

Artículo

**LA RENUNCIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN LOS
CONTRATOS PÚBLICOS: UN DEBATE INCONCLUSO**

Julián David Chala Hernández¹

Resumen

La renuncia de la cláusula compromisoria en los contratos públicos se ha erigido como una figura por la cual, aquellos que someten inicialmente una litis derivada de un contrato de Estado a arbitraje, deciden que tal acuerdo pierde efectos para que su controversia sea dirimida ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Hasta el año 2013, el Consejo de Estado Colombiano permitió que en el evento en el cual una de las partes de la cláusula compromisoria demandaba ante el Juez Contencioso Administrativo y la otra no contestaba la demanda o no excepcionaba, el pacto arbitral se entendía renunciado. A pesar de lo anterior, en el año 2013, esta Corporación decidió restringir la renuncia de la cláusula compromisoria a una expresa y solemne, con fundamento en una teoría contractualista del arbitraje y en una posición no sistemática de la manifestación de la voluntad.

A partir de lo anterior, el presente texto tiene por finalidad desarrollar los elementos de la renuncia de la cláusula compromisoria en los contratos públicos en Colombia, así como las problemáticas derivadas de su restricción, en aras de establecer el estado de cosas actual sobre de la materia y la forma en que tal tópico debería ser abordado en el futuro.

Palabras clave:

Renuncia, cláusula compromisoria, contratos públicos, Consejo de Estado, restricción, teoría contractualista, teoría jurisdiccionalista.

¹ Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador del Observatorio de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la misma. Correo electrónico: jdchalah@unal.edu.co

Abstract

The waiver of the arbitration clause in public contracts has been established as a figure by which those who initially submit a claim arising from a public contract to arbitration, decide that such agreement loses its effects so that its dispute is settled by the Administrative Justice.

Until the year 2013, the Colombian Council of State allowed that in the event in which one of the parties to the arbitration clause demanded before the Administrative Justice and the other did not rebut the claim or did not propose an exception, the arbitration agreement was deemed waived. In spite of the foregoing, in 2013, such Court decided to restrict the waiver of the arbitration clause to one that is in writing, based on a contractualist theory of arbitration and a restrictive approach to the manifestation of will.

Based on the foregoing, the purpose of this article is to develop the elements of the waiver of the arbitration clause in public contracts in Colombia, as well as the problems arising from its restriction, in order to establish the current state of affairs regarding the matter and how this topic should be addressed in the future.

Keywords

Waiver, arbitration clause, public contracts, Council of State, restriction, contractarian theory, jurisdictional theory.

I. Comentario preliminar

El Consejo de Estado se ha erigido como una de las Instituciones consultivas y judiciales más importantes del Estado colombiano. En sus 200 años, desde su conformación por el libertador Simón Bolívar, ha contribuido a la elaboración de proyectos de normas, a aconsejar al Gobierno en los momentos más álgidos del país, a la consolidación de jurisprudencia en los principales tópicos del Derecho Administrativo y a la solución imparcial de los problemas entre la administración y los particulares.

Ante el panorama anterior, resulta imperativo que los estudiantes de derecho analicen y discutan de manera crítica y constructiva las providencias emitidas por esa honorable corporación, en aras de constituir conocimiento sistemático e integral.

El presente documento se fundamenta en la obligación mencionada y pretende brindar una reflexión crítico-propositiva a partir del análisis de las problemáticas derivadas de la jurisprudencia contencioso administrativa.

II. Introducción

El artículo 116 de la Constitución Política consagra en el ordenamiento jurídico colombiano la cláusula general del arbitraje, según la cual los particulares podrán administrar justicia transitoriamente en condición de árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, en aras de permitir de manera excepcional, una solución de las controversias que puedan suscitarse entre dos o más personas, a partir de una mayor experticia y eficiencia tanto en el proceso como en la decisión correspondiente.

Para que el arbitraje se instituya como método alternativo de solución de una controversia en determinado caso, es necesario que las partes acuerden por consentimiento sin vicios su procedencia en un caso concreto, siempre que el asunto sea pasible de ser transigido por estos, lo cual debe hacerse por medio de un pacto arbitral, que puede ser un compromiso o una cláusula compromisoria. En el caso de que la controversia que se busque dirimir ante este mecanismo se derive de un negocio jurídico, se requiere pactar la mencionada cláusula compromisoria en el mismo o anexa a este.

El arbitraje es aplicable, por regla, en las relaciones jurídicas y negociales dentro del territorio colombiano, ámbito dentro del cual se encuentran incluidos los contratos estatales, actos jurídicos en los que se puede pactar la cláusula compromisoria, por mandato del legislador.

El Consejo de Estado, en aras de delimitar la figura de la cláusula compromisoria en los contratos estatales, en un primer momento permitió que la misma se entendiera renunciada tácitamente, cuando una de las partes demandaba ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no excepcionaba falta de jurisdicción y competencia o existencia de cláusula compromisoria. Sin embargo, en un segundo momento modificó la postura imperante, en el sentido de prohibir expresamente la renuncia tácita, debido a que, por su supuesta naturaleza solemne, al nacer solo cuando conste por escrito, no era posible que se entendiera desistida por la simple conducta de las partes, de modo que únicamente avaló aceptar su renuncia expresa y por escrito.

En esos términos, se pretende indagar sobre la postura vigente del Consejo de Estado sobre la renuncia de la cláusula compromisoria en los contratos estatales antes de la Ley 1563 del 2012, en miras a establecer sus fundamentos, implicaciones y si es la postura adecuada en virtud de la normativa sobre arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para lograr lo anterior, en primer lugar, se hará una contextualización general sobre el régimen general del arbitraje y su aplicabilidad en la contratación estatal. En ese acápite resulta necesario mencionar tanto la Ley 1563 del 2012 como su antecesor, el Decreto 1818 de 1998, debido a que la postura jurisprudencial de rechazo a la renuncia tácita de los contratos estatales se ha dado en virtud del decreto mencionado y no de la ley vigente del 2012, norma frente a la cual el Consejo de Estado ha avalado la renuncia tácita por expreso mandato legal. En segundo lugar, se hará una descripción de los antecedentes jurisprudenciales de la renuncia tácita. En tercer lugar, se hará una breve exposición de la sentencia No. 17859 de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, que haciendo ejercicio de la unificación de jurisprudencia eliminó la posibilidad de que hubiera desistimiento implícito de la cláusula compromisoria en el marco de los contratos estatales. En cuarto lugar, se explicitarán los fundamentos de la providencia objeto de análisis, sus implicaciones y consecuencias. En quinto lugar, se procederá a una solución propositiva al problema en cuestión, con base en la naturaleza y fundamentos normativos y doctrinales del arbitraje en Colombia. Por último, se harán unas conclusiones generales.

Como hipótesis general, se tiene que la prohibición de la renuncia de la cláusula compromisoria no guarda coherencia con la normativa y la doctrina en materia de arbitraje en Colombia; afecta los derechos a la administración de justicia y a la seguridad jurídica de quienes, si bien en principio acordaron acudir a arbitraje, terminaron remitiendo la litis a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tácitamente, sin que se les permita una decisión de fondo por el juez del Estado; y no guarda coherencia con ordenamientos

jurídicos similares como el francés. En ese sentido, se estima que la postura adecuada es la de permitir la renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada en los contratos estatales, cuando una de las partes de aquella demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no presenta excepción de existencia de pacto arbitral, debido a que el ordenamiento jurídico colombiano, así como la teoría jurisdiccional del arbitraje que este consagra, permiten dicha manifestación sin incurrir en contradicciones; porque hace eficaz los derechos al acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica de aquellos que, pese a haber constituido pacto arbitral, decidieron remitir su controversia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que fuera excepcionada la jurisdicción y competencia; y porque se armoniza con la forma en que ha sido concebida la situación en el ordenamiento jurídico francés, con grandes similitudes en la materia.

Finalmente, se sustenta la necesidad de elaborar un estudio crítico-constructivo sobre la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en los contratos públicos en Colombia, respecto a la legislación precedente de la Ley 1563 del 2012 por cuanto, si bien esa normativa se encuentra derogada en la actualidad, la misma se mantiene vigente en los eventos en los cuales se constituyó pacto arbitral antes del 2012 y en los que se han generado controversias que por la congestión que adolece la rama judicial, todavía son conocidas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y lo seguirán siendo por varios años más².

III. El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y su régimen en la contratación estatal

El ser humano se ha servido de las relaciones sociales desde los primeros momentos de la historia para el progreso conjunto por medio de la cooperación y la solidaridad. Uno de los aspectos que han perdurado en esas interacciones radica en la existencia de conflictos. Para Michel Foucault (como se citó en Murillo, 2008, pp. 30-31), estos parten de la resistencia de cuerpos vivientes de varios sujetos y de relaciones de poder en las que aquellos se constituyen. A su vez, la sociedad, de acuerdo con el momento histórico, ha buscado dar solución a las controversias de diversos modos. Por ejemplo, para Bernd Marquardt (2014, pp. 30-31), en las comunidades agrícolas simples era común solucionar las problemáticas por medio de la

² La congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene como origen factores como la acumulación de procesos, la alta litigiosidad y la capacidad limitada de la rama judicial -entre otros-, situación que ha generado que los egresos de procesos sean menores a los ingresos, tal y como lo señala el Consejo Superior de la Judicatura (2017, p. 142 -145) problemática que si bien se ha ido reduciendo gradualmente, aún persiste.

guerra o un derecho pre-estatal de carácter compensatorio que sancionaba conductas que afectaban a la comunidad.

En el Estado moderno, con la monopolización de las normas y de la fuerza, el derecho se ratificó como una de las figuras principales para pacificar los conflictos entre la sociedad. Así, Francesco Carnelutti (2014, pp. 7-8) manifiesta que el derecho nace para que muera la guerra.

A pesar de lo anterior, en el mundo contemporáneo se han admitido excepciones al monopolio de la justicia por el Estado, a través de herramientas tales como la conciliación, la amigable composición y el arbitraje, en aras de hacer más eficiente la solución de los conflictos y de permitir que se resuelvan con mayor experticia.

Para Ramiro Bejarano Guzmán (2016, p. 388), el arbitraje es un proceso por el cual, personas con plena capacidad, sustraen de la justicia estatal un asunto de competencia de los jueces para que se resuelva por particulares, quienes están investidos con facultad de administrar justicia en ese caso concreto. Entretanto, para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (sin fecha), es un procedimiento por el cual se somete una controversia, previo acuerdo de las partes, a un árbitro o un tribunal de árbitros para su solución de manera directa y de fondo, a través de un procedimiento privado.

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, Lino Enrique Palacio señala (como se cita en Bejarano, 2016, p. 389) que ese asunto ha sido objeto de debate y controversia hasta la actualidad, debido a que mientras algunos consideran que este tiene una naturaleza contractual, otros estiman que tiene naturaleza jurisdiccional y otros más manifiestan que tiene una naturaleza mixta, tanto contractual como jurisdiccional.

Por un lado, la teoría jurisdiccionalista o procesalista se fundamenta en la labor del árbitro, y sostiene que el arbitraje desarrolla el deber del Estado de administrar e impartir justicia, a través de su conocimiento excepcional por particulares, por lo que estos hacen las veces de jueces, de modo que sus laudos son paralelos a las providencias judiciales que se emiten en los tribunales estatales. En ese sentido, el arbitraje resulta ser un mecanismo equiparable a la función judicial ordinaria, en tanto el procedimiento es similar al del juez, motivo por el cual el árbitro falla conforme con su autonomía e independencia y su decisión tiene obligatoriedad para las partes. Frente al consentimiento de las partes para someterse al arbitraje, la escuela procesalista considera que este opera únicamente como una fase inicial para otorgar competencia a los árbitros, de modo que nunca se extiende al procedimiento para solucionar la controversia que se allega (Sequera, 2017, pp. 30-32).

Por otro lado, la teoría contractualista manifiesta que la base del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes que someten sus conflictos ante ese mecanismo, de modo que, aunque involucre normas de procedimiento, siempre primará la voluntad de los individuos. En ese sentido, las partes sustraen al Estado de su controversia y se la otorgan a particulares por consentimiento. En consecuencia, el árbitro resulta ser diferente del Juez, ya que sus poderes se derivan de las partes y no del Estado mismo y su función de administrar justicia. A su vez, la obligatoriedad del laudo se basa en el sometimiento previo al mecanismo alterno de solución de conflictos, pero no posee ejecutoriedad por sí mismo (Sequera, 2017, p. 33).

Para Ramiro Bejarano (2016, pp. 380-389), la tesis contractualista es completamente descartable, ya que los árbitros no ejecutan instrucciones de las partes y sus decisiones tienen obligatoriedad, motivo por el cual considera que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional.

En el caso colombiano, el arbitraje ha sido instituido como el método alterno de solución de conflictos por antonomasia y es regulado tanto en el nivel constitucional como en el legal.

Ahora, en el nivel constitucional, el artículo 116 de la Carta Política menciona en su inciso 4, que excepcionalmente los particulares pueden ser investidos de manera transitoria de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley. Ello quiere decir que el Estado se atribuye la facultad de administrar justicia, por regla, pero permite que de manera excepcional sean los particulares los que conozcan de los conflictos de la sociedad colombiana.

De conformidad con el mandato constitucional desarrollado, el legislador definió en la Ley Estatutaria 270 de 1996 los mecanismos alternativos de solución de conflictos como figuras para solucionar las controversias que se susciten entre los asociados, de modo que los particulares pudieran administrar justicia en condición de conciliadores o árbitros para proferir fallos en derecho o equidad.

Por motivos de concordancia con el tópico del presente documento, es menester destacar la regulación general del arbitraje que hicieron el Decreto compilatorio 1818 de 1998 y la Ley 80 de 1993, así como la de la norma vigente, a saber, la Ley 1563 del 2012, en la cual el legislador estableció parámetros y procedimientos para su desarrollo a nivel nacional e internacional.

El Decreto 1818 de 1998 compiló la regulación general existente en materia de métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje,

estableciendo sus clases, los tipos de pacto arbitral, el trámite para su ejercicio, entre otros.

En la contratación estatal, inicialmente se regularon los mecanismos alternos de solución de conflictos en los artículos 68 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993, normas que consagraban la posibilidad de que las entidades estatales pudieran acudir, en el marco de las controversias contractuales, al empleo de los mecanismos alternos de solución de las mismas. En desarrollo de lo anterior, se estableció la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa y en concreto, de la estipulación de la cláusula compromisoria o de compromisos para dirimir las diferencias a que hubiere lugar. Así, el artículo 70 de la mencionada ley señalaba que en los contratos estatales podía incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a arbitraje las controversias derivadas del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Ello con el fin de garantizar la resolución pronta y oportuna de los conflictos derivados de las relaciones negociales estatales y para mantener tanto la seguridad jurídica como la confiabilidad, elementos necesarios en el tráfico jurídico (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 52.556, 2015).

Corolario a anterior, bajo la vigencia de los artículos señalados previamente, se sostuvo que el Decreto 1818 de 1998 era plenamente aplicable al arbitraje en la contratación estatal, pues en la Ley 80 de 1993 únicamente se regularon algunos elementos particulares de ese método alternativo de solución de conflictos para la contratación estatal y en esas mismas normas se estipuló que la designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se habrían de regir por las normas sobre la materia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 23.536, 2003).

Con posterioridad, la Ley 1563 del 2012, derogó expresamente en su artículo 118 las normas mencionadas con anterioridad de la Ley 80 sobre arbitraje, con la finalidad de convertirse en un estatuto único sobre arbitraje nacional e internacional. En armonía con lo anterior, la normativa vigente sobre la materia resulta aplicable a la contratación estatal, tal y como lo ha ratificado el Consejo de Estado (Sección Tercera, Sentencia No. 52.556, 2015), al señalar que, en cuanto al arbitramento aplicable a los conflictos derivados de los contratos del Estado, por lo general, se aplican las normas, reglas y principios rectores de la materia contenidas en la Ley 1563 del 2012, en virtud de su artículo 1, sin desmedro de la especialidad propia de la actividad contractual del Estado con sustento en la Ley 80 de 1993 y en la 1150 del 2007, entre otras.

En esos términos, el arbitraje se ha erigido como un auténtico mecanismo alternativo a través del cual las partes deciden por mutuo acuerdo que

particulares denominados árbitros solucionarán una controversia presente o futura. Además, es aplicable de manera plena a las controversias derivadas de los contratos estatales, para hacer el proceso contractual estatal más eficiente y expedito.

A. El pacto arbitral y su procedencia en los contratos estatales

La forma clásica por la cual las partes deciden someter sus controversias al arbitraje ha sido la del acuerdo de voluntades, entendido como el consentimiento para tramitar un conflicto presente o futuro ante uno o varios particulares. En esos términos, se ha señalado por la doctrina que el pacto arbitral proviene del ejercicio de la libertad para contratar, que se concreta en la autonomía de la voluntad (Hernández, 2011, p. 401).

Lo anterior es desarrollado por la Ley 1563 del 2012 y su antecesor, el Decreto 1818 de 1998, los cuales consideran como género el pacto arbitral y como especies del mismo la cláusula compromisoria y el compromiso. Al respecto, el artículo 117 del decreto en cuestión menciona que, a través del pacto arbitral, las partes se obligan a someter sus diferencias a arbitraje, renunciando a la justicia estatal. En ese mismo sentido, se dice en el artículo 3 de la ley vigente que es pacto arbitral aquel negocio jurídico en virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. En una u otra norma se destaca que el pacto mencionado implica la renuncia de las partes a solucionar sus conflictos ante los jueces y que puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

Frente a la figura del compromiso, el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 señala que es un negocio jurídico por el cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. A su vez, el artículo 6 de Ley 1563 del 2012 manifiesta que el mismo puede constar en cualquier documento.

Ahora, en lo que respecta a la cláusula compromisoria, el artículo 118 del Decreto 1818 menciona que se entenderá como el pacto contenido en un contrato o anexo a él, por el cual las partes acuerdan someter las controversias derivadas de ese negocio jurídico a la decisión de un tribunal arbitral. Además, el artículo 4 de la Ley 1563 dispone que la misma puede formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

En desarrollo de lo anterior, para la Corte Constitucional (Sentencia T-511, 2011), la cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo, donde los contratantes acuerdan someter las diferencias que pudieren surgir con ocasión del mismo a un tribunal arbitral.

Entretanto, el compromiso es entendido como aquél negocio jurídico por el cual se conviene solucionar un conflicto presente o determinado por medio de tribunal de arbitramento.

Al respecto es de anotar que, en una y otra regulación de las mencionadas, ambas figuras son concebidas en el mismo sentido, de modo que, en ambos eventos, la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso es que la primera tiene una relación directa con otro negocio jurídico y busca resolver las controversias derivadas del mismo a través de arbitraje; mientras que la segunda busca hacer lo mismo, sin que el conflicto esté ligado a otro acto jurídico.

Empero, en cualquiera de los eventos descritos, el pacto arbitral ha sido considerado autónomo de las situaciones o de los negocios jurídicos de los cuales se deriva. En esa medida, Héctor Hernández (2011, p. 402) sostiene que la autonomía de la cláusula arbitral tiene fundamento en la necesidad de garantizar la viabilidad del procedimiento arbitral frente a los vicios que pudiere tener el contrato principal, de modo que si *verbi gratia*, hubiere un vicio en el contrato por el cual surge una cláusula compromisoria pero no en aquella, la misma tendrá plenos efectos para dirimir las controversias que surjan a raíz del mismo.

Bajo el entendido de que la contratación estatal, por sus especificidades y por el interés general que implica su ejercicio, ha sido regulada de manera especial por el legislador a través de un régimen particular y diferenciado de los contratos generales (Dávila, 2016. pp. 69-74), para el Consejo de Estado, la cláusula compromisoria reviste un carácter especial, que la diferencia, aunque ligeramente, de la forma en que es concebida en el derecho privado ordinario³.

En ese sentido se ha pronunciado el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera, Sentencia 27.595, 2013) al señalar que, en el evento específico de la contratación estatal, el pacto arbitral, y en concreto la cláusula compromisoria no puede presumirse y que en consecuencia tiene como único requisito de forma, que conste por escrito, debido a su solemnidad. Aun así, puede consagrarse en documento diferente del contrato o incluso en varios documentos. En todo caso, se señala que el concepto de “documento” no puede entenderse de manera amplia como en el derecho ordinario, sino que debe limitarse a lo escrito, “sin desmedro de la autonomía del pacto arbitral”, en virtud de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1883, porque la cláusula también es un negocio jurídico estatal. A su vez, también se ha señalado que para que produzca efectos jurídicos, se debe expresar el

³ Esta situación será cuestionada con posterioridad; sin embargo, se menciona a efectos de presentar el estado de cosas actual sobre el tema.

nombre de las partes e indicarse de forma precisa el contrato al que se refiere (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 22.508, 2013).

Como otra particularidad de la cláusula compromisoria en los contratos estatales, ha estimado el Consejo de Estado (Sección Tercera, Sentencia 38.860, 2016) que la misma surge de acuerdo con el principio de planeación, en aras de establecer la conveniencia o no del mencionado pacto.

IV. La renuncia de la cláusula compromisoria

Bajo el entendido de que el arbitraje, tanto en el derecho ordinario como en la contratación estatal, se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, el Consejo de Estado (Sección Tercera, Sentencia 15.935, 2011) ha reiterado en varias oportunidades de manera pacífica que así como las partes de los negocios jurídicos estatales pueden constituir un pacto arbitral -teniendo en cuenta las especificidades mencionadas previamente-, también pueden decidir dejarlo sin efectos o renunciar a su aplicación y en consecuencia, permitir el conocimiento de su litis por el juez natural del Estado. Lo anterior, porque el arbitraje se diferencia de la justicia ordinaria en que se concurre a este de manera voluntaria. En consecuencia, se puede decidir desistir en cualquier momento a ese mecanismo, siempre que concurren las voluntades de quienes decidieron someterse a esa figura.

A pesar de lo anterior, la forma en que se desiste el pacto arbitral, y para efectos del presente documento la cláusula compromisoria, ha sido objeto de un arduo debate tanto desde las teorías del arbitraje señaladas al inicio -contractualista y jurisdiccionalista-, como desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, fuentes en las que se han sostenido al menos dos posturas. La primera defiende que la renuncia de la cláusula compromisoria únicamente puede ser expresa, debido a que en el derecho “las cosas se hacen como se deshacen” y como la cláusula compromisoria se constituye por escrito, debe desistirse del mismo modo, sin que se pueda deducir su renuncia de las meras conductas de las partes. La segunda sostiene la posibilidad de una renuncia tácita -sin desmedro de la expresa- debido a que en el evento en el cual una de las partes de ese pacto arbitral, en vez de remitir determinado conflicto derivado de la misma al árbitro, demanda ante el juez natural, y en contraposición el demandado no excepciona existencia de pacto arbitral, se entiende que el deseo real de ambos era el de sustraerse del conocimiento del arbitraje, y por ende de renunciar al mismo, aun cuando no se hubiera señalado de manera expresa.

Las posturas anteriores han sido acogidas en diferentes momentos históricos por la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo. En un primer momento, bajo un análisis interpretativo de las disposiciones

sobre arbitraje del Decreto 1818 de 1998 y de la Ley 80 de 1993, se sostuvo la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria. Sin embargo, a partir de la Providencia No. 17.859 del 18 de abril del 2013, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera (Sección Tercera), se unificó la jurisprudencia de esa Corporación, en el sentido de permitir únicamente la renuncia expresa.

A. Antecedentes de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

En virtud de la vigencia del Decreto 1818 de 1998 y de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado venía aplicando la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, que procedía cuando a pesar de haberse acordado el conocimiento de determinado conflicto por los árbitros, una de tales partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no proponía excepción con apoyo en la existencia del pacto arbitral.

Conforme con lo anterior, si se notificaba el auto admisorio de la demanda al demandado y este no alegaba excepción de falta de jurisdicción y competencia y/o de cláusula compromisoria, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 29.215, 2013).

En providencia de 1998, el Consejo de Estado (Sección Tercera, Sentencia 14.097, 1998) declaró configurada la renuncia tácita de la cláusula compromisoria con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, justificado en que el hecho de demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de contestar la misma demanda sin excepcionar, conforme con el pacto arbitral, implicaba que las partes se separaron de los efectos de la cláusula que habían pactado, porque:

“ (...) así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14.097, 1998).

En el año 2004, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera, Sentencia número 25.094, 2004) expresó que si en un proceso judicial, el demandado no alega la cláusula compromisoria, debe interpretarse su comportamiento como su renuncia a someter la litis al Tribunal de Arbitramento, evento en el cual pierde la posibilidad de invocar con posterioridad la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, lo cual se traduce en la ineficacia del pacto compromisorio, más no en la revocación o rescisión de ese negocio jurídico. En consecuencia, se concluye que la

renuncia tácita no produce la extinción del pacto arbitral, sino que determina la inaplicación de la misma al proceso concreto.

Con posterioridad, en el año 2005, estimó, frente al argumento del demandado de haber contestado la demanda, no para renunciar tácitamente a la cláusula compromisoria sino para evitar que caducara la acción, que no bastaba con la contestación de la demanda, sino que resultaba imprescindible alegar la excepción derivada del pacto arbitral vigente para que este no se entendiera renunciado tácitamente (Consejo de Estado, Sentencia 25.934, 2005).

En el año 2006, el Consejo de Estado (Sección Segunda, Sentencia 20.189, 2006) reiteró la mencionada postura cuando sí se alegaba la excepción ligada a la existencia de la cláusula compromisoria, por lo cual se declaraba inhibida, bajo el entendido de que, de no haberse excepcionado de ese modo, hubiera tenido que conocer de fondo sobre el asunto.

Corolario a lo anterior, en el año 2009 se hicieron adiciones ligeras consistentes en que, en el caso de la procedencia de la renuncia tácita, se le daba efecto al silencio de las partes y que no solo procedía cuando se contestaba la demanda y no se excepcionaba, sino también en el evento de ni siquiera contestarse la demanda (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 29.699, 2009).

Igualmente, la posición descrita se fortaleció en la medida en que seguía siendo acogida en las decisiones del Consejo de Estado y en consecuencia, se mantenía la jurisdicción y competencia sobre los casos, o se emitía sentencia inhibitoria, de acuerdo a si se alegaba la excepción correspondiente o no. En desarrollo de lo dicho, se manifestó en el año 2010 que había al menos dos formas de renunciar la cláusula compromisoria: (i) a través de la suscripción de un nuevo acuerdo derogatorio o (ii) demandando ante la justicia contencioso-administrativa y no contestando la demanda o contestándola sin excepcionar la existencia de pacto arbitral (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18.395, 2010).

En conclusión, desde hace casi dos décadas, el Consejo de Estado resolvió que en los eventos en los cuales, pese a existir cláusula compromisoria entre las partes, cuando una de ellas demandaba ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no respondía la demanda o en caso de responderla no excepcionaba la existencia de tal pacto, se configuraba la renuncia tácita de tal acuerdo, de modo que dicha Corporación terminaba conociendo de los asuntos correspondientes. Lo anterior, con fundamento en el carácter voluntario del arbitraje, según el cual, así como se pacta por consentimiento, se puede desistir mutuamente; en el valor que se le daba al

silencio como expresión del consentimiento; y de acuerdo con las cargas procesales que debe asumir quien demanda y quien es demandado.

- B. Prohibición a la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en virtud de la Sentencia del Consejo de Estado No. 17.859 del 18 de abril del 2013.

Aunque se había mantenido por casi dos décadas la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en el Consejo de Estado, el 18 de abril del 2013, la providencia No. 17.859 con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera (Sección Tercera) decidió modificar dicha postura, y a través de la unificación de jurisprudencia, permitir únicamente la renuncia expresa del pacto compromisorio.

La problemática de la decisión en cuestión se refería a una acción de controversias contractuales interpuesta por el Sr. Julio Cesar García Jiménez contra el Departamento del Casanare por incumplimiento contractual, terminación y liquidación unilateral injustificadas de un contrato de obra celebrado con el demandado el 25 de junio de 1996.

Ante ese panorama, el a quo resolvió negar las pretensiones de la demanda por estimar que el contrato objeto de la litis sí desconoció los principios de la contratación estatal, motivo por el cual el demandante elevó recurso de apelación, otorgando competencia al Consejo de Estado para conocer de la controversia.

Con fundamento en lo dicho, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo decidió que el asunto era de importancia jurídica, debido a que se iba a modificar la tesis jurisprudencial de la renuncia tácita pactada entre las partes en un contrato estatal, en virtud de la legislación anterior a la Ley 1563 del 2012.

De manera preliminar, se definió el pacto arbitral como un acuerdo de voluntades por el cual las partes, con capacidad de transigir, se obligan a someter sus diferencias a la decisión de los árbitros. En ese sentido, se mencionó que ese pacto debe ser expreso, pues sustrae al juez estatal del conocimiento de los casos que por regla le competen. Además, como requisito de forma de dicha figura, se estipuló que debe constar en un documento, que cumple una función constitutiva y probatoria, con fundamento en los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, en tanto normas de orden público.

Ahora, en lo que se refiere a la contratación estatal, la providencia en cuestión señaló que la cláusula compromisoria, que debe ser expresa y constar en documento, también debe constituirse por escrito, en armonía con

el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, ya que, si se entiende que esta, aunque autónoma, es un auténtico negocio jurídico, la normativa en materia de contratación pública exige que esos actos suscritos por la Administración consten por escrito para su perfeccionamiento.

A partir del fundamento solemne que se le atribuyó a la cláusula compromisoria, se afirmó con posterioridad que como el pacto en cuestión requiere constar por escrito, para su nacimiento al mundo jurídico, no era coherente entender su renuncia solo a partir del mero comportamiento de las partes del mismo, so pena de tornar inocua su solemnidad, todo ello debido a que en el derecho “las cosas se deshacen como se hacen”.

La solemnidad del pacto arbitral fue fundamentada con el interés público que dicho acto involucra y porque tiene implicaciones en la efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia. En ese sentido, se expresó que la renuncia tácita de esa figura vulnera su autonomía debido a que se la entiende derogada a partir de situaciones ajenas a la misma⁴. Además, se manifestó que como la cláusula surge a partir del principio de planeación, conforme con lo cual la Administración la estima conveniente, ello implica que no se puede desistir a partir de la conducta de las partes.

Así las cosas, se consideró que aceptar la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria implica dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido expresamente que irían a la justicia arbitral, así como también validar la existencia de dos jurisdicciones diferentes y de igual competencia para solucionarlo.

Conforme con lo anterior, se concluyó que, si se elige el camino del arbitraje, únicamente se tiene una opción, que obliga a someterse a la decisión arbitral, de modo que, en el evento en que una de las partes demanda e incluso la otra no excepciona, el Juez Contencioso Administrativo debe rechazar la demanda o decretar la nulidad de todo lo actuado, aunque la misma no hubiera sido alegada. Empero, en consideración del Consejo de Estado, la única forma válida de modificar la cláusula compromisoria era hacerlo de manera expresa y por escrito.

En el caso concreto, se destacó que las partes constituyeron cláusula compromisoria por escrito y que nunca la renunciaron de manera explícita, de modo que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no podía

⁴ Es decir, se considera por el Consejo de Estado, en la providencia objeto de análisis, que la renuncia tácita no se compagina con la cláusula compromisoria, en la medida en que la misma solo puede ser modificada por la forma en que fue prevista, y cualquier situación exógena que la afecte atenta contra su autonomía y la hace inocua.

conocer de ese asunto, motivo por el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, y se ordenó remitir el expediente a los árbitros competentes, evento en el cual se aclaró que la tesis que imperará al respecto es la de la renuncia únicamente expresa y solemne de la cláusula compromisoria.

A pesar de la decisión anterior, los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth elevaron salvamento de voto contra la decisión analizada alegando el requerimiento indebido de una solemnidad ab substantiam actus no prevista en la ley para ese asunto que conllevaba a la limitación el derecho fundamental al acceso a la justicia en los eventos que configuren los supuestos del caso.

En primer lugar, se sostuvo por los magistrados disidentes que la extinción únicamente solemne de los efectos de la cláusula compromisoria desconoció la posibilidad de extinguir las obligaciones mediante el mutuo disenso tácito y además introdujo una solemnidad sin fundamento legal.

Al respecto, se destacó que en virtud de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, aplicables a la cláusula compromisoria, las obligaciones pueden extinguirse por decisión mutua de las partes, que puede ser tácita, como aquella en la cual se inejecutan las prestaciones bilaterales. De manera consecuente, se dijo que es diferente el negocio creador de la obligación, que puede ser solemne, del negocio de la extinción que no necesariamente lo será. Así, en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil, se expresó que esa norma autoriza a las partes a que destruyan por el mutuo consentimiento cualquier contrato perfeccionado con arreglo a la ley, sin más limitaciones que las dispuestas para los actos que establecen y determinan el estado civil y hacen inmutables sus efectos. En conclusión, el ordenamiento jurídico colombiano consagra que aún cuando un contrato es solemne, puede darse por terminado por el consentimiento mutuo, sin mayores exigencias.

Ahora, se mencionó que la solemnidad debe constar de manera expresa por establecer un límite a la autonomía de la voluntad privada, sin que valgan interpretaciones extensivas y analógicas. En el caso concreto, se extendió la solemnidad del contrato estatal a la cláusula compromisoria, que es ajena a este régimen.

En esos términos, se manifestó que el ordenamiento colombiano permite extinguir las obligaciones, aún solemnes, de manera consensual y tácita, y que extender las normas de la contratación estatal al pacto arbitral, que es autónomo y se rige por otros principios, resultaba inadecuado.

En segundo lugar, se sostuvo que la decisión en cuestión afecta el acceso a la administración de justicia de las partes del caso y de aquellos a los que se les llegare a fallar de esa manera.

En desarrollo de lo anterior, se señaló que conforme con el artículo 116 constitucional, la atribución de competencia a la justicia arbitral es temporal, de modo que, si se permite su renuncia únicamente expresa, se está volviendo permanente ese mecanismo luego de elegido, lo cual conlleva al irracional de sustituir en forma genérica e indefinida la rama judicial en su función de administrar justicia, aún cuando las partes deseen que su litis se lleve por la vía ordinaria. Ello porque si bien para acudir al árbitro se requiere habilitación mediante negocio jurídico, para acudir a la justicia ordinaria no hay mayores restricciones, cuando el mutuo disenso indica que no se quería acudir a justicia arbitral.

De esta manera, los Consejeros cuestionaron que, aunque no comparten la posición acogida por la Sección Tercera en la providencia en cuestión, la misma no podía surtir efectos retroactivos, so pena de afectar la igualdad de los usuarios del servicio de justicia. Ello porque había jurisprudencia pacífica sobre la materia que avalaba la renuncia tácita, lo cual daba a entender a los ciudadanos que podían acudir ante la justicia ordinaria y no excepcionarla para mantenerse en la misma, de modo que cambiar con efectos ex tunc esa situación afecta la confianza legítima que aquellos depositaron en la justicia contencioso-administrativa.

En suma, los magistrados del salvamento consideraron inadecuada la nueva postura del Consejo de Estado, al punto de sostener que la misma no se compagina con la normativa en materia de las obligaciones al introducir una solemnidad sin fundamento legal y afecta el derecho al acceso a la administración de justicia, más cuando se decidió aplicar ese criterio de manera retroactiva.

C. Dificultades en torno a la tesis de la prohibición de la renuncia tácita

Luego del bosquejo de la providencia por la cual se eliminó la posibilidad de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en virtud del Decreto 1818 de 1998, resulta necesario destacar los fundamentos por los cuales se acogió únicamente una renuncia expresa de la cláusula compromisoria en el año 2013 y su contraposición con la normativa y doctrina en materia de arbitraje, con los derechos a acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica así como con sistemas jurídicos similares como el francés.

1. Contradicción de la renuncia solemne de la cláusula compromisoria con el ordenamiento jurídico colombiano

A continuación, se justificará por qué la renuncia solemne de la cláusula compromisoria se contrapone con la teoría jurisdiccional, con la autonomía de la voluntad como elemento inescindible del arbitramento y con el concepto de cargas procesales propio del procedimiento jurisdiccional ordinario y arbitral.

a. Desconocimiento de la tesis jurisdiccional vigente en Colombia

Se observa que la providencia objeto de estudio fundamenta su cambio de tesis en la tesis contractualista, no vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Del análisis de la tesis acogida por el Consejo de Estado en 2013, incluso la contenida en el salvamento de voto, se dilucida que los fundamentos para una y otra postura radican en la naturaleza contractual de la cláusula compromisoria. Así, la discusión en torno a la renuncia del pacto arbitral se limita a establecer que, por su naturaleza solemne, debe deshacerse por medio de la misma solemnidad; y en el evento del salvamento de voto, el argumento se limita a hacer un análisis contractualista para aducir que los actos jurídicos se pueden extinguir tácitamente, sin que haya habido pronunciamiento alguno con respecto al hecho de que un análisis a partir de la teoría jurisdiccional implicaba ir más allá de esos elementos.

Por otro lado, y en armonía con la postura previa, se fundamenta la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en su carácter de contrato estatal accesorio, al ser entendida como un negocio jurídico celebrado entre la administración y los particulares -por regla-, que pese a ser autónomo del contrato estatal principal, no lo es respecto de las solemnidades que exige el Estatuto de la Contratación Estatal para su nacimiento al mundo jurídico y extinción. Además, se señala que la renuncia tácita contraría la necesidad de una voluntad cualificada de la administración para su procedencia, consistente en fundamentar ese tipo de decisiones conforme con el principio de planeación.

De lo dicho se dilucida que los argumentos en torno a la tesis de la prohibición de la renuncia de la cláusula compromisoria se reducen a su naturaleza contractual, más no a la auténtica función jurisdiccional que ejerce el árbitro, desconociendo la teoría jurisdiccional como la imperante en el ordenamiento colombiano. En síntesis, el fundamento teórico implícito en la tesis del Consejo de Estado por la cual se prohíbe la renuncia tácita es el de la teoría contractualista del arbitraje, por lo expuesto.

A pesar de lo anterior, al fundamento mencionado se contraponen el que realmente le atribuye el ordenamiento jurídico colombiano al arbitraje, que consagra una tesis jurisdiccional como se verá a continuación.

Si se revisa el marco general que ya se mencionó, es menester destacar que el artículo 116 constitucional incluye al arbitraje dentro de los eventos por los cuales se administra justicia por los particulares de manera excepcional. Asimismo, la Ley 270 de 1996 que en su artículo 13 menciona que los árbitros administrarán justicia respetando los principios constitucionales y en particular el debido proceso. Por otro lado, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 prescribe que el arbitraje es un mecanismo por el cual las partes involucradas defieren su decisión a un tribunal arbitral que queda investido para administrar justicia. Finalmente, el artículo 1 de la Ley 1563 del 2012 manifiesta que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes avalan a los árbitros para la resolución de sus conflictos, figura que se ceñirá a los principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción propios de la función jurisdiccional.

Algo que todas las normas mencionadas tienen en común es el hecho de aceptar que por medio del arbitraje se administra justicia a partir de la voluntad de las partes que deciden remitir sus controversias a ese mecanismo alternativo, lo cual evidencia que, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano, se consagra una tesis jurisdiccional del arbitraje.

Lo anterior ha sido afirmado de manera directa por la Corte Constitucional (Sentencia SU-174, 2007), quien ha expresado que el arbitramento tiene una naturaleza jurisdiccional en virtud del artículo 116 constitucional que permite a los árbitros administrar justicia de manera temporal, sin desmedro de que ello surja a través de la voluntad libre de las partes objeto de la litis. En desarrollo de lo anterior, se destaca que en el arbitraje colombiano los particulares administran justicia solo en calidad de árbitros, avalados por las partes voluntariamente. Igualmente, la administración de justicia en el arbitraje se encuentra fundada en la función pública que se materializa en la expedición de fallos en derecho o en equidad, es transitoria, excepcional, y finalmente, la definición de sus términos es competencia del legislador.

Ahora, pese a que la Corte Constitucional ha expresado recientemente que la tesis prevalente sobre la naturaleza jurídica del arbitraje es una mixta, cabe destacar que tal posición ha sido mencionada únicamente en dos providencias como *orbiter dictum* (Sentencias C-538, 2016 y C-947, 2014), sin que tenga la fuerza de precedente propia de la postura de la teoría jurisdiccional, que además de ser acogida en múltiples sentencias, ha sido

recogida en una de unificación (Sentencia SU-174, 2007), lo que implica que si bien hay una tendencia a modificar la tesis imperante, tal cometido aún no se ha materializado y por ende se mantiene vigente la postura inicial. Por lo anterior, resulta evidente que a hoy, la tesis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en Colombia es la jurisdiccional y se partirá de tal supuesto para desarrollar el presente artículo.

En suma, se concluye que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en Colombia es la imperante porque para la Corte Constitucional, el ejercicio de ese método alternativo de solución de conflictos se asemeja al de la función judicial sin desmedro de sus propias particularidades, postura que si bien se ha pretendido modificar, todavía se mantiene en el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de lo señalado, como se expuso con antelación, los fundamentos del Consejo de Estado para prohibir la renuncia tácita de la cláusula compromisoria se basan en una tesis contractualista del arbitraje no acogida en el ordenamiento jurídico colombiano, desconociendo incluso jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce que en Colombia se acogió una tesis jurisdiccional del arbitraje.

- b. Desconocimiento de la autonomía de la voluntad con la tesis objeto de estudio

Basado en una tesis contractualista del arbitraje, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo introduce una solemnidad que como se desarrollará, no tiene un fundamento legal, lo cual afecta y limita indebidamente la autonomía de la voluntad aplicable al arbitraje.

Obsérvese que el fundamento principal para que el Consejo de Estado prohíba la renuncia tácita de la cláusula compromisoria consiste en entenderla como un contrato estatal solemne que debe constar por escrito en virtud del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 y que además, en virtud de tal solemnidad, únicamente puede ser renunciada de manera expresa.

Pues bien, dicha postura no se adecúa con la autonomía de la voluntad que irradia el arbitramento porque se desconoce que en el marco de esa figura, las partes pueden exteriorizar su voluntad de manera tácita y constituir consentimiento para extinguir un negocio jurídico autónomo como lo es la cláusula compromisoria.

Al respecto, es de anotar que en el arbitramento en la contratación estatal, la normativa aplicable sobre la autonomía de la voluntad para la extinción del pacto arbitral es la contenida en el Código Civil Colombiano, en la medida en que no se reguló tal figura para efectos del arbitraje en la Ley 80 de 1993, ni en el Decreto 1818 de 1998, de manera que a falta de disposiciones

específicas, son aplicables las generales. En este punto, es pertinente señalar que el hecho de que se estableciera una solemnidad en el Decreto 1818 de 1998, cual es la de constituir el pacto arbitral en documento, nunca implica que su extinción deba hacerse por la misma vía, pues tal formalismo se exigió únicamente para el surgimiento a la vida jurídica de la cláusula compromisoria o el compromiso.

Ahora, sobre la oferta y la aceptación como manifestaciones de la voluntad, Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2014, pp. 162-163) manifiestan que, así como la primera puede ser expresa o tácita, la segunda también puede ser de ambas modalidades. A pesar de lo anterior, mencionan que el silencio per sé, para ellos no puede ser considerado como una aceptación de la oferta; sin embargo, destacan que sí podría haber aceptación tácita que reconoce la ley, consistente en un hecho inequívoco de ejecución del contrato.

En contraposición a la tesis expuesta del silencio, el tratadista Álvaro Ortiz Monsalve (2015, p. 86) afirma que esa figura tiene efectos cuando la ley lo permite de manera expresa, cuando las partes lo han acordado o cuando los hechos que lo acompañan permiten entenderlo como vinculante.

De todos modos, también se menciona que, en armonía con el artículo 1602 y 1625 del Código Civil, todo contrato puede extinguirse por mutuo consentimiento entre acreedor y deudor, concurrencia de voluntades que al igual que en la conformación del contrato, puede ser expresa o tácita, lo cual es denominado convención extintiva por mutuo disenso tácito. Como excepciones a lo anterior, se mencionan los actos jurídicos derivados del estado civil de las personas o de obligaciones tales como los alimentos cuando no tienen origen contractual (Ospina y Ospina, 2014, pp. 313-315).

Conforme con lo anterior, la extinción de un negocio jurídico se puede dar a través del mutuo disenso de las partes, lo cual es suficiente para darlo por extinguido, salvo las excepciones mencionadas.

En esos términos, partiendo de que se aplican los criterios generales sobre la autonomía de la voluntad revisados previamente en la terminación del pacto arbitral, pues no hay norma que requiera de manera expresa solemnidad para extinguirlo, cabe concluir que su finalización, en el marco de los negocios jurídicos del Estado, puede darse a través de una manifestación expresa o tácita, como parte del ejercicio de la autonomía de las partes.

Así las cosas, si se parte de la necesidad de hacer efectiva la autonomía de la voluntad en el arbitramento, aunque este se consagrare en los contratos estatales, se debe entender, como lo asimilaron los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth en salvamento de voto de la

providencia objeto de examen (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17.859, 2013), que la renuncia tácita de la cláusula compromisoria no se contraponen al consentimiento de las partes sino que por el contrario, se armoniza con dicha figura, bajo el entendido de que la exteriorización tácita, e incluso el silencio, implican la expresión de un querer que en este caso consiste en el deseo de que una litis se tramite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no ante un tribunal arbitral, aunque inicialmente se hubiera acordado otra cosa.

Corolario a todo lo dicho, la providencia en cuestión señala, de manera errada, que la cláusula compromisoria en la contratación estatal es solemne y que debe constar por escrito en virtud del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, formalidad que obliga a las partes a extinguir ese negocio jurídico por escrito también, posición que se reputa inadecuada, ya que como se dijo, no hay una regulación específica sobre la autonomía de la voluntad para extinguir la cláusula compromisoria en el arbitramento en la contratación estatal, y al no señalarse ninguna formalidad expresa para dar por terminado ese pacto arbitral, son aplicables con plenitud las normas del Código Civil sobre la materia, que posibilitan terminar un contrato -como lo es la cláusula compromisoria- a través de una manifestación de la voluntad que puede ser expresa o tácita, salvo excepciones entre las cuales no se encuentran la existencia de actos jurídicos solemnes, pues es diferente un requisito para el nacimiento de un negocio jurídico que los requisitos para su extinción.

En conclusión, la providencia objeto de estudio desconoce que la renuncia tácita de la cláusula compromisoria implica una manifestación de voluntad implícita pero válida por el ordenamiento jurídico colombiano para dar por terminado un negocio jurídico como lo es el pacto arbitral, aun cuando aquél fuere solemne en su constitución.

c. Desconocimiento de las cargas procesales con la tesis objeto de estudio

Bajo el entendido de que la tesis vigente en el ordenamiento jurídico colombiano es la jurisdiccional, conforme con la cual, si bien la justicia arbitral adquiere competencia por medio de la voluntad de las partes, lo que prima en este mecanismo alternativo son las facultades jurisdiccionales que tienen los árbitros y en consecuencia la naturaleza procesal del mismo, cabe afirmar que la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria desconoce las cargas procesales propias de cada juicio, que son aplicables a procesos judiciales ordinarios y a los arbitrales de acuerdo con la postura mencionada.

De manera anticipada, se sostiene que luego de que se demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no se contesta la demanda o aun cuando ello sucede no se excepciona, se está desistiendo la carga procesal

consistente en alegar la existencia de cláusula compromisoria y por ende el juez estatal debe mantener su competencia.

Para la Corte Constitucional (Sentencia C-086, 2016), las cargas procesales son aquellas situaciones que demandan una conducta de realización facultativa ligada al interés personal del sujeto y cuya omisión le genera consecuencias desfavorables. En esos términos, se tienen las posibilidades, *verbi gratia* de contestar, probar y alegar; o las de no hacerlo, sin que ello sea *per sé* obligatorio, pero generando consecuencias positivas o adversas a quien las realice o no.

En relación con lo dicho, se ha entendido que el derecho de contradicción implica la posibilidad de que la persona se oponga a una pretensión derivada del ejercicio del derecho de acción, para desvirtuarla por razones de forma o de fondo. En ese sentido, para Parra Quijano (1992, pp. 113-114) una de las formas clásicas de ejercer derecho de contradicción, consiste en la formulación de excepciones previas o de mérito.

En cuanto a las excepciones, resulta oportuno destacar que las mismas son facultativas, porque como bien se señala en el artículo 100 de la Ley 1564 del 2012, “el demandado podrá” más no “deberá” proponerlas. Así, en tanto no son obligatorias, configuran cargas procesales. Pese a lo anterior, en algunos casos, las excepciones concurren con las causales de inadmisión o rechazo de una demanda, en cuyo caso el juez se encuentra obligado, en el proceso ordinario y en el contencioso administrativo, a no conocer de la demanda, incluso si no se plantea la situación como excepción por el accionado⁵.

Ahora bien, debe entenderse que, si el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional con contenido procesal, al igual que el proceso Contencioso Administrativo, las cargas procesales son plenamente procedentes en uno u otro camino. De esta manera, si una de las partes de la cláusula compromisoria demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no contesta tal demanda o en caso de contestar no excepciona existencia de pacto arbitral, se está renunciando a la carga procesal consistente en alegar que se había pactado llevar tal controversia a arbitraje, lo que ya no le generará un beneficio o perjuicio –según el caso- a ambos de llevar la controversia a la vía alterna del arbitraje.

En este punto cabe destacar que si bien, como se dijo previamente, una excepción puede concurrir con una causal de inadmisión o rechazo de la demanda, en cuyo caso se sobrepone el deber del juez de no admitir o de

⁵ Un ejemplo de la concurrencia entre una excepción previa y una causal de inadmisión o rechazo de la demanda es el de la caducidad del medio de control, figura que aunque no sea planteada como excepción, puede conllevar a que la demanda no sea conocida por el juez que corresponda.

rechazar la demanda a la carga de la parte de alegar la excepción, en el caso de la excepción de existencia de pacto arbitral tal situación no se configura, en la medida en que ni las leyes 1564 del 2012 y 1437 del 2011, ni sus predecesoras configuran como parte de las causales de inadmisión o rechazo de la demanda en el proceso ordinario o contencioso administrativo la existencia de pacto arbitral, de manera que tal situación únicamente puede ser considerada por el juez para efectos de no conocer el caso en la medida en que sea alegado como excepción previa.

En esos términos, si demandar ante el juez contencioso administrativo y responder tal demanda a través de excepción de existencia de pacto arbitral es una carga procesal de las partes, no realizar tal conducta implica que se descarta la posibilidad consistente en que la controversia sea conocida por árbitros. Pese a lo anterior, el Consejo de Estado omitió cualquier consideración al respecto y manifiesta que aun cuando el demandado no alegue oportunamente la existencia de pacto arbitral, el Juez declarará la nulidad de todo lo actuado, haciendo nugatoria la posibilidad de que el demandado alegue o no excepciones y favoreciendo injustificadamente a la parte negligente.

2. Afectación a los derechos a acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica por la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

Así como la prohibición de la renuncia tácita no se adecúa con la teoría jurisdiccional, es necesario destacar que esta también afecta los derechos al acceso a la administración de justicia y a la seguridad jurídica por establecer la tesis mencionada de manera retroactiva y por modificar el ordenamiento jurídico de las personas que ya se habían sometido a su jurisdicción en virtud de la tesis de la renuncia tácita.

- a. Afectación al derecho al acceso a la administración de justicia con la prohibición a la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

En miras a hacer efectiva la función jurisdiccional, el constituyente otorgó al ciudadano del derecho fundamental a la administración de justicia, consistente en la prerrogativa reconocida a las personas por la cual pueden acudir en condiciones de igualdad ante jueces y tribunales, para garantizar la integridad del orden jurídico y la satisfacción de sus derechos (Quinche, 2012. pp. 488-489).

Para Manuel Fernando Quinche Ramírez (2012, pp. 488-489), esta prerrogativa implica la adopción de medidas tales como contar con procedimientos idóneos y efectivos para la resolución de controversias, la solución prudencial y sin dilaciones de los conflictos judiciales, el respeto al

debido proceso, existencia de amplios mecanismos de arreglo de controversias y su cobertura nacional.

Al respecto, la Corte Constitucional menciona (Sentencia C-367, 2014) que para que dicho derecho se materialice, se requieren tres requisitos, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado consistente en abstenerse de adoptar medidas que impiden o dificulten el acceso a la justicia o su realización, (ii) la obligación de hacer del Estado consistente en adoptar medidas para impedir la afectación del derecho y (iii) la obligación de hacer del Estado consistente en facilitar las condiciones para el disfrute del derecho.

En efecto, se tiene que la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria afecta el derecho al acceso a la administración de justicia, pues contraría el mandato de solución sin dilaciones de las controversias jurisdiccionales, las obligaciones del Estado de no adoptar medidas que dificulten el acceso a la justicia y el deber que tiene de facilitar las condiciones para el disfrute de los derechos.

Lo anterior por cuanto, al acoger la tesis de la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, lo hizo de manera retroactiva, devolviendo al inicio controversias con una década en promedio de duración ante juez del Estado y que luego de dicha decisión debían ser decididas en sede jurisdiccional de arbitraje. Además, porque se rechaza la voluntad de las partes de acudir a la justicia ordinaria, que no requiere ninguna solemnidad.

En primer lugar, resulta oportuno justificar la necesidad de tener como relevante la eficacia de la postura objeto de estudio, así como sus consecuencias, que en el evento concreto consisten en dilatar injustificadamente el derecho al acceso a la justicia, lo cual se hará desde las ópticas de Hans Kelsen y Alf Ross.

Para el jurista vienés Hans Kelsen (2003, p. 133) del derecho se pueden hacer juicios de validez, justicia y eficacia, y para que este se entienda válido, no es suficiente su conformidad con el ordenamiento jurídico, sino que este requiere un mínimo de eficacia. En contraposición, Alf Ross (Serrano, 2013, p. 42) señala que la noción de validez se reduce a una experiencia racionalizada de determinadas tendencias subjetivas que operan como sentimiento vinculante.

Como se observa, tanto para la escuela positivista, como para la realista, la eficacia de la norma tiene una gran relevancia, que puede ser mayor o menor según la postura, lo cual es rescatable para efectos del presente documento, más que para debatir sobre su incidencia en la existencia de aquella, para justificar la necesidad de evaluar las consecuencias reales y prácticas de la

providencia por la cual se eliminó la posibilidad de renunciar tácitamente la cláusula compromisoria en virtud de la legislación anterior a la Ley 1563 del 2012.

Desde el punto de vista práctico, es menester señalar que es un constante de la sentencia por la cual se eliminó la posibilidad de la renuncia tácita, así como de las que se emitieron con posterioridad con fundamento en aquella, que se retrotrajeron a cero procesos que en promedio llevaban una década en curso y donde jamás se excepcionó oportunamente la falta de jurisdicción y competencia o existencia de pacto arbitral.

En el caso de la providencia No. 17.859, se observa que la controversia surgió en 1996 y que se resolvió en sede de apelación al Consejo de Estado en el año 2013, año en el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado y se remitió copia del expediente a la Cámara de Comercio correspondiente, para que conociera como árbitro competente. De lo anterior se colige que, 17 años después, las partes del proceso se mantienen sin una solución jurídica al respecto.

La situación descrita ha perdurado en la jurisprudencia posterior sobre la materia, y en concreto, se ha reiterado la constante de que, tras varios años de proceso, se decreta la nulidad de todo lo actuado, pese a que no hubo excepción del demandado por la existencia de cláusula compromisoria.

En los términos anteriores, es oportuno destacar la providencia no. 22.508 del 2013 (Sección Tercera), en la cual la controversia inició en el año 1991; la providencia no. 28.951 del 2014 (Sección Tercera), en la cual la controversia inició en el año 2002; la providencia no. 35.765 del 2015 (Sección Tercera), en la cual la controversia inició en el año 2001; la providencia no. 46.141 del 2016 (Sección Tercera), en la cual la controversia tuvo inicio en el 2008 y la providencia No. 34.681 del 2017 (Sección Tercera) en la que la controversia tuvo inicio en el 2004.

En todas las menciones previas, se decretó la nulidad de todo lo actuado en las fechas de expedición de esas providencias, de lo cual se deriva que se mantiene la constante de devolver a cero controversias de una década en promedio a raíz de la nueva tesis adoptada por el Consejo de Estado.

En esos términos, el efecto práctico de la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria ha sido el de mantener controversias jurisdiccionales por largos periodos de tiempo, para luego retrotraer lo realizado y devolver a los primeros momentos del proceso dichas situaciones, aun cuando las partes decidieron tácitamente que sus asuntos fueran conocidos por el Juez Contencioso Administrativo, lo cual afecta el derecho a acceso a la administración de justicia de quienes esperan una resolución

oportuna de sus problemáticas jurídicas y la seguridad jurídica de quienes ven cómo les modifican el derecho de manera retroactiva.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia se ve afectado por desconocer la voluntad de las partes de someterse a la justicia estatal.

Es de anotar que según la Corte Constitucional (Sentencia T-550, 2016) para acudir a la justicia estatal, basta tener la calidad de persona y encontrarse en el territorio nacional. En contraposición a lo anterior, el mismo Tribunal (Sentencia C-305, 2013) ha estimado que el arbitraje resulta ser un mecanismo temporal y voluntario. En esos términos, es oportuno destacar que la providencia objeto de estudio desconoce que no se requiere solemnidad alguna para acudir a la justicia ordinaria, perpetuando la cláusula compromisoria hasta tanto no se renuncie expresamente, lo cual, como ya se justificó en varios acápite del presente documento, resulta inadecuado y contradictorio.

De esta manera, se concluye que prohibir la renuncia tácita de la cláusula compromisoria afecta el derecho a una administración de justicia efectiva y sin dilaciones.

- b. Afectación a la seguridad jurídica con la prohibición a la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

Derivado del derecho a la administración de justicia que ya fue esbozado con anterioridad, surge el derecho a la seguridad jurídica, consistente en un nivel mínimo de certeza del ordenamiento jurídico en aras de lograr una interpretación y aplicación justa y equitativa del mismo. En el ámbito judicial, ello implica certeza de que los jueces decidirán los casos iguales de la misma forma salvo justificación motivada (Corte Constitucional, Sentencia C-284, 2015).

En desarrollo de lo anterior se destaca que la seguridad jurídica se conforma por los postulados de buena fe y confianza legítima, de los cuales se colige que no se puede sorprender a los particulares con actuaciones que aisladamente tengan fundamento jurídico pero que, al compararlas, resulten contradictorias (Corte Constitucional, Sentencia C-284, 2015).

Además, se menciona como consecuencia de lo dicho que ello permitirá a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas (Corte Constitucional, Sentencia C-284, 2015).

Como una de las herramientas principales para hacer efectivo este derecho, se destaca la unificación de jurisprudencia, que permite mantener criterios únicos sobre mismos temas, en aras de garantizar el derecho a la igualdad

de trato ante situaciones análogas (Corte Constitucional, Sentencia C-179, 2016).

Conforme con todo lo anterior, es claro que modificar un criterio, que además era pacífico en el Consejo de Estado, bajo el pretexto de unificar jurisprudencia, con efectos retroactivos, implica sorprender a las partes que actuaron conforme con los precedentes vigentes, y que en esa medida decidieron renunciar tácitamente la cláusula compromisoria, de modo que contrario a la finalidad del recurso que se ejerció, cual es la de unificar criterios jurisdiccionales para mantener claridad en el ordenamiento, se promulga la inseguridad jurídica.

Además, si como se dijo, la seguridad jurídica implica no sorprender a los particulares con actuaciones que aisladamente tengan fundamento jurídico pero que, al compararlas, resulten contradictorias, es claro que se consagra la prohibición de la renuncia tácita y su contradicción con el ordenamiento jurídico colombiano, por los motivos expuestos durante todo el texto.

De esta manera, la proscripción de la renuncia tácita afecta la seguridad jurídica por su contradicción con el ordenamiento jurídico y por su aplicación retroactiva.

3. La prohibición de la renuncia tácita y su disconformidad con el derecho francés: estudio comparado

De manera introductoria, es oportuno mencionar que, para lograr un análisis sistemático de la problemática desarrollada, se hará un breve análisis de derecho comparado en el presente documento con el derecho francés. La razón por la cual se elige ese Estado y no otro se debe a la similitud de su ordenamiento en materia de Derecho Administrativo con el colombiano, si se tiene en cuenta que gran parte de la normativa de ese país ha sido trasplantada al ordenamiento jurídico nacional (Rodríguez, 2015, pp. 39-42), y con base en la necesidad de “comparar lo comparable”, es decir, de hacer juicios de aspectos comunes y diferencias a partir de ordenamientos jurídicos que tengan una similitud, tal y como lo manifiesta Paolo Biscaretti (1975, p. 13).

Como ya se dijo, los artículos 1602 y 1625 del Código Civil Colombiano permiten que, aunque el contrato es ley para las partes, los acuerdos legalmente constituidos puedan ser revocados por consentimiento mutuo. De manera paralela, el artículo 1134 del Código Civil Frances prescribe que los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado, pero que podrán ser revocados por mutuo consentimiento o por las causas que autoriza la ley. Al respecto, se observa que los artículos 1602 y 1625 del Código Civil tienen disposiciones idénticas a las del 1134 francés,

consecuencia del trasplante que hizo Andrés Bello del Código de Napoleón (Valencia y Ortiz, 2011, p. 75), de modo que en uno y otro evento se pueden extinguir las obligaciones por mutuo disenso.

Ahora, frente a la naturaleza jurídica del arbitraje en uno y otro Estado, cabe destacar que, en el evento de Colombia, como ya se esbozó con anterioridad, se acoge una teoría jurisdiccional. Por su parte, en el caso francés, se adopta la misma teoría, entendiendo el arbitraje como un modo de justicia paralelo al estatal (Salcedo, 2010, p. 152).

Conforme con lo dicho, es claro que hay una similitud entre el derecho francés y colombiano en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje y a la forma de extinguir las obligaciones, entre ellas las derivadas del pacto arbitral, por ello se considera oportuno comparar la forma en que ha sido concebida la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en uno y otro Estado.

Bajo el entendido de lo anterior, la jurisprudencia francesa (Cour de Cassation. Chambre Civile 1. No. de. Pourvoi: 16-11313, 2017) ha estimado que la renuncia del pacto arbitral es lícita e irrevocable, es decir, que luego de que se desiste, no se puede volver a invocar, y que cuando no se plantea objeción de incompetencia relacionada a la cláusula compromisoria, esa abstención caracteriza la intención de las partes de renunciar a dicho pacto⁶. La misma postura no ha sido reiterada de manera explícita en otras ocasiones debido a que esa situación no genera mayores debates en el derecho francés, en tanto se entiende que, conforme con su Código Civil, y en concreto al artículo 1134 del mismo, las manifestaciones de voluntad para extinguir las obligaciones no se reducen a la forma expresa y por escrito. Además, porque es una carga excepcionar la falta de jurisdicción y competencia, al punto que cuando ello no sucede, el pacto arbitral se entiende renunciante y tal renuncia se entiende irrevocable, salvo excepciones.

En contraposición con lo anterior, en el caso colombiano se acoge, como ya se vio, una teoría de la renuncia únicamente expresa de la cláusula compromisoria, con fundamento en una tesis contractualista y en formas solemnes de extinguir las obligaciones.

Ante ese panorama, resulta claro que mientras en el caso francés se asume una renuncia tácita, porque resulta la opción más coherente con la

⁶ “[...] la renonciation à une convention d'arbitrage est licite et irrévocable, sauf accord des parties ; que les sociétés CPF et CSF ont assigné Distri Dorengts en paiement de redevances prétendument impayées devant la juridiction consulaire et la défenderesse n'a pas soulevé in limine litis l'exception d'incompétence tirée des clauses compromissoires ; que cette saisine et cette abstention caractérisent l'intention des parties de renoncer à ces clauses [...]” (Cour de Cassation. Chambre Civile 1. No. de. Pourvoi: 16-11313, 2017)

autonomía de la voluntad, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y las cargas procesales, en Colombia se sostiene únicamente una renuncia expresa, a pesar de que el ordenamiento nacional en materia de arbitraje es jurisdiccional, como en el caso francés, desconociendo la autonomía de la voluntad y las cargas procesales, como ya se señaló.

En suma, la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria se contrapone notoriamente a la forma en que debería entenderse tal situación en un orden jurídico que acoge una teoría jurisdiccionalista y un sistema de civil law como es el francés, que en todo caso guarda gran similitud con el derecho colombiano por lo expuesto.

V. Una propuesta armoniosa con el ordenamiento jurídico colombiano, con los derechos a la administración de justicia y a la seguridad jurídica y con la forma en que se ha concebido dicha figura en ordenamientos jurídicos análogos

Luego de una fase descriptiva del tema objeto de estudio, así como de la mención de la problemática, es menester elaborar una propuesta a la problemática desglosada.

En vista de que la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria resulta contraria con el ordenamiento jurídico colombiano en materia de arbitraje, con los derechos a la administración de justicia y con la seguridad jurídica, así como con la forma en que se ha concebido dicha figura en ordenamientos jurídicos análogos, es necesario que el Consejo de Estado asuma posturas conforme con la tesis jurisdiccional que se consagra en el ordenamiento jurídico colombiano sobre el tema, de modo que le dé primacía a la autonomía de la voluntad y a las cargas procesales de las partes. Además, es imperativo que dicha Corporación tenga en cuenta siempre el derecho fundamental a la administración de justicia y la seguridad jurídica como mandatos obligatorios a la hora de modificar posturas jurisprudenciales y de señalar si tales variaciones tendrán efectos retroactivos. Finalmente, resulta obligatorio que se tenga en cuenta la forma en que se abordan las problemáticas en otros contextos, en aras de dilucidar si la posición que se va a tomar es la más adecuada, más si a partir de experiencias paralelas tal postura ha tenido efectos positivos o adversos.

En el sentido de lo anterior, se propone retomar la posibilidad de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria en virtud de la legislación anterior a la Ley 1563 del 2012, debido a que la misma es la figura más armoniosa con el ordenamiento jurídico colombiano, con la doctrina y con la forma en que ha sido concebido el tema en países similares.

En primer lugar, la renuncia tácita de la cláusula compromisoria guarda coherencia con la autonomía de la voluntad debido a que le da primacía al querer real de las partes de convenir la extinción de la obligación del pacto arbitral. Asimismo, resulta armoniosa con la teoría jurisdiccionalista que se consagra en el caso colombiano, porque le da prevalencia al carácter procesal del arbitraje y permite que se entienda desistido cuando no se asume la carga de excepcionar existencia de pacto arbitral.

En segundo lugar, la renuncia tácita de la cláusula compromisoria hace efectivos los derechos a la administración de justicia y al debido proceso. El primero se materializa en cuanto permite que procesos que llevan en promedio una década en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sean resueltos de manera definitiva, garantizando satisfacción de las expectativas de la parte que tenga la razón en tales controversias. Además, porque reconoce la voluntad de las partes de someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, bajo el entendido de que para ello no se requiere ningún acto solemne. El segundo se hace efectivo en cuanto permite establecer criterios claros y conformes con toda la normativa en materia de arbitraje, brindando certeza del derecho que se aplicará a cada caso.

En tercer lugar, la renuncia tácita de la cláusula compromisoria resulta armoniosa con la forma en que se ha concebido en un ordenamiento jurídico de gran similitud como el francés, Estado en el cual, ante la adopción de la misma modalidad de desistimiento del pacto arbitral, no se han generado ningunos de los problemas que acaecieron en el evento colombiano, razón que permite reiterar los efectos favorables y la conformidad de esa figura en el caso colombiano.

VI. Conclusiones generales

De conformidad con el análisis desarrollado, resulta necesario concluir que la Providencia No. 17.859 de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado y su tesis de la prohibición de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria cuando una de las partes de la misma demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no contesta la demanda o no excepciona existencia de pacto arbitral en virtud de la normativa anterior a la Ley 1563 del 2012, no se adecúa con la forma en que ha sido concebido el arbitraje en el caso Colombiano, e incluso con sistemas jurídicos con gran similitud como el francés. En esa medida, se deja sobre la mesa la posibilidad de acoger de nuevo la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y así de superar las problemáticas derivadas de la providencia objeto de estudio.

Al respecto, pudiera señalarse que dicha postura se encuentra superada, debido a que el legislador ha avalado la renuncia tácita por expreso mandato legal en la normativa actual⁷. Sin embargo, como bien se señaló en la introducción del presente texto, el Consejo de Estado continuará conociendo de múltiples casos en los cuales resulta aplicable el Decreto 1818 de 1998 y la Ley 80 de 1993 sobre arbitraje, y en consecuencia, la postura de la renuncia expresa, debido a la congestión judicial que agobia la administración de justicia, de modo que retomar la posición más armoniosa, que en este caso es la de la renuncia tácita, permitirá decidir justamente esos eventos venideros.

VII. Bibliografía

1. Bejarano, Ramiro. (2016). Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Bogotá DC: Ed. Temis.
2. Biscaretti, Paolo. (1975). Introducción al derecho constitucional comparado. México: Fondo de cultura Económica.
3. Carnelutti, Francesco. (2014). Cómo se hace un proceso. Bogotá DC: Ed Temis.
4. Consejo Superior de la Judicatura (2017). Informe al Congreso de la República. Bogotá DC. Disponible en: <https://goo.gl/Fa6bwx>.
5. Dávila, Luis. (2016). Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Ed. Temis.
6. Hernández, Héctor. (2011). La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la experiencia colombiana. En: Soto, Carlos. Tratado de derecho arbitral. El convenio Arbitral. Bogotá DC. Pontifica Universidad Javeriana: Ed. Ibáñez.
7. Kelsen, Hans. (2003). Teoría pura del derecho. México: Porrúa Editores,
8. Marquardt, Bernd. (2014). Historia mundial del Estado. Tomo 1. Bogotá DC: Ed. Temis.
9. Murillo, Susana. (2008). El conflicto social en Michel Foucault. Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA.
10. Ortiz, Álvaro. (2015). Manual de obligaciones. Bogotá DC: Editorial Temis.

⁷ Al respecto, se destacan las siguientes providencias, en las cuales se defiende la renuncia tácita de la cláusula compromisoria de acuerdo con la Ley 1563 del 2012: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias No. 54.461, 2017; 53.886, 2017 y 58.466, 2017.

11. Ospina, Guillermo y Ospina, Eduardo. (2014). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá D.C: Ed. Temis.
12. Palacio, Lino. (1988). Derecho procesal civil. Tomo IX. Procesos arbitrales y universales. Buenos Aires.
13. Parra, Jairo. (1992). Derecho Procesal Civil. Bogotá D.C: Ed. Temis.
14. Quinche, Manuel Fernando. (2012). Derecho Constitucional Colombiano: la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá DC: Ed. Temis.
15. Rodríguez, Libardo. (2015). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá D.C: Ed. Temis.
16. Romero, Eduardo y Mantilla, Fabricio. (2005). El contrato de arbitraje. Bogotá DC: Ed. Universidad del Rosario.
17. Salcedo, Álvaro. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. (2010). Revista de Análisis Internacional. Número 2. Volumen 6. Bogotá D.C. Disponible en: <https://goo.gl/Qu1uMg>.
18. Sequeira, Byron. (2017). Naturaleza jurídica del arbitraje. Cuaderno jurídico y político, Vol. 2. No. 7. Universidad Politécnica de Nicaragua. ISSN 2413-810X. Texto disponible en: <https://goo.gl/NxiS9X>
19. Serrano, José. (2013). Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Bogotá: Ed. Trotta.
20. Valencia, Arturo y Ortiz, Álvaro. (2011). Derecho Civil. Tomo I. Parte general y personas. Bogotá D.C: Editorial Temis.
21. Wipo. (Sin fecha). ¿Qué es el arbitraje? Disponible en: <https://goo.gl/jpHi4Y>.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado
 1. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia No. 14.097 del 19 de marzo de 1998. MP. Dr. Ricardo Hoyos Duque.
 2. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia No. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 23.536 del 06 de agosto del 2003. MP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.
 3. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia No. 25.094 del 26 de febrero del 2004. MP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.
 4. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia No. 25.934 del 16 de abril del 2005. MP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.
 5. Colombia, Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia No. 220.189 del 19 de julio del 2006. MP. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.
 6. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia No. 29.699 del 22 de mayo del 2009. MP. Dr. Enrique Gil Botero.

7. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia No. 18.395 del 23 de junio del 2010. MP. Dr. Enrique Gil Botero.
8. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia No. 15.935 del 10 de marzo del 2011. MP. Dr. Danilo Rojas Betancourth.
9. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 17.859 del 18 de abril del 2013. MP. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
10. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 22.508 del 2 de mayo del 2013. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
11. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 27.595 del 26 de julio del 2013. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
12. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia No. 29.215 del 23 de septiembre del 2013. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
13. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 28.951 del 12 de febrero del 2014. MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
14. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 35.765 del 26 de enero del 2015. MP. Dr. Hernán Andrade Rincón (E).
15. Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia No. 52.556 del 13 de abril del 2015. MP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
16. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia No. 38.860 del 16 de mayo del 2016. MP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
17. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia No. 46.141 del 14 de marzo del 2016. MP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.
18. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Providencia No. 54.461 del 18 de abril del 2017. MP. Dr. Hernán Andrade Rincón.
19. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Providencia No. 53.886 del 19 de abril del 2017. MP. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
20. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia No. 34.681 del 18 de mayo del 2017. MP. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

21. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Providencia No. 58.466 del 24 de mayo del 2017. MP. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

- Corte Constitucional

1. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU - 174 del 14 de marzo del 2007. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
2. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 511 del 30 de junio del 2011. MP: Dr. Jorge Iván Palacio.
3. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 305 del 22 de mayo del 2013. MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
4. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 367 del 11 de junio del 2014. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.
5. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 947 del 4 de diciembre del 2014. MP. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
6. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 284 del 13 de mayo del 2015. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.
7. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 086 del 24 de febrero del 2016. MP. Dr. Jorge Iván Palacio.
8. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 179 del 13 de abril del 2016. MP. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
9. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 538 del 5 de octubre del 2016. MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
10. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 550 del 11 de octubre del 2016. MP. Dr. Aquiles Arrieta Gómez.

- Otros

1. République Française. Cour de Cassation. Chambre Civile 1. No. de. Pourvoi : 16-11313 du jeudi, le 20 avril 2017. Conseiller rapporteur : Mr M. Hascher.