencia del artículo 38 - 7 del Decreto Ley 2279 de 1989 (art. 163.7 del Decreto 1818 de 1998).

Precisó que en el evento en que se asumiera el estudio del fondo del cargo debería concluirse que no existe la contradicción porque la resolución tercera y la sexta se refieren a situaciones diferentes. Señaló también:

*“ (...) , en la decisión sexta de la parte resolutive del laudo se liquida judicialmente el contrato de manera parcial, esto es, en relación con el frente Aldemar Rojas, como consecuencia de las decisiones de nulidad parcial y de terminación parcial del contrato objeto del trámite arbitral (contenidas en las decisiones cuarta y quinta de la parte resolutive). En dicha liquidación, teniendo en cuenta que no pudo ser ejecutada ninguna parte del objeto del contrato, el Tribunal de Arbitramento concluye que no debe pagarse nada al contratista por concepto de obra ejecutada, toda vez que por culpa de la Administración, éste no pudo ejecutar nada de obra, lo cual no significa que no haya incurrido en otros gastos y perjuicios como consecuencia de la mala planeación del contrato por parte de las entidades estatales demandadas.*

*A su vez en la parte resolutive tercera se declaró que se produjo una ruptura del equilibrio económico del contrato en perjuicio de la parte demandante como consecuencia de hechos y circunstancias imputables exclusivamente a la parte demandada, teniendo en cuenta, de una parte, la realidad de la ejecución contractual respecto del frente Juan Evangelista Gómez (frente respecto del cual no se anuló el contrato, ni se declaró su terminación anticipada y tampoco se liquidó parcialmente) y, de otra, los perjuicios sufridos por el contratista por la mala planeación del contrato en cuanto al frente Aldemar Rojas.*

*De esta manera, la parte resolutive tercera no atiende a la obra efectivamente ejecutada en el frente Aldemar Rojas (a lo que sí se refiere la parte resolutive sexta exclusivamente), sino a la realidad de la ejecución del contrato en ambos frentes. De esta manera, no puede producirse una contradicción entre las partes resolutivas tercera y sexta, toda vez que se refieren a situaciones y a aspectos diferentes.”*

5.2.3. El tercer cargo del recurso, con fundamento en que el laudo contiene errores aritméticos, no debe prosperar porque el recurrente omitió alegar los supuestos vicios ante el Tribunal de Arbitramento de conformidad con la exigencia del artículo 38 - 7 del Decreto Ley 2279 de 1989 (art. 163.7 del Decreto 1818 de 1998).

También explicó que en el hipotético evento de que fuese procedente el análisis de los errores invocados por el recurrente cabe igualmente rechazar la anulación del laudo por las siguientes razones:

*“En primer lugar, (...) la condena a la que se refiere la decisión séptima de la parte resolutive, (...), no es por concepto de utilidades. Por el contrario, si se lee con cuidado el laudo en su integridad, aparece claramente que el motivo de la condena obedece a diferentes factores, que incluyen la utilidad esperada del frente Aldemar Rojas, pero primordialmente se refieren a los mayores costos en que debió incurrir la Unión Temporal Mavig – Deprocon como consecuencia de la indebida planeación del contrato por parte de las entidades estatales demandadas, además de las actualizaciones y los intereses moratorios causados respecto de las sumas objeto de condena. (...), no resulta correcta la apreciación del recurrente en el sentido de que el Tribunal de Arbitramento ordenó el pago de una utilidad del 349 %.(...)”*

Precisó, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sección, que el error aritmético no corresponde a una diferencia conceptual o de apreciación; que es una mera consecuencia de simple equivocación en el desarrollo de las distintas operaciones aritméticas y que *“la simple consideración subjetiva de que las utilidades reconocidas son muy altas no supone una equivocación aritmética, sino una divergencia conceptual que no constituye error aritmético a efectos de la anulación de un laudo arbitral.”*

En cuanto al alegado error aritmético consistente en reconocer conjuntamente la indexación y los intereses de mora, resaltó que el Tribunal aplicó lo pactado en el contrato y en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, que así lo previó al desarrollar el numeral 8, artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Agregó que esta

es también una divergencia conceptual que no tiene entidad para configurar esta causal de anulación del laudo arbitral.

5.2.4. En relación con el cargo sustentado en la causal 8, artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989, sostuvo que las condiciones de su procedencia no están demostradas en el caso concreto.

Explicó que el recurrente confunde los conceptos de acto administrativo y contrato estatal a pesar de que la jurisprudencia ha sido clara en señalar sus diferencias; agregó que la ley establece la competencia de los árbitros para juzgar la validez del contrato, que así lo ha reconocido ampliamente la doctrina y lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias de sus providencias. Dijo también:

*“Resaltando la generalidad de la transacción, se afirma por la doctrina que son materia de transacción toda clase de relaciones patrimoniales. Sin embargo, la misma ley consagra algunas relaciones que no son susceptibles de ser transigidas, a saber: a) la acción pública o penal derivada de la comisión de un delito (art. 2473 del CC); b) el estado civil de las personas (art. 2473 del C.C.), c) los alimentos futuros sin debida autorización y aprobación judicial (art. 2474 del C.C.), y d) los derechos ajenos y los derechos que no existen (2475 del C.C.).*

*(...) en el listado legal de prohibiciones de transacción por la materia transigida, no aparece una prohibición expresa que impida la transacción de controversias relativas a nulidad de estipulaciones contractuales, por lo cual no puede válidamente afirmarse que las nulidades absolutas sean intransigibles y, por tanto, escapen de conocimiento de los tribunales de arbitramento. En otras palabras, se puede constatar que en ninguna norma la ley dispone que las disputas relativas a la nulidad de los contratos están excluidas del ámbito de la transacción, constatación que implica que se trata de una materia objeto de la misma.*

*Además de la ausencia de expresa prohibición legal, el artículo 2477 del CC dispone que es ‘nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título’, de lo cual se evidencia que la ley, en vez de prohibirlas, autoriza las transacciones sobre litigios relacionados con la nulidad de estipulaciones contractuales, con la única condición de que en el negocio de la transacción las partes expresamente se refieran al litigio suscitado sobre la presencia de una nulidad de una estipulación contractual.” (fols. 588 a 608 c. ppal.).*

## **6. Concepto del Ministerio Público**

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación intervino en la correspondiente oportunidad procesal mediante escrito en el cual solicitó declarar infundado el recurso en consideración a que no se encuentra configurada una sola de las causales que sustentó el recurrente. Se pronunció sobre los cargos propuestos por la convocada así:

i) Los cargos sustentados en la causal contenida en el numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 *“no están llamados a prosperar toda vez que el Distrito Capital notificado del laudo no solicitó su aclaración o corrección sobre los aspectos en que se fundamenta el recurso.”*; dijo:

*“En este caso, dentro del término legal, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la notificación – art. 160 del Decreto 1818 de 1998 -, la convocada y recurrente no solicitó aclaración y corrección, para poner en conocimiento de los árbitros los puntos que ahora cuestiona, esto es, contradicción entre los numerales Sexto y Séptimo y entre el Tercero y Sexto de la parte resolutive, así como la supuesta existencia de un error aritmético relacionado con el monto de la condena.”*

ii) El cargo sustentado en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (art. 38 del Decreto 2279 de 1989) no está configurado porque de conformidad con lo previsto en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 y con lo señalado ampliamente por la Sección Tercera del Consejo de Estado los árbitros sí tienen competencia para decidir sobre la nulidad de los contratos. Agregó el señor Procurador Delegado lo siguiente:

*“Se destaca además que ese tema estaba incluido dentro de la Cláusula Compromisoria pactada por las partes, en la cual sólo se habían excluido las diferencias relativas a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, por lo que podían someterse al arbitramento todas las restantes diferencias que surgieran con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato.”* (fols. 609 a 635 c. ppal.).

7. La Consejera de Estado Doctora Ruth Stella Correa manifestó su impedimento para conocer del presente proceso, con fundamento en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del C. P. C. (fol. 637 ss. c. ppal.).

## II CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer y decidir el asunto de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 numeral 5 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que el contrato fuente de las obligaciones en litigio es de naturaleza estatal, porque fue suscrito por el Distrito Capital de Bogotá D.C.

### **1. El contrato fuente del litigio.**

El 22 de diciembre de 2003, la Unión Temporal Mavig Deprocon y el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación del Distrito – Unidad Ejecutiva de Localidades UEL – Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, celebraron el contrato de obra UEL – SED-04 -131/00/03, en virtud del cual *“el contratista se compromete con el fondo a efectuar los diseños y/o ajustes a las consultorías, actualización de cantidades de obra y presupuestos, ejecución de obras necesarias para la ampliación y mejoramiento de las instalaciones Educativas Distritales Juan Evangelista Gómez y CADS de la localidad de San Cristóbal de la Ciudad de Bogotá D. C.”*<sup>1</sup>

En el proceso arbitral se afirmó que la cláusula compromisoria se pactó así:

*“CLAUSULA VIGESIMA CUARTA. Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacciones, y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”.*

### **2. Consideraciones de la Sala respecto de la denominada “cláusula compromisoria” en el caso concreto.**

La Sala considera procedente realizar un análisis sobre el valor jurídico de la anterior cláusula vigésima cuarta del contrato de obra UEL – SED-04 -131/00/03, con fundamento en la cual se conformó el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral impugnado.

---

<sup>1</sup>Fol. 1297, c. 1.

Previamente se explicará la regulación normativa de la cláusula compromisoria, para destacar sus elementos esenciales, formales y sustanciales.

## **2.1 La cláusula compromisoria.**

El artículo 116<sup>2</sup> de la Constitución Política establece respecto del arbitramento:

*“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”.*

Para habilitar a los árbitros que habrán de proferir los fallos a que alude la precitada disposición, la ley reguló el pacto arbitral que puede estar contenido en el contrato fuente de las obligaciones en litigio o en documento anexo.

El artículo 70 de la Ley 80 de 1993, compilado por el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998, consagró la posibilidad de que las partes de un contrato estatal pacten la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias o conflictos que pudieren surgir por razón o con ocasión de la celebración, la ejecución, el desarrollo, la terminación o la liquidación del contrato.

De igual manera, el artículo 116 de la Ley 446, compilado en el artículo 118 del Decreto 118 de 1998, define la *“cláusula compromisoria”* como *“el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”*, al tiempo que el párrafo de la misma norma legal estableció que la cláusula compromisoria es autónoma en relación con la existencia y la validez del contrato del cual forma parte.

De conformidad con lo previsto en la ley, el pacto arbitral –bien en la modalidad de *cláusula compromisoria* o bien en la alternativa del *compromiso*–, constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independiente del contrato mismo que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos.

---

<sup>2</sup> Modificado. A. L. 03/2002, art. 1.

La formalidad documental del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, en la primera de las cuales para definir la “*cláusula compromisoria*” se precisó que por tal ha de entenderse “... *el pacto contenido en un contrato o documento anexo a él...*” y, en la segunda, al regular aspectos propios del “*compromiso*”, se dispuso que “*podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante*”.

Advierte por tanto la Sala que la ley prevé un requisito formal, que corresponde a la esencia misma del pacto arbitral - cláusula compromisoria o compromiso - que consiste en su forma documental, sin que sea dable entender que el correspondiente acuerdo de voluntades deba constar necesariamente en un solo documento, pues la ley admite la posibilidad de que esté contenido en varios documentos<sup>3</sup>.

Se precisa además que el pacto arbitral que tenga por objeto someter a la decisión de un Tribunal Arbitral las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato estatal, exige para su existencia de la forma escrita<sup>4</sup> puesto que esta es la solemnidad que la ley prescribe para el perfeccionamiento de los contratos estatales.

En efecto, el artículo 39 de la Ley 80, proferida en 1993, dispone, de manera general, que “[l]os *contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito*”, al tiempo que el artículo 41 del mismo Estatuto de Contratación Estatal exige para el perfeccionamiento de los contratos estatales, *i*) que entre las partes se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y *ii*) que ese acuerdo se eleve a escrito, es decir que la existencia del contrato se encuentra sujeta a la forma escrita (*forma dat esse rei*), la cual, por tanto, reviste un valor *ad substantiam actus*, cuestión que, a su turno, determina que la misma constituye, respecto de esa clase de contratos, un valor *ad solemnitatem*.

Ese requisito, como se explicó, se entiende cumplido aunque las partes definan este acuerdo 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*

---

<sup>3</sup> 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*”.

<sup>4</sup> Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

*esa propuesta responde, mediante otro escrito diferente, aceptando de manera incondicional el contenido sometido a su consideración.”*<sup>5</sup>

Incluso la Sala ha precisado que resulta plenamente eficaz la cláusula compromisoria que se encuentre contenida únicamente en el pliego de condiciones, en el entendido de que *“éste consta por escrito y su contenido, una vez puesto a consideración de los interesados, se convierte en obligatorio para la entidad y para los participantes, en cuanto se erige en la ley de la licitación o del concurso y en la ley del contrato, puesto que entra a formar parte de él, a tal punto que sus previsiones o exigencias han de servir también para interpretar las cláusulas del contrato, desentrañar su sentido o definir sus divergencias.”*<sup>6</sup>

En cuanto a los elementos esenciales que tocan con el fondo o el contenido del pacto arbitral – en especial en la modalidad de cláusula compromisoria - la Sala mediante el análisis de la regulación legal del arbitramento precisa que ellos se encuentran integrados por: *i)* la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; *ii)* la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y *iii)* la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Resulta ilustrativo tener en cuenta que la ley consagra y a la vez exige como elemento de la esencia de todo contrato el concurso de voluntades de, al menos, dos personas; así, el Código Civil prevé que *el concurso real de las voluntades de dos o más personas da origen al contrato*<sup>7</sup>, como también que el **contrato es** *“el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna una cosa”*<sup>8</sup>, definición que concuerda con aquella que contiene el Código de Comercio que concibe dicha figura como *“un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”*<sup>9</sup>.

Cabe igualmente señalar que la identificación del contrato fuente de las obligaciones en litigio que debe estar contenida en el pacto arbitral, generalmente

---

<sup>5</sup> Así lo precisó la Sala, entre otras, en sentencia 32871 proferida el 4 de diciembre de 2006, actor: Consorcio Lar.

<sup>6</sup> Así lo precisó la Sala, entre otras, en sentencia 32871 proferida el 4 de diciembre de 2006, actor: Consorcio Lar.

<sup>7</sup> Art. 1494 del C.C.

<sup>8</sup> Art. 1495 del C.C.

<sup>9</sup> Art. 864 C. de Co.

comprende las relaciones jurídicas vinculadas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la ley 80 de 1993, lo cual no obsta para que las partes puedan limitar expresamente su decisión a determinadas o específicas materias contractuales.

Ahora bien, la cláusula compromisoria debe contener de manera clara e inequívoca el objeto que identifica legalmente al arbitraje y que consiste en la decisión de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato. Sin este *objeto* el acuerdo de voluntades no produce un pacto arbitral, éste no nace a la vida jurídica, pues el efecto principal de la cláusula arbitral consiste en sustraer del conocimiento del juez natural un litigio contractual, para someterlo al juzgamiento de la denominada justicia arbitral.

Ciertamente, el arbitramento se encuentra regulado por normas imperativas que determinan sus elementos esenciales, esto es los requisitos de los cuales pende su existencia y su validez, dentro de las cuales está a la cabeza el precitado artículo 116 de la Constitución Política que autoriza la posibilidad de que los particulares cumplan transitoriamente *“la función de administrar justicia”, siempre que sean habilitados por las partes “en los términos que determine la ley...”*.

Y la ley estableció, además de los requisitos formales ya explicados, que mediante el pacto arbitral las partes consienten en someter la solución de un conflicto transigible a un *“Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”*<sup>10</sup>.

Así se infiere también de la definición de la cláusula compromisoria contenida en el primer inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

*“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, terminación o liquidación.”*

---

<sup>10</sup> Artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el inciso 1º del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.

Así pues, la voluntad o mejor el consentimiento de las partes en el sentido de someter “a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir”, se erige por tanto en un elemento definido por el legislador en forma imperativa, que constituye un elemento esencial del pacto arbitral, sin el cual no es posible concebir o admitir su existencia.

En este punto resulta ilustrativo tener en cuenta lo explicado por la Sala acerca de los elementos esenciales del negocio jurídico y de sus diferencias con otros de sus elementos:

*“Desde el punto de vista específico, los elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que la previenen, so pena de inexistencia o conversión (artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio); los elementos naturales, constituyen el contenido de suyo integrante del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que las mismas, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establecen, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio; y los elementos accidentales, esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente.”<sup>11</sup>*

*Es decir, a la conducta dispositiva de intereses, las partes pueden agregar todas las cláusulas que estimen pertinentes, a condición de sujetarse para su existencia al mínimo legal impuesto (elementos esenciales del contrato, su definición, naturaleza y función característica), y en tal virtud, podrán adicionar y aún suprimir los efectos jurídicos producto de la naturaleza del contrato y añadir nuevas condiciones en cláusulas expresas y accidentales, que deben respetar para su validez las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, so pena de invalidez y a riesgo de declaratoria de nulidad por parte del juez del contrato.”<sup>12</sup> (Se subraya ahora).*

---

<sup>11</sup> Paralelo a los elementos del contrato se predica del administrativo su contenido, que puede ser natural, implícito o eventual, el cual comparado con sus elementos, le vienen parecidos, como quiera que “el contenido natural es aquel que es propio y específico del contrato de que se trate y que lo distingue de los demás contratos administrativos”, de existencia imprescindible, ya que de otro modo se estaría frente a otro tipo de negocio jurídico. El contenido implícito “es aquel que sin estar expresamente mencionado en el contrato igual lo integra, por resultar de las normas del derecho vigente que lo rigen” y el eventual el “que puede incluirse o no en el contrato, según lo resuelvan las partes en cada caso”. Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Vol. I., 1977, pág. 171.

<sup>12</sup> Sentencia 15052 proferida el 8 de marzo de 2007; CP. Dra Ruth Stella Correa P.

Igualmente relevante se estima reiterar las consideraciones que realizó la Sala en sentencia proferida el 22 de julio de 2009 acerca de la inexistencia del contrato y su regulación en el derecho colombiano:

*“5.1. La inexistencia en el Código de Comercio.*

*Así aparecen definidos los elementos de esta figura, en el inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio:*

*“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.*

*Tal como lo refleja con claridad el texto legal transcrito, la ley comercial consagra causales genéricas para que proceda la sanción de inexistencia en relación con el que entonces, en estricto rigor, no habrá pasado jamás de ser un ‘proyecto de acto o contrato’, un ‘pretendido acto o contrato’, un ‘contrato putativo o aparente’; es decir, un ‘devenir acto o contrato’, así:*

*i).- La ausencia de solemnidades sustanciales que la ley exija para la formación de los correspondientes actos o contratos, exigencia que debe encontrarse establecida en atención a los mismos.*

*ii).- La falta de alguno de los elementos esenciales del respectivo acto o contrato.*

*Acerca de la primera causal referida hay lugar a comentar, de un lado, que a la configuración de la misma habrá lugar, exclusivamente, cuando las partes interesadas hubieren dejado de observar o cumplir aquellas formalidades ad substantian actus exigidas por la ley para la formación del correspondiente acto o contrato, de suerte que no será pertinente invocar la aplicación de esa norma cuando las que se echen de menos sean formalidades ad probationem, esto es las consagradas con fines eminentemente probatorios, mas no de existencia.*

*Ahora bien, en cuanto corresponde a la ausencia de formalidades sustanciales –que no ad probationem–, que para la formación de un determinado acto o contrato hubieren convenido las propias partes y, por tanto, no se tratare de aquellas exigidas por la **ley**, es importante precisar que si bien en ese caso también podría predicarse la inexistencia del respectivo acto o contrato, ello lo sería por la configuración de la causal segunda (ausencia de elementos esenciales del acto o contrato) y no a partir de la aquí comentada causal primera del aludido artículo 898 del C. de Co., puesto que es claro que ésta se contrae, únicamente, a la inobservancia de “... solemnidades sustanciales que la **ley** exija ...”.*

*Por último, acerca de la aquí denominada causal primera de inexistencia, se impone precisar que a su aplicación habrá lugar sólo en cuanto la señalada ausencia de formalidades sustanciales exigidas por la ley corresponda a aquellas solemnidades que hubieren sido establecidas en atención a la naturaleza del correspondiente acto o contrato, cuestión ésta que excluye de plano los demás requisitos que, aunque determinados por la propia ley, se hubieren consagrado en razón al estado o calidad de las partes que intervienen en su celebración.*

*Por lo que se refiere a la segunda causal de inexistencia de los actos o negocios jurídicos, esto es la ausencia de alguno de los elementos esenciales del correspondiente acto o contrato, vienen a propósito dos comentarios, que no por obvios carecen de importancia, a saber:*

*En primer lugar es claro que a la aplicación de la figura en mención (inexistencia), habrá lugar cuando falte uno cualquiera de los correspondientes elementos esenciales, sin que para ese efecto deba predicarse la inobservancia concurrente, simultánea o sucesiva de todos los elementos esenciales o de varios de ellos.*

*En segundo lugar, es igualmente claro que las consecuencias de la comentada inexistencia para el mundo jurídico podrán derivarse tanto i) en los casos en los cuales al proyectado acto o contrato le falte uno cualquiera de los requisitos de existencia, es decir aquellos que tienen el carácter de esenciales frente a todo acto o contrato, esto es el **objeto, la voluntad o el consentimiento** o las **solemnidades sustanciales** –elemento este último cuya ausencia en buena medida el legislador mercantil instituyó como la ya referida causal primera-, como ii) en los casos en los cuales falte alguno de los elementos esenciales específicos del correspondiente acto o contrato, tal como ocurre con el precio para los contratos de compraventa, el carácter gratuito que tendrá el uso de las cosas para los contratos de comodato, etc., evento este último en el cual, oportuno resulta anotar, la ausencia de uno o varios de tales elementos esenciales específicos no necesariamente impedirá la generación de efectos jurídicos, puesto que la inexistencia del correspondiente acto o contrato particular cuya celebración perseguían las partes bien podría derivar, si su **conversión** fuere posible, en otro acto o contrato totalmente diferente al inicialmente contemplado<sup>13</sup>.*

## *5.2. La inexistencia en el Código Civil.*

*En el Código Civil la inexistencia jurídica de los actos o contratos no se encuentra consagrada y menos definida en la forma expresa y sistemática en*

---

<sup>13</sup> Acerca de las distinciones anotadas entre los requisitos de existencia o elementos esenciales de carácter general de los contratos por un lado y, por otro, los elementos de la esencia de carácter específico o sustanciales de cada acto o contrato, se ilustra adecuadamente en la obra ya citada de los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en cuya página 431, por ejemplo, se lee:

*“En el mismo orden de ideas, al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precisados (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requerida ad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales respecto de él, pues de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto diferente. Por ejemplo, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero (art. 1849). Por tanto, son esenciales en el contrato de compraventa: la existencia, a lo menos potencial, de determinada cosa vendida, de la cual depende la posibilidad de la obligación a cargo del vendedor de hacer tradición de la cosa (arts. 1869 y 1870), y la determinación del precio (art. 1864). Faltando cualquiera de estos elementos esenciales el acto “no produce efecto alguno”, “no habrá venta”, según expresamente lo declara el Código Civil. (...).*

*“De lo expuesto se concluye que la falta de los requisitos esenciales genéricos de todos los actos jurídicos, produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos, al paso que la falta de los requisitos, también esenciales pero específicos de cada acto en particular, si bien impide la existencia de este como tal acto particular, puede no aniquilar totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente”.*

que lo hace el Código de Comercio, sin embargo ello no resulta óbice para reconocer que la misma campea y opera en la regulación de los actos y contratos de estirpe eminentemente civil.

Si bien un importante sector de la doctrina nacional estima, de manera seria y razonada, que en el Código Civil no tiene cabida la figura de la inexistencia<sup>14</sup>, sobre la base de considerar que esa codificación se limitó a establecer, a desarrollar y a regular el régimen de nulidades de los actos o contratos como único propósito para sancionar los vicios o los defectos que pudieren afectarlos, con lo cual habría eliminado por completo cualquier espacio para la figura de la inexistencia, resultan más convincentes y contundentes los argumentos de quienes<sup>15</sup> consideran que en el ordenamiento civil hay cabida suficiente para establecer la distinción entre esas instituciones, la inexistencia por un lado y la nulidad por el otro, comoquiera que dicha diferenciación surge con claridad no sólo en los terrenos conceptual y filosófico –donde tal diferencia es evidente–, sino en el sentido y en el texto mismo de las normas que, por aparte, se ocupan de tales fenómenos.

En efecto, mientras el régimen de nulidades se encuentra consignado, principalmente, en los artículos 1740 a 1756, en otros apartes totalmente distintos de la misma codificación Civil y con las consecuencias propias de la inexistencia jurídica, se regulan aspectos o materias diferentes de aquellas, así:

➤ En el artículo 1501, al determinar cuáles son los diversos elementos de cada contrato, de manera indiscutible la ley hace referencia expresa a aquellos de la esencia o esenciales, cuya identificación la realiza señalando que son aquellos “... sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; ...”.

Esa disposición legal resulta suficiente para sostener que la ley civil consagró una causal genérica de inexistencia de los actos o negocios jurídicos –no prevista en los artículos 1740 y siguientes como causal de nulidad–, consistente en la ausencia de los elementos esenciales del respectivo acto o contrato, la cual, incluso, podría considerarse fuente de inspiración del comentado inciso 2º del artículo 898 del estatuto mercantil.

➤ El artículo 1760, al determinar que “[l]a falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en la que ley requiere esa solemnidad”, añade, sin lugar al menor equívoco, que en aquellos eventos en que se haya prescindido de tal solemnidad, los correspondientes actos o contratos “se mirarán como no ejecutados o celebrados”, lo cual evidencia entonces que si los pretendidos actos o contratos se tendrán como no celebrados es, precisamente, porque se tendrán como inexistentes.

---

<sup>14</sup> Entre importantes autores nacionales que consideran que la *inexistencia* resulta ajena a la regulación del Código Civil y que, por tanto, no tiene cabida dentro de sus instituciones, puede mencionarse el ilustre profesor Jaime Arrubla Paucar, tal como resulta de confrontar su obra “CONTRATOS MERCANTILES”, editada por Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín 1987, páginas 179 a 190.

<sup>15</sup> Entre los principales partidarios de la teoría de la *inexistencia* en las instituciones contractuales del Código Civil patrio se encuentran los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, según lo refleja el texto de su libro “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, publicada por Editorial Temis S.A., en Bogotá, D. C. año 2000, páginas 83, 84, 85 y 432 a 442.

➤ En el artículo 2081, al ocuparse de la regulación del contrato de sociedad, se determinaba que “[n]o hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común...”, y se agregaba, de manera categórica, que “[t]ampoco hay sociedad sin participación de beneficios”.

➤ A su turno, los artículos 1857, 2150, 2222, 2237, 2292 y 2411 del citado Código Civil se encargan de determinar, con total exactitud, a partir de qué momento o con el lleno de cuáles requisitos se han de tener por perfeccionados los contratos de compraventa, de mandato, de mutuo, de depósito, de renta vitalicia y de prenda, respectivamente; así pues, si la ley señala la forma en que esos tipos contractuales se perfeccionan, es decir que la ley marca el momento preciso a partir del cual tales contratos empiezan a existir para el mundo jurídico, claro es que de igual manera esa misma ley está señalando entonces que mientras dicho perfeccionamiento no se alcance los proyectados contratos que correspondan a dichos tipos no podrán reputarse como existentes.”<sup>16</sup>

En el entendido de que el pacto arbitral, en cualquiera de sus dos modalidades, es un verdadero negocio jurídico, lo expuesto a propósito de la inexistencia del contrato que es una de sus especies, le resulta claramente predicable.

En consecuencia, el pacto arbitral requiere para su existencia de la concurrencia de sus elementos esenciales, contenidos en la definición que, del arbitramento y del pacto arbitral, hizo el legislador. Y dentro de los cuales, como se explicó, está el objeto, el cual consiste en la decisión de someter el litigio, futuro o presente, al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, conformado con sometimiento a lo previsto por la ley.

Finalmente resulta importante subrayar que la existencia y la validez de la cláusula compromisoria no está condicionada por la eficacia o la existencia misma del contrato fuente de las obligaciones que habrían de dirimir los árbitros, de conformidad con lo previsto en el párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, según cuyo texto:

*“La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y de la 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.”*

---

<sup>16</sup> Expediente 16.106; actor: LUZ MARINA GONZALEZ V. Y OTRO.

Sobre el particular se han pronunciado en forma pacífica tanto la Corte Constitucional<sup>17</sup> y como esta Sección<sup>18</sup>, en el entendido de que la autonomía de la cláusula compromisoria que consagra la ley, determina la habilitación de los árbitros para decidir la controversia, aún en el evento de que el contrato objeto de su pronunciamiento sea nulo o inexistente.

## **2.2 La “cláusula compromisoria” en el caso concreto**

Tal como ya se explicó, en el proceso arbitral y en el laudo se afirmó que la cláusula compromisoria estaba contenida en la cláusula vigésima cuarta del contrato, según los siguientes términos:

*“Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacciones, y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”.*

Al efectuar el estudio de esa estipulación, la Sala encuentra que contiene los siguientes supuestos:

i) Si llegan a surgir, en el futuro, diferencias entre las partes con ocasión de la celebración, el cumplimiento o la liquidación del contrato, para dirimirlos las partes podrán acudir a la utilización –genérica, imprecisa, vaga, abstracta- de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como los que a título meramente enunciativo o de ejemplo se indican a continuación: arreglo directo, amigable composición, conciliación o la transacción, sin que haya claridad, precisión o determinación concreta y específica acerca de cuál de esos mecanismos será el aplicable y menos se definen condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas, cuestión que reduce la estipulación a una mera enunciación de opciones sin que el acuerdo pueda ser exigible coactivamente, lo cual lo torna en un acuerdo que no resulta vinculante para los contratantes.

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 20 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reitera el criterio jurisprudencial contenido en el Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>18</sup> Entre otras, el auto de 14 de agosto de 2003, Exp. 24344, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

ii) La otra parte de esa misma cláusula prevé que si tales diferencias eventuales llegaren, además, a tener el carácter de insalvables –cuestión que no es fácil desentrañar si dependerá del hecho de que no hubieren podido dirimirse o resolverse mediante la puesta en marcha de uno o varios de los mencionados “*mecanismos*” de solución ágil de conflictos previstos en la ley” o si podrán tener ese carácter de manera autónoma o independiente-, las partes prevén que sólo en ese momento, cuando surjan esas discrepancias insalvables, “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes*”, lo cual evidencia entonces que sólo en ese evento futuro procederán a pactar, convenir o celebrar el correspondiente pacto arbitral, cuestión que impide la exigibilidad de la cláusula y le elimina la generación de efectos vinculantes, para reducirla, por tanto, a un enunciado de propósitos comunes para hipótesis fácticas venideras.

Así las cosas la Sala advierte que la cláusula en estudio no contiene una decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que surjan entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, sino que se limita a prever que en el futuro, cuando se presenten o configuren diferencias insalvables, las partes “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitraje*”.

En estas condiciones ha de concluirse que el pretendido pacto arbitral en realidad **no existe** o, lo que es lo mismo, debe tenerse como **inexistente** para el mundo jurídico, porque la cláusula en estudio carece de uno de los elementos esenciales para ser considerado como un verdadero pacto arbitral, cual es el objeto que, según lo dispuesto por el legislador al definir la cláusula compromisoria, consiste en el acuerdo de voluntades inequívocamente encaminado a “*someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir*”<sup>19</sup>.

Nótese cómo resulta claramente diferente el acuerdo muto de las partes que definen, de manera precisa y vinculante, “*someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir*” entre ellas, según lo exige la ley, en contraste, como se da en el presente caso, con la formulación conjunta de un simple propósito futuro encaminado a señalar que cuando surjan las diferencias insalvables “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en*

---

<sup>19</sup> Artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

*las normas vigentes*”, tal como lo recoge la cláusula vigésima cuarta del contrato, lo cual incluye, a las claras, la opción, la posibilidad o la eventualidad de que en ese momento futuro esas mismas partes puedan disentir y, por tanto, no lograr el acuerdo mutuo que se requiere para que en ese entonces puedan válidamente celebrar un pacto arbitral y, por consiguiente, acudir a la justicia arbitral.

Mientras en el primer supuesto, el aludido consentimiento tiene por objeto someter a la decisión de árbitros la futura diferencia y ello supone, desde el momento de la suscripción de la cláusula compromisoria, la renuncia a la jurisdicción institucional o permanente, la cláusula en estudio se limitó a prever la posibilidad de que las partes, en el futuro, pudieran acudir “*de mutuo acuerdo al arbitramento*” cuando surjan las diferencias, por manera que –se reitera– sólo en ese momento se definirá si logran, o no, el acuerdo mutuo necesario para habilitar a la justicia arbitral y, por consiguiente, para poder acudir a ella de manera válida.

En ese sentido es claro también que para materializar dicha opción en el futuro, esto es la de acudir de mutuo acuerdo al arbitramento, cuando ya hayan surgido las diferencias insalvables, las partes podrían entonces celebrar un compromiso, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la ley 80 de 1993 que establece lo siguiente:

*“Del compromiso. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

*En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo”.*

En consecuencia, si las partes hubieren pactado una verdadera y definitiva cláusula compromisoria, entonces cualquiera de ellas habría quedado facultada para presentar la convocatoria o demanda arbitral para la conformación del Tribunal de Arbitramento, con el cumplimiento de las condiciones que prevé la ley, sin que para ello hubiere requerido contar previamente con el consentimiento de la otra parte o, lo que es lo mismo, no se habría necesitado sujetar su ejercicio al acuerdo mutuo previo de los contratantes; pero ante la inexistencia de la cláusula compromisoria es evidente que en este caso particular se requería, como las propias partes lo anticiparon explícitamente, de la celebración previa de un compromiso, en las condiciones que señaló el legislador.

Cabe destacar además que la cláusula compromisoria comprende diferencias que puedan surgir, esto es que aún no se han suscitado o futuras, en tanto que el compromiso regula diferencias existentes, actuales, esto es que se dan entre las partes, con lo cual se evidencia que esta regulación futura o presente se predica de las diferencias no de la decisión de someterlas al arbitraje.

Advierte igualmente la Sala que la examinada cláusula vigésima cuarta del contrato tampoco puede considerarse como una promesa de pacto arbitral, porque esta figura no resulta aplicable en el régimen legal del arbitraje.

En efecto, la promesa, en cuanto contrato preparatorio, puede explicarse como un negocio jurídico bilateral por virtud del cual los sujetos se obligan a celebrar un contrato futuro, que han definido plenamente; en ese entendimiento está llamada a generar obligaciones de hacer, consistentes en la celebración del contrato prometido y está regulada expresamente en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, derogatorio del artículo 1611 del Código Civil, en los siguientes términos:

*“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:*

- 1. Que la promesa conste por escrito*
- 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil.<sup>20</sup>*
- 3. Que la promesa contenga un plazo condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*
- 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*

*Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”*

De manera evidente se advierte la dificultad que comportaría la observancia del requisito contenido en el numeral 3 de la norma transcrita, respecto de una promesa de cláusula compromisoria o de compromiso, toda vez que las diferencias litigiosas pueden no presentarse o darse en una fecha incierta, con lo

---

<sup>20</sup> Se sostiene que la cita del art. 1511 es errada, en cuanto debió citarse el artículo 1502 que es el que contempla los requisitos para la validez de una obligación.

cual fácilmente fallaría o incluso se incumpliría el requisito relativo a la necesidad de fijar la época en que habría de celebrarse *el pacto arbitral*.

Sucede también que el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 4 implicaría incorporar la cláusula compromisoria en el documento contentivo de la pretendida promesa, con lo cual se excluiría la figura negocial de la promesa y se estaría frente a un verdadero pacto arbitral.

Añádase a lo anterior que la ley que regula el arbitraje no contempla la mencionada figura de la promesa de un futuro pacto arbitral, pues se ocupó únicamente de consagrar la cláusula compromisoria y el compromiso, a cuyo efecto estableció claros elementos que difícilmente podrían articularse con los que previó el legislador para la promesa de contrato.

Resulta ilustrativo tener en cuenta la siguiente reflexión que realizó la Sala al evaluar la posibilidad de entender pactada una promesa de pacto arbitral:

*“Advierte la Sala que en dicha estipulación no se contempló que sus efectos jurídicos estuvieren pendiendo de un nuevo acuerdo que tuvieran que celebrar o concretar las partes con el fin de decidir cuáles controversias serían sometidas a decisión de un Tribunal de Arbitramento o para pactar el correspondiente **compromiso**, casos estos en los cuales la cláusula no habría pasado de recoger una buena intención, sin efectos vinculantes para las partes, puesto que mientras no se obtuviere ese nuevo acuerdo expreso no se habría logrado el efecto de modificar la jurisdicción permanente asignada para conocer de las controversias que surgieren en relación o con ocasión del contrato correspondiente.”<sup>21</sup>(Se subraya ahora).*

En cualquier caso, aun si en gracia de discusión se admitiere la viabilidad de que el pacto arbitral pudiese ser objeto de un contrato preparatorio de promesa e incluso si en el evento concreto que ahora se examina se llegare a concluir que la estipulación acordada entre las partes correspondiere al tipo contractual de la promesa, aun así habría que puntualizar que dicha convención no podría tenerse como suficiente para habilitar a los árbitros, según lo exige perentoriamente el artículo 116 (inciso final) de la Constitución Política comoquiera que en el presente caso las partes nunca acreditaron la celebración, con efectos vinculantes, del pacto arbitral —ora en la modalidad de cláusula compromisoria, ora en la modalidad de compromiso—, por medio del cual se hubiere cumplido el aludido e hipotético contrato de promesa y, más importante aun, por cuya virtud se hubieren

---

<sup>21</sup> Sentencia 32871 proferida el 4 de diciembre de 2006, actor: Consorcio Lar.

generado, para el mundo del Derecho, los efectos que en el ordenamiento colombiano está llamado a producir un verdadero acuerdo de ese tipo.

Advierte igualmente la Sala que no es dable tomar en cuenta la actuación ex – post que de manera expresa o tácita, hubieren desplegado las partes para poder interpretar el contenido de la citada cláusula vigésima cuarta y poder entender con base en ello que la misma consagró una cláusula compromisoria, pues el pacto arbitral debe ser expreso, claro, solemne y, en todo caso, anterior a la convocatoria, a la integración y con mayor razón a la instalación del correspondiente tribunal de arbitramento, puesto que el pacto arbitral constituye causa y presupuesto indispensable e insustituible para la habilitación de los árbitros, por lo cual no puede considerarse, convertirse o tratarse como una consecuencia o un resultado de la integración previa del tribunal.

Se destaca además que en el presente caso el Distrito Capital, a través de la Secretaría de Educación y la Secretaría de Gobierno UEL – Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, interpuso recurso de reposición contra el auto N° 7 del 15 de agosto de 2002 por medio del cual el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia, con fundamento en que las partes del contrato *“nunca suscribieron un documento donde se señalara la voluntad de la administración de que por mutuo acuerdo acudirían al tribunal de arbitramento que hoy se adelanta<sup>22</sup>”*, comportamiento que excluye por completo la posibilidad de considerar que se hubiere concluido un acuerdo tácito o práctico de las partes acerca del alcance de la cláusula vigésima cuarta.

Por todo lo anterior la Sala considera que la citada cláusula vigésima cuarta del contrato no es una cláusula compromisoria, que resulta inexistente como tal porque carece de uno de los elementos esenciales y determinantes de su existencia, cual es su objeto.

### **3. La declaratoria de inexistencia del pacto arbitral**

La Sala se limitará a declarar que ha constatado la inexistencia de la cláusula compromisoria y, por ende, del laudo arbitral proferido el 16 de febrero de 2009 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el contrato UEL SED – 04 -131/00/03 celebrado el 22 de diciembre

---

<sup>22</sup> Fol. 301 c. ppal. N° 1.

de 2003 por la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON y el Distrito Capital de Bogotá.

Previamente encuentra relevante reiterar lo expuesto en sentencia proferida el 22 de julio de 2009 respecto de la inexistencia en la contratación estatal, en el entendido de que tales consideraciones son predicables del pacto arbitral, el cual, conforme se explicó, corresponde a un verdadero negocio jurídico unilateral:

*“En el régimen de contratación estatal la acogida de la figura de la inexistencia constituye asunto que no reviste dificultad alguna, por cuanto ello se encuentra fuera de toda discusión, independientemente de que las normas legales que regulan la materia no la hubieren consagrado, de manera expresa y sistemática, como sí lo hizo el Código de Comercio.*

*Ciertamente, son varios los caminos que llevan a concluir que la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos también resulta de recibo pleno en la contratación pública, así: en primer lugar cabe precisar que en cuanto al artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año de 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes para el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del estatuto de los comerciantes, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; por último, a este respecto, es posible sostener que idéntica razón legal cabe en relación con las normas legales comentadas que consagran o reconocen la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el estatuto de contratación civil, según se dejó comentado.*

*Robustece el fundamento de la conclusión que se deja expuesta la consideración ya indicada de que el artículo 87 del C.C.A., determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción '[c]ualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia ...'*

*Ahora bien, la consagración legal de la figura de la inexistencia genera dificultades incluso en el campo filosófico, puesto que concebida en abstracto conlleva un problema ontológico insoluble que traduce su problemática incluso al terreno lingüístico, puesto que en cuanto el **ser** (existir, tener entidad, haber algo) excluye la **inexistencia** (negación del ser, del existir, no haber algo, en fin, la nada), no resulta fácil entender siquiera expresiones que aparecen contradictorias en sí mismas, como aquellas que se utilizan para*

explicar cuándo hay inexistencia, o como reza el transcrito inciso 2º del artículo 898 del C. de Co., “será inexistente”, por lo cual debe puntualizarse que en el sentido utilizado por la ley, la figura mencionada únicamente tiene aplicación en el campo jurídico, en el cual cobra significado importante, no sólo por el reconocimiento positivo que mereció de parte del legislador sino por su alcance conceptual, el cual, como es obvio, impide que por el sólo transcurso del tiempo pueda tenerse por saneado el vicio que determinó su configuración o que el acto inexistente pueda ser objeto de ratificación expresa con efectos retroactivos, por la sencilla pero potísima razón de que el sólo paso del tiempo no convierte en existente lo que nunca ha existido y porque las partes no pueden ratificar en forma retroactiva un acto o contrato que jamás se ha perfeccionado.

Al margen de los interesantes y complejos debates que en la literatura especializada se han desarrollado acerca de la consagración o la aplicación de la inexistencia de los actos o negocios jurídicos, es posible indicar que a semejanza de lo que ocurre con la ineficacia propiamente dicha, el acto o contrato respecto del cual se predique el fenómeno de la inexistencia carecerá por ello mismo de efectos en el mundo del derecho, sin que para lograr ese cometido haga falta el pronunciamiento previo de algún juez o autoridad que lo declare, asunto que envuelve no pocas dificultades en materia procesal.”<sup>23</sup>

La Sala, en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 se pronunció también respecto de la inexistencia de la cláusula compromisoria, luego de establecer que sus elementos esenciales no estaban demostrados; explicó lo siguiente:

*“Se destaca entonces, el origen contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, 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.*

*Se dice que la voluntad de someterse a la justicia arbitral debe ser expresa, lo cual significa que no debe tenerse por existente por una simple remisión a las normas que regulan la materia, pues ello no es convenio, sino señalamiento de las normas que regulan un pacto celebrado o no. Si es expreso, no puede presumirse ni tenerse por existente por vía interpretativa. La remisión a las normas reguladoras podría tener aplicación para la forma de integración de un Tribunal, por ejemplo, mas no para su estipulación.*

(...)

*En la cláusula vigésima sexta se dispuso que las diferencias que surjan como consecuencia de dicho contrato sería dirimidas de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993.*

*Con fundamento en dicha cláusula el contratista estimó que existía claridad sobre el pacto arbitral y procedió el 26 de julio de 1999 a protocolizar ante la*

---

<sup>23</sup> Expediente16.106; actor: LUZ MARINA GONZALEZ V. Y OTRO

*Notaría Treinta y Tres de Santafé de Bogotá, un silencio administrativo positivo, mediante el cual insiste que el Distrito Capital aceptó presuntamente la conformación de un Tribunal de Arbitramento Técnico, puesto que transcurrieron más de tres meses de presentada la petición para la integración del Tribunal y la entidad guardó silencio.*

(...)

*(...) las partes no solo están facultadas para pactar la cláusula compromisoria, sino que el acuerdo debe ser expreso, de tal manera que no haya equívoco en la intención de someter sus diferencias a una decisión arbitral.*

*Pero, en el caso concreto lo cierto es que las partes contratantes se limitaron a señalar el artículo 68 de la Ley 80 como una posibilidad de buscar mecanismos para solucionar sus conflictos. La ambigüedad de la cláusula así redactada, no conduce a deducir inequívocamente la existencia del pacto arbitral.*

(...)

*Además, la eficacia de la pretendida cláusula compromisoria no puede configurarse mediante el mecanismo del silencio administrativo, ni la ley ha previsto dicha posibilidad; tampoco depende su incorporación del desarrollo del contrato. Corresponde, a la voluntad de las partes apartarse de la jurisdicción competente, para someter un conflicto a decisión de jueces particulares, conforme lo autoriza el artículo 116 de la Carta Política, reglamentado por el decreto Ley 2279 de 1989 y la Ley 446 de 1998. De ser así, no existe norma que consagre la figura del silencio administrativo positivo para que se presuma la aceptación de la cláusula compromisoria y se proceda a conformar el Tribunal de Arbitramento.”<sup>24</sup>*

De conformidad con lo anterior la Sala precisa que como la inexistencia del pacto arbitral en el presente caso está claramente configurada por la ausencia de uno de los elementos esenciales de la Cláusula Compromisoria, se impone concluir que la cláusula vigésima cuarta del contrato no produjo el efecto de habilitar a los particulares para decidir un litigio contractual, mediante el ejercicio de la función de administrar justicia.

En consecuencia el denominado *laudo arbitral* no detenta esta condición, porque no consiste en una providencia proferida por un Tribunal de Arbitramento constituido de conformidad con la ley.

Así lo consideró la Sala cuando encontró inexistente el pacto arbitral con fundamento en el cual se había adelantado un supuesto proceso arbitral que

---

<sup>24</sup> Expediente 18063; Actor: José Fernando Suárez Vanegas; CP: Jesús María Carillo.

culminó con un aparente laudo arbitral contra el cual se interpuso el recurso de anulación; se dijo entonces:

*“Solo en los casos previstos por la norma procede la nulidad del laudo arbitral, pero siempre partiendo de la base sobre la existencia de la cláusula compromisoria; en cuyo, caso la Sala comparte los planteamientos de la Procuraduría Delegada en cuanto estimó que ante la inexistencia del pacto arbitral lo propio es concluir que el laudo proferido el 4 de Febrero del 2000 por el Arbitro Técnico Independiente es ineficaz, puesto que este último no tenía competencia para ello y carecía de jurisdicción para resolver la controversia.*

*La falta de competencia y jurisdicción para proferir la providencia judicial conduce indefectiblemente a concluir que incurrió en una arbitraria violación de las normas jurídicas superiores e incurrió en una vía de hecho.”<sup>25</sup>*

#### **4. Conclusión**

En consideración a que en el presente caso se ha verificado de manera fehaciente la inexistencia del pacto arbitral y, por ende, del laudo arbitral, resulta imposible adelantar el examen que sobre su legalidad se propone en el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada.

Por lo anterior, la Sala declarará la inexistencia del pacto arbitral y se abstendrá de pronunciarse respecto de la deprecada nulidad del que en apariencia es el laudo recurrido.

#### **5. Impedimento.**

La señora Consejera de Estado doctora Ruth Stella Correa Palacio manifestó su impedimento para conocer del proceso de la referencia con fundamento en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil<sup>26</sup> comoquiera que su hermana “*Gloria Zady Correa Palacio, rindió dictamen dentro del trámite arbitral de la referencia*”.

---

<sup>25</sup> Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001; expediente 18063; Actor: José Fernando Suárez Vanegas; CP: Jesús María Carillo.

<sup>26</sup> “*Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso*”.

Dado que evidentemente la hermana de la señora Consejera Ruth Stella Correa Palacio fue quien en su condición de experta en ciencias contables rindió dictamen en el proceso arbitral<sup>27</sup> dentro del cual se profirió el que se pretendió tener como laudo respecto del cual se interpuso el recurso de anulación objeto de esta providencia, la Sala procederá a aceptar el impedimento en consideración a que en este caso se configura el supuesto de hecho de la causal invocada.

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

### **FALLA**

**1. ACEPTASE** el impedimento de la señora Consejera de Estado doctora Ruth Stella Correa Palacio, para conocer del presente proceso.

**2. DECLARASE** que se ha constatado la **inexistencia jurídica** tanto de la que se pretendía tener como CLAUSULA COMPROMISORIA, contenida en la cláusula vigésima cuarta del contrato UEL SED – 04 -131/00/03 celebrado el 22 de diciembre de 2003 por la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON y el Distrito Capital de Bogotá, como del que se pretendió tener como laudo arbitral, fechado el 16 de febrero de 2009.

**3.** Como consecuencia de la anterior declaración la Sala se abstiene de efectuar pronunciamiento alguno sobre el recurso propuesto por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE y DEVUELVA.**

---

<sup>27</sup> El experticio obra en los cuadernos de pruebas números 3 y 6.

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

**ENRIQUE GIL BOTERO**