

CONFLICTO DE COMPETENCIAS - Jurisdicción Contenciosa y Justicia Arbitral / JUSTICIA ARBITRAL Y JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Conflicto de competencia / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - Conflicto de competencia / CONFLICTO DE COMPETENCIA - Entre Tribunal de Arbitramento y Tribunal Administrativo

Encuentra la Sala que a pesar de que se considere que el Tribunal de Arbitramento constituye una jurisdicción distinta a la contencioso administrativa, y que por tanto existe un verdadero conflicto de jurisdicción y no de competencia, con el fin de no generar mayores traumatismos y garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia de la parte actora, se definirá este asunto como si se tratara de un conflicto de competencia. Así las cosas, es esta Sección la competente para dirimir el conflicto, en conformidad con el artículo 12 de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, que modificó el numeral 1° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y adicionó un párrafo, según el cual corresponde a cada Sección del Consejo de Estado de acuerdo a su especialidad, dirimir los conflictos de competencia surgidos “entre los Tribunales Administrativos, entre Secciones de distintos Tribunales Administrativos, entre los Tribunales y Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pertenecientes a distintos distritos judiciales administrativos y entre Jueces Administrativos de los diferentes distritos judiciales administrativos”. En consecuencia, corresponde a la Sección Tercera de esta Corporación resolver el conflicto negativo de competencia surgido con ocasión de la acción contractual instaurada por el consorcio L&A, que se suscitó entre el Tribunal de Arbitramento y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CLAUSULA COMPROMISORIA - Fue pactada en el pliego de condiciones / CLAUSULA ARBITRAL - Hace parte integral del contrato porque se pactó en el pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Prevalece sobre el contrato ante una eventual diferencia entre el pliego y el contrato

Como bien se advirtió, esta Sala ya se había pronunciado sobre este asunto y definió que el competente para conocer del proceso era el Tribunal de Arbitramento, en consideración a que la cláusula arbitral que se estableció en el pliego de condiciones hace parte integral del contrato, incluso porque en una eventual diferencia entre el pliego y el contrato, primaba aquél. A pesar de que en el contrato no se pactó expresamente la cláusula compromisoria, la misma sí fue establecida en el pliego de condiciones, el cual hace parte del contrato según lo ha dicho esta Sección en reiteradas oportunidades, razón por la cual existe una cláusula que es válida y que permite deducir que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento, que desde el inicio de esta actuación fue convocado para dirimir las controversias suscitadas entre el consorcio L&A y el IDU con ocasión del contrato 432 de 1999. Así lo dispuso el mencionado auto de 13 de diciembre de 2007 [Exp. No. 33.795] proferido por esta Sección, el cual en esta oportunidad se reitera en su integridad por cuanto ya había definido en este caso concreto este tema, para radicar en el Tribunal de Arbitramento la competencia para conocer de este asunto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Es el competente porque dentro del pliego de condiciones se estableció cláusula la compromisoria / CLAUSULA COMPROMISORIA - Hace parte integral del contrato

En este sentido, como quiera que en el pliego de condiciones se estableció una cláusula compromisoria con la finalidad de acudir al Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias que se presentaren entre las partes en el evento en que

no las pudieren solucionar a través de los mecanismos de arreglo directo, y esta cláusula hace parte integral del contrato 432 de 1999, resulta evidente que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento, máxime si se tiene en cuenta que la parte actora escogió desde el inicio del trámite acudir al procedimiento arbitral para solucionar sus controversias con la entidad demandada. Por otra parte, vale destacar que el consorcio L&A presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, convocatoria para que se adelantara el proceso arbitral con el fin de que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 432 de 1999 celebrado entre el IDU y el citado consorcio, el 5 de noviembre de 2002, razón por la cual es esta fecha la que se debe tener en cuenta para contabilizar los términos de caducidad, por cuanto desde el inicio el actor acertó en acudir al trámite arbitral para dirimir sus controversias. En consecuencia, es un Tribunal de Arbitramento el llamado a conocer el presente asunto y por ello se ordenará remitir el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá donde fue presentada inicialmente para que el convocante si a bien lo tiene promueva el trámite arbitral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01347-01(33795)

Actor: CONSORCIO L & A

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU

Referencia: CONFLICTO DE COMPETENCIA

Procede la Sala a definir el conflicto negativo de competencia surgido entre un Tribunal de Arbitramento y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para conocer de la demanda contractual instaurada por el consorcio L & A contra el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 5 de noviembre de 2002, el consorcio L&A, presentó convocatoria para que se adelantara un proceso arbitral, con el fin de que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 432 de

1999 celebrado entre el IDU y el citado consorcio “1. por la mayor permanencia en obra ocurrida como consecuencia de la solemnización de los contratos adicionales, de las suspensiones del contrato, del plazo excesivo que se tomó el IDU para aprobar los diseños (...); 2. por haber sido mayores las dimensiones y alcances de los diseños ejecutados por el consorcio, que los contemplados en la propuesta y el contrato; 3. por las moras en el pago en la cancelación del saldo del contrato; 4. por el no pago en los ajustes en las cuantías a que mi mandante tiene derecho”, y que como consecuencia se restableciera el equilibrio de la ecuación económica del contrato y se le pagara al contratista la suma de \$560'197.100,6 por los sobrecostos sufridos por el consorcio como consecuencia de la mayor permanencia en obra, la suma de \$41'867.088,48 por las mayores cantidades de los diseños, la suma de \$171'000.000 por el lucro cesante por la demora en el pago del monto debido por el IDU al contratista, y la suma de 134'149.888 por los ajustes a los precios unitarios.

2. La convocatoria para que se adelantara un proceso arbitral se fundamentó por la convocante en los siguientes hechos:

Que previa licitación pública, el IDU y el contratista celebraron el contrato de obra No. 432 para la realización del diseño y la construcción de los accesos a barrios y pavimentos de la localidad de Engativa en Bogotá con un plazo de 10 meses. Que tanto en la cláusula vigésimo primera del contrato como en el numeral 5.11 de los pliegos de condiciones, se estipuló la cláusula compromisoria y con fundamento en ella se presentó esta solicitud.

Sostuvo que se presentaron prórrogas, suspensiones y demoras en la ejecución del contrato que fueron imputables a la entidad demandada y que significaron para el contratista un incremento en los costos indirectos (AIU) los cuales no fueron compensados por el IDU, lo que generó un desequilibrio económico de las cargas del contrato en perjuicio del consorcio. Finalmente afirmó que las partes del contrato suscribieron un acta de liquidación, en la cual el IDU aceptó deberle al contratista unas sumas de dinero las que hasta la fecha de presentación de la demanda no había cancelado.

3. El 23 de mayo de 2005 el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre el consorcio L&A y el IDU, declaró fracasada la audiencia de conciliación y rechazó la solicitud de convocatoria porque este asunto

no era de su competencia en consideración a que no se había pactado la cláusula compromisoria en el contrato, y a que a pesar de que en el pliego de condiciones se hubiere establecido que las diferencias serían dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, consideró que se trataba de un acto de naturaleza unilateral que tiene por objeto señalar las condiciones del contrato y que sirve para interpretar la voluntad de las partes cuando las cláusulas en él estipuladas sean oscuras, ambiguas o incompletas, pero que no puede reemplazar las estipulaciones expresamente pactadas en el contrato, y menos puede prevalecer lo expresado en el pliego sobre lo que las partes de común acuerdo estipularon en el contrato.

Sostuvo que en el contrato expresamente las partes pactaron que para resolver sus diferencias acudirían a los mecanismos de solución directa de las controversias previstos en el capítulo VIII de la Ley 80 de 1993, y que la cláusula compromisoria no constituye un mecanismo de solución directa. Agregó que en los eventos en que la jurisprudencia ha señalado que el pliego de condiciones constituye ley del contrato que no puede modificarse al celebrarse el contrato, se refiere al objeto del mismo pero no a las cláusulas accidentales como la compromisoria, de manera que la no inclusión de dicha cláusula en el contrato a pesar de que había sido prevista en el pliego de condiciones, en nada afectaba los derechos del contratista, dado que podía acudir a resolver sus controversias ante la jurisdicción ordinaria.

Finalmente dispuso el rechazo de la demanda en los términos del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil por carecer “de jurisdicción o competencia” y ordenó el reenvío de las diligencias al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

4. La decisión anterior se notificó en estrados. La entidad convocante interpuso recurso de reposición en su contra, por considerar que la sentencia invocada por el Tribunal para fundamentar su decisión establece que las modificaciones establecidas en el pliego de condiciones debe estar precedida de una situación sobreviviente que justifique la modificación de las normas reguladoras del proceso licitatorio, y que en este caso no se ha establecido ninguna circunstancia excepcional sobreviviente que autorice al IDU a modificar las condiciones establecidas en la oferta pública del pliego, y por tanto no se podían alterar las normas que fueron el marco del contrato dentro del citado pliego.

Señaló que el pliego de condiciones no puede ser modificado por la voluntad de la entidad contratante y del adjudicatario del contrato porque ello comporta una clara violación del artículo 24 de la ley 80 de 1993 reguladoras del proceso licitatorio, y consideró que las normas del pliego de condiciones deben ser respetadas dado que sólo así se garantiza el cumplimiento de los principios de la contratación estatal pues de lo contrario podría “adjudicarse de una manera para luego contratarse de otra”.

Agregó que en el capítulo VIII de la ley 80 de 1993 citado en la cláusula vigésima primera del contrato, se establecen los mecanismos de solución de controversias dentro de los cuales se incluyen los tribunales de arbitramento, de manera que en dicha cláusula se está ratificando la posibilidad de acudir a dicho tribunal en busca de la solución de conflictos en concordancia con el pliego de condiciones.

El Tribunal no repuso la decisión por considerar que el adjudicatario pudo haber reclamado al momento de suscribir el contrato que se incluyera la cláusula compromisoria, o haberse negado a suscribirlo si la estimaba imprescindible, pero que era un tema que se debió haber resuelto en el momento de firmar el contrato. Afirmó que el pliego es un acto unilateral en tanto que el contrato es un acto bilateral que recoge el acuerdo de voluntades de quienes se presumen capaces de expresarlo y que si la cláusula arbitral no se pactó en el contrato, no se podía deducir su existencia de lo que expresó la contratante en el pliego de condiciones.

5. Mediante oficio de 25 de mayo de 2005 el Secretario del Tribunal de Arbitramento remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Reparto) para que dirimiera el litigio suscitado entre el Consorcio L&A y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

En escrito presentado por la parte actora y dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de junio de 2005, manifestó que el competente para conocer del asunto era el Tribunal de Arbitramento, como quiera que si bien el pliego de condiciones era un acto unilateral de la administración, lo cierto es que en el momento de presentarse la oferta por parte del licitante, éste decide someterse a sus términos lo cual convierte este acto en bilateral dado que ha sido aceptado por uno o mas de los destinatarios de la oferta pública. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación el pliego de condiciones prevalece sobre las cláusulas del contrato.

Que como quiera que prevalece lo estipulado en el pliego de condiciones sobre lo pactado en el contrato, dado que “el pliego de condiciones es ley del contrato estatal y además es parte del contrato estatal” en este caso resulta claro que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento, dado que en el pliego se pactó expresamente la cláusula compromisoria.

6. Previo a admitir la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto de 24 de agosto de 2005 requirió al IDU para que informara si era voluntad de esa entidad acudir a un Tribunal de Arbitramento. El IDU contestó el 16 de noviembre del mismo año y manifestó que no era su voluntad someterse a un trámite arbitral por cuanto dentro del contrato no se incluyó cláusula compromisoria, y señaló que por la naturaleza de la controversia el llamado a conocer de la misma era el Tribunal Administrativo de Cundinamarca pero que se debía tener en cuenta que el término para intentar la acción se encontraba vencido, dado que la liquidación del contrato se firmó el 10 de noviembre de 2002.

7. El 29 de marzo de 2006 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda con el fin de que se allegaran los poderes otorgados por los miembros del consorcio L&A en consideración a que el representante legal del consorcio sólo tenía competencia para el trámite contractual de conformidad con el parágrafo 1° de artículo 7 de la Ley 80 de 1993. Dentro del término concedido para el efecto la parte actora subsanó el defecto señalado.

8. Mediante providencia de 4 de octubre de 2006 ese Tribunal rechazó la demanda por caducidad de la acción, en consideración a que de conformidad con el aparte c del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término para intentar la acción cuando el contrato se liquida bilateralmente, es de dos años contados a partir de la firma del acta, y que como quiera que el contrato se liquidó el 10 de noviembre de 2002 y la demanda fue recibida en la Secretaría de la Sección Tercera del citado Tribunal el 31 de mayo de 2005, resultaba evidente que el término se encontraba vencido.

Finalmente sostuvo que no podía tomarse como fecha de la presentación de la demanda aquella en la cual se presentó la solicitud de convocatoria para que se adelantara un proceso arbitral, y que en los términos del actor interrumpía el término de caducidad, dado que en el contrato 432 de 1999 no se pactó cláusula

compromisoria, de manera que si el actor erró al presentar la solicitud de arbitramento ante la Cámara de Comercio, debe sufrir las consecuencias de su propia incuria.

9. Contra el anterior auto, la parte actora interpuso recurso de apelación en cuanto consideró que se debía tener en cuenta como fecha de presentación de la demanda, aquella en la cual se radicó la solicitud ante la Cámara de Comercio para que se convocara al Tribunal de Arbitramento, dado que ellos administran justicia y de manera transitoria hacen parte de la rama judicial. Señaló que no se le podía acusar de haber actuado con incuria por cuanto la demanda fue presentada ante el Tribunal de Arbitramento en consideración a que en el pliego de condiciones se pactó la cláusula compromisoria, y finalmente solicitó que se resolviera el conflicto de competencia que planteó en primera instancia para que se definiera quién era el competente para conocer de este asunto.

10. Estando el expediente en trámite del recurso de apelación ante esta Corporación, la parte actora solicitó la nulidad de todo lo actuado con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que la jurisdicción competente para conocer del presente proceso era la arbitral dado que se pactó en el pliego de condiciones la cláusula compromisoria.

11. En providencia de 13 de diciembre de 2007, esta Sala revocó el auto apelado, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 24 de agosto de 2005 por falta de jurisdicción, y dispuso la remisión del expediente a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura para que definiera el conflicto de jurisdicciones.

Consideró que de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente se acreditó que en el pliego de condiciones se pactó la cláusula compromisoria y que en el contrato se acordó que para solucionar las diferencias surgidas con ocasión del mismo se debería acudir a los mecanismos de solución directa. Señaló que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación el pliego de condiciones forma parte integral del contrato estatal, y que incluso ante una diferencia entre pliego y contrato prima aquél, para el efecto citó *in extenso* jurisprudencia de esta Sección.

Agregó que las partes acordaron sustraer del conocimiento de los jueces naturales el litigio derivado de la ejecución del mismo, mediante una cláusula compromisoria que era existente y válida, y que no resultaba dable afirmar que hubo una renuncia al derecho a acudir a la jurisdicción arbitral, toda vez que el actor radicó su demanda ante la Cámara de Comercio con el propósito de que fuere un Tribunal de Arbitramento el que dirimiera el conflicto, máxime en este caso en que el demandante presentó sendos memoriales en los que aducía la existencia de dicha cláusula, los cuales son el fundamento de la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

Finalmente adujo que la decisión de anular todo lo actuado por falta de jurisdicción aunado a la decisión de rechazó adoptada por el Tribunal de Arbitramento provocaba un conflicto de jurisdicciones por ello dispuso la remisión del expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que definiera el conflicto.

12. En providencia de 21 de mayo de 2009 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideró que no se trataba de un conflicto de jurisdicciones sino de competencias, y por tanto remitió el asunto al Consejo de Estado dado que es la autoridad competente para definir un conflicto de competencia.

Sostuvo que la función jurisdiccional tiene unas características especiales que la definen y limitan, como que es propia y habitual, y que se ejerce de manera permanente, y que por el contrario el arbitramento es de carácter voluntario por cuanto son las partes las que de manera libre deciden acudir a este mecanismo para resolver sus controversias, es de carácter temporal por cuanto deriva su existencia de la voluntad de las partes quienes ponen en conocimiento de estos particulares investidos transitoriamente de jurisdicción los asuntos que por ley son susceptibles de su conocimiento, y es una figura procesal porque está sometida a garantizar los derechos fundamentales como el debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, entre otros.

Que el arbitramento no es una jurisdicción distinta porque se trata de una figura procesal que tan sólo sustituye al juez al cual por naturaleza le correspondería el conocimiento del asunto, de manera que en el caso concreto, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, no hace parte de una jurisdicción diferente a la jurisdicción contenciosa administrativa por cuanto entra a

sustituir al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de la cláusula compromisoria, y de allí que lo que se presentó fue un conflicto de competencia. Por tanto dispuso remitir el expediente a esta Corporación para dirimirlo.

13. Estando el proceso en esa Corporación para definir el conflicto de competencia, el Señor Consejero, doctor Mauricio Fajardo Gómez, puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: *“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, por cuanto su cónyuge es socia y a la vez representante legal de la sociedad F&B Abogados Asociados Ltda. quien celebró contrato de prestación de servicios profesionales con el IDU, entidad que comparece al proceso en calidad de demandada.*

Este impedimento fue aceptado por la Sala en auto de 25 de noviembre de 2009 por encontrar configurada la causal invocada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente asunto, corresponde a la Sala definir el conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal de Arbitramento y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para determinar a cual le corresponde conocer del presente proceso.

1. Cuestión previa.

Precisa la Sala que este expediente ya había llegado a esta Corporación en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del auto de 4 de octubre de 2006 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que rechazó la demanda por caducidad de la acción. En este sentido, mediante auto de 13 de diciembre de 2007 dictado por esta Sección, se declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y se dispuso la remisión del expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera el conflicto de jurisdicciones, con fundamento en la sentencia C-662 de 8 de abril de 2004 de la Corte Constitucional que al analizar la exequibilidad del

numeral 2 del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, entendió que los árbitros configuran una jurisdicción distinta y por tanto podía existir un conflicto de jurisdicciones entre ellos y la jurisdicción contenciosa.

El Consejo Superior de la Judicatura, consideró que no se trataba de un conflicto de jurisdicción sino de competencia, y por tanto dispuso el reenvío del expediente a esta Corporación para que definiera a quién le correspondía conocer este asunto.

Encuentra la Sala que a pesar de que se considere que el Tribunal de Arbitramento constituye una jurisdicción distinta a la contencioso administrativa, y que por tanto existe un verdadero conflicto de jurisdicción y no de competencia, con el fin de no generar mayores traumatismos y garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia de la parte actora, se definirá este asunto como si se tratara de un conflicto de competencia.

Así las cosas, es esta Sección la competente para dirimir el conflicto, en conformidad con el artículo 12 de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, que modificó el numeral 1° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y adicionó un párrafo, según el cual corresponde a cada Sección del Consejo de Estado de acuerdo a su especialidad, dirimir los conflictos de competencia surgidos “entre los Tribunales Administrativos, entre Secciones de distintos Tribunales Administrativos, entre los Tribunales y Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pertenecientes a distintos distritos judiciales administrativos y entre Jueces Administrativos de los diferentes distritos judiciales administrativos”.

En consecuencia, corresponde a la Sección Tercera de esta Corporación resolver el conflicto negativo de competencia surgido con ocasión de la acción contractual instaurada por el consorcio L&A, que se suscitó entre el Tribunal de Arbitramento y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. La Decisión

Como bien se advirtió, esta Sala ya se había pronunciado sobre este asunto y definió que el competente para conocer del proceso era el Tribunal de Arbitramento, en consideración a que la cláusula arbitral que se estableció en el

pliego de condiciones hace parte integral del contrato, incluso porque en una eventual diferencia entre el pliego y el contrato, primaba aquél.

En el expediente se encuentra plenamente demostrado que en el pliego de condiciones a que se sometió la licitación pública IDU-LP-DTC-013-99, en el numeral 5.11 se indicó:

“Soluciones de conflictos.

Los conflictos o controversias que se presenten entre las partes con relación al contrato se solucionaran, de ser posible, mediante el arreglo directo, en el caso en que no se llegue a un acuerdo, se acudirá a un tribunal de arbitramento el cual funcionará de conformidad con las normas y procedimientos que para el efecto establezca la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá centro de conciliación y arbitraje” (fl. 47 C. 3) (subrayas fuera de texto).

Por su parte en el contrato 432 de 1999, las partes acordaron como mecanismo de solución de controversias, la siguiente:

“Cláusula vigésimo primera- solución de controversias: Las partes acuerdan que para la solución de diferencias y discrepancias surgidas de la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, terminación y liquidación, acudirán a los mecanismos de solución directa de las controversias previstas en el Capítulo VIII de la Ley 80 de 1993” (fl. 107 C. 3).

Estas dos cláusulas muestran que a pesar de que en el contrato no se pactó expresamente la cláusula compromisoria, la misma sí fue establecida en el pliego de condiciones, el cual hace parte del contrato según lo ha dicho esta Sección en reiteradas oportunidades, razón por la cual existe una cláusula que es válida y que permite deducir que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento, que desde el inicio de esta actuación fue convocado para dirimir las controversias suscitadas entre el consorcio L&A y el IDU con ocasión del contrato 432 de 1999.

Así lo dispuso el mencionado auto de 13 de diciembre de 2007 proferido por esta Sección, el cual en esta oportunidad se reitera en su integridad por cuanto ya había definido en este caso concreto este tema, para radicar en el Tribunal de Arbitramento la competencia para conocer de este asunto. En efecto, en dicha providencia se señaló:

“Mediante el análisis de los precitados documentos la Sala considera que la cláusula compromisoria que obra en el pliego de condiciones está

comprendida dentro del contrato estatal suscrito entre el Consorcio L & A y el IDU, porque el pliego de condiciones forma parte integral del contrato estatal y porque incluso, ante una diferencia entre el contenido literal del pliego y el del contrato, prima aquél. Así lo ha señalado la Sala en abundantes providencias: (...)

. Sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399: *“Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como ‘la ley del contrato’...”* (Subraya la Sala)

(...) . Sentencia 10779 del 29 de enero de 2004: *“... la Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar (...). Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse.”*

. Sentencia 18059 del 30 de noviembre de 2006: *“En nuestro concepto, el pliego, hasta antes de la celebración del contrato, es un acto administrativo reglado,¹ de carácter general² y de trámite³; pero igualmente -y en esto radica la diferencia- tiene la capacidad de convertirse en ‘cláusula contractual’, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza. En este sentido el pliego es de ‘naturaleza mixta’, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general –naturaleza que ostenta hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia esa naturaleza y se convierte en ‘cláusula contractual’, porque muchas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras condiciones han perecido, a medida que ha avanzado el proceso de selección.....las exigencias técnicas de bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre garantías del contrato, los intereses pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como ‘cláusulas’ del mismo –teniendo ahora efectos sólo entre la administración y el contratista-. Este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podría no reproducirse en*

¹ Dado que buena parte de su contenido se encuentra definido u orientado –en mayor o menor medida- por la Constitución, la ley y los reglamentos.

² Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.

³ Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.

el contrato, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego, de allí que la doctrina y la jurisprudencia digan que 'el pliego de condiciones es la ley del contrato, pues a él se acude, en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.'" (Se subraya).

Sucede por tanto que si en el pliego de condiciones está contenida la cláusula compromisoria, habrá de entenderse que la misma está comprendida en el contrato estatal que se celebró, luego de cumplido el correspondiente procedimiento licitatorio.

Así lo afirmó la Sala en la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2006, expediente 32871, al analizar un problema jurídico idéntico al aquí planteado:

*"Bajo estas directrices, resulta claro que el respectivo pliego de condiciones no es, en modo alguno, ajeno, extraño o diferente al contrato mismo, sino que, muy por el contrario, forma parte de él y, por tanto, el pliego y el contrato resultan inescindibles. Ello obliga a concluir que en aquellos eventos en que -como sucede en el caso que aquí se analiza-, el consentimiento que concluyen las partes para efectos de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, consta o se forma mediante la voluntad que al respecto consigna inicialmente la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones y que, de manera incondicional y oportuna, acepta el interesado mediante su oferta, no es un **compromiso** -que de por sí sería vinculante-, sino que corresponde a una verdadera y típica **cláusula compromisoria**, de la cual no podrá decirse, siquiera, que hubiere sido estipulada de manera separada al contrato o por fuera de él, puesto que se encuentra incluida en el contrato mismo, toda vez que, bueno es reiterarlo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato, por manera que el contenido y alcance de la respectiva estipulación está llamada a generar los efectos que la ley ha previsto y dispuesto para los casos en que las partes celebran, voluntariamente, claro está, un verdadero pacto arbitral.*

Lo anterior se pone de presente, porque resulta de la mayor importancia destacar que si bien es cierto que el texto que condensa el clausulado del contrato de obra pública celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y el Consorcio LAR, identificado con el No. 252 de 2000 -contrato que, precisamente, constituyó el origen de las controversias que determinaron la formulación de la demanda arbitral (convocatoria)-, es un documento en cuya literalidad no está incluida una cláusula compromisoria, no es menos cierto que dicha cláusula compromisoria sí se encuentra expresamente contenida en el respectivo pliego de condiciones elaborado por el IDU para la correspondiente licitación pública IDU-LP-DTE-187-1999, que el Consorcio LAR aceptó de manera incondicional con la formulación de su propuesta, en la cual manifestó "conocemos la información general y demás documentos de los Pliegos de Condiciones y aceptamos los requisitos en ellos contenidos" (fl. 72, cd. de pruebas No. 1), oferta que finalmente fue seleccionada por ser la más favorable para la Entidad Estatal Contratante.

En consecuencia, respecto de la cláusula arbitral cuyo texto ha quedado transcrito, las partes mencionadas concluyeron un verdadero acuerdo de voluntades, el cual, además, cumplió con la formalidad escrita que para

los contratos estatales exige la ley, como quiera que la entidad estatal contratante manifestó su conformidad para con esa cláusula al incluirla en el pliego de condiciones que, mediante documento escrito, ella misma elaboró, al paso que por escrito también manifestó su aceptación el interesado y posteriormente contratista, al formular su correspondiente oferta.

En efecto, el numeral 5.11 del aludido pliego de condiciones, correspondiente a la licitación pública IDU-LP-DTE-187-1999, adelantada por el IDU con el objeto de seleccionar al contratista que asumiera la “construcción del proyecto de la plaza de Suba, en Santa Fe de Bogotá, D.C.”, recoge la cláusula compromisoria, en cuya virtud las partes pactaron que si no era posible solucionar los conflictos o controversias que surgieran en relación con el contrato, podrían convocar un tribunal de arbitramento, todo con sujeción a los siguientes términos: ‘Los conflictos o controversias que se presenten entre las partes en relación con el contrato se solucionarán, de ser posible, mediante arreglo directo; en el caso en que no se llegue a un acuerdo, se acudirá a un tribunal de arbitramento el cual funcionará de conformidad con las normas y procedimientos que para el efecto establezca la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá centro de conciliación y arbitraje’” (Se subraya)

Con fundamento en todo lo expuesto la Sala concluye que los cocontratantes acordaron sustraer del conocimiento de los jueces naturales el litigio derivado de la ejecución del mismo, mediante una cláusula compromisoria existente y válida”⁴.

En este sentido, como quiera que en el pliego de condiciones se estableció una cláusula compromisoria con la finalidad de acudir al Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias que se presentaren entre las partes en el evento en que no las pudieren solucionar a través de los mecanismos de arreglo directo, y esta cláusula hace parte integral del contrato 432 de 1999, resulta evidente que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento, máxime si se tiene en cuenta que la parte actora escogió desde el inicio del trámite acudir al procedimiento arbitral para solucionar sus controversias con la entidad demandada.

Por otra parte, vale destacar que el consorcio L&A presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, convocatoria para que se adelantara el proceso arbitral con el fin de que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 432 de 1999 celebrado entre el IDU y el citado consorcio, el 5 de noviembre de 2002, razón por la cual es esta fecha la que se debe tener en cuenta para contabilizar los términos de caducidad, por cuanto

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 33795, Auto de 13 de diciembre de 2007, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

desde el inicio el actor acertó en acudir al trámite arbitral para dirimir sus controversias.

En consecuencia, es un Tribunal de Arbitramento el llamado a conocer el presente asunto y por ello se ordenará remitir el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá donde fue presentada inicialmente para que el convocante si a bien lo tiene promueva el trámite arbitral.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

R E S U E L V E

PRIMERO. ACÉPTASE el impedimento manifestado por el doctor Mauricio Fajardo Gómez.

SEGUNDO. DECLARAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, que el competente para conocer de este asunto es el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, por lo tanto se dispone remitir la actuación a la Cámara de Comercio de Bogotá para que realice el trámite pertinente.

TERCERO. Comunicar lo decidido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ