



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00341-01(64409)

Actor: MUNICIPIO DE PEREIRA

Demandado: ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA ENELAR PEREIRA SA ESP

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

APELACIÓN DE AUTOS EN CPACA- El Consejo de Estado conoce en segunda instancia del auto que decide las excepciones en audiencia inicial. PACTO ARBITRAL-Negocio jurídico. INTERPRETACIÓN DE LA LEY-Criterios. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS-Criterios. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA-El pacto arbitral es un negocio jurídico que debe interpretarse según las reglas de interpretación de los contratos. INTENCIÓN DE LAS PARTES DE UN CONTRATO-Prevalece sobre la voluntad declarada, artículo 1618 CC. INTERPRETACIÓN DE EFECTO ÚTIL DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES-Cuando la cláusula compromisoria no se encuentre debidamente redactada o presente deficiencias se debe interpretar en el sentido que produzca efectos, artículo 1620 CC. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA-La inexistencia o invalidez del contrato que dio origen a la cláusula compromisoria no la afecta. NULIDAD DEL CONTRATO-No afecta la validez de la cláusula compromisoria.

El 2 de junio de 2017, el municipio de Pereira, a través de apoderado judicial, formuló **demanda de controversias contractuales** contra Energía y Alumbrado de Pereira Enelar Pereira SA ESP, para que se declarara la nulidad absoluta del acta bilateral de liquidación del contrato de concesión n°. 001 de 1999. En apoyo de las pretensiones sostuvo que se declaró la nulidad absoluta del Acuerdo n°. 125 de 1998, que sirvió de fundamento al contrato de concesión n°. 001 de 1999 y que el Consejo de Estado declaró nulo el contrato de concesión -según lo previsto en el artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993-, determinó que había lugar a aplicar la cláusula de reversión y que era procedente la terminación y liquidación del contrato, de conformidad con el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Agregó que las partes liquidaron el contrato de concesión de mutuo acuerdo, pero que como hubo un error en el consentimiento, solicita la nulidad del acta de liquidación. El 7 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Risaralda en la audiencia inicial declaró no probada **la excepción previa de clausula compromisoria** formulada por la demandada. Señaló que el contrato de concesión n°. 001 de 1999 fue declarado nulo y el pacto arbitral quedó sin efectos. Además, consideró que la cláusula compromisoria estableció que las partes *podrían* someter la controversia a



arbitraje, de modo que, era opcional acudir a este mecanismo. La parte demandada esgrimió, en el **recurso de apelación**, que la nulidad del contrato tuvo como fundamento vicios de forma, por ello, la cláusula compromisoria era válida. Adujo que el término “podrá”, incorporado en la cláusula compromisoria, hacía referencia a la posibilidad de renunciar al pacto arbitral, si no se proponía como excepción ante el juez, pero no dejaba sin efectos la cláusula compromisoria.

El 31 de enero de 2020, el Despacho solicitó al Tribunal Administrativo de Risaralda que allegara copia de la audiencia inicial -en la que se decidieron las excepciones y se interpuso el recurso de apelación-, pues el CD que obraba en el expediente estaba roto. El 19 de enero de 2021, el Tribunal Administrativo de Risaralda informó que no había sido posible remitir la grabación de la audiencia por *OneDrive* o *Microsoft Stream*, el 3 de febrero del mismo año radicó en la secretaría de esta corporación un *CD* con la grabación de la audiencia inicial y el 25 de febrero siguiente pasó al Despacho para resolver el recurso.

1. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 150 CPACA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos. En consonancia, el artículo 180.6 prevé que el auto que decida sobre las excepciones previas es susceptible del recurso de apelación y será decidido por la Sala, conforme al artículo 125. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía, pues el valor de la pretensión mayor asciende a \$8.286.000.000, suma que supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 152.5, esto es, \$368.858.500¹.

Corresponde a la Sala definir (i) si es válida una cláusula compromisoria en que las partes acordaron que *podrían* someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento y (ii) si la declaración de nulidad del contrato de concesión n°. 001 de 1999 dejó sin efectos la cláusula compromisoria.

2. En Colombia, el arbitraje nacional es un instrumento que deriva de la autorización constitucional y legal, que faculta a las partes a diferir la solución de un conflicto a

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2017, \$737.717, por 500.



uno o varios particulares, investidos transitoriamente de la función jurisdiccional (artículo 116 CN y artículo 1 Ley 1563 de 2012).

3. Como es sabido, en la interpretación de la ley prevalece el criterio gramatical sobre la “intención” o “espíritu” del legislador, dado el carácter general de la ley (artículo 4 CC). Los artículos 27 y 28 CC son claros en disponer que las palabras de que se sirve el legislador son el punto de partida para desentrañar el lenguaje de las leyes, sin perjuicio -claro está- de los demás sistemas de interpretación aplicables frente a pasajes oscuros o contradictorios. Así, las oposiciones, incongruencias, contradicciones, incompatibilidades, vacíos y casos dudosos cuentan con mecanismos legales de interpretación para poder fijar el sentido de la ley.

En contraste, en la interpretación de los contratos prevalece la voluntad interna y no la voluntad declarada (artículo 1618 CC), dado el carácter relativo de los contratos (vincula solo a las partes). De ahí que no puede apelarse -como sucede con las leyes- a una interpretación textual, sino que es preciso desentrañar la intención de los contratantes. Además, en los contratos, como en las leyes, prevalece la interpretación que prefiere el efecto útil, es decir, aquella en que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producirlo (artículo 1620 CC) [“principio” de conservación o *favor contractus*]. Las ambigüedades, de presentarse, deben ser superadas a partir de la intención de las partes, pues, la ley y el contrato tienen dos puntos de partida para su interpretación bien distintos.

4. Según el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. Esta norma reconoce expresamente que el pacto arbitral, expresado mediante la forma de cláusula compromisoria o de compromiso, implica la renuncia de las partes a acudir a los jueces estatales. En su lugar, habilita a la justicia arbitral con el propósito de que sea ésta la que conozca el conflicto suscitado con ocasión de su actividad contractual.



Más allá de las discusiones doctrinales sobre la *naturaleza jurídica* del arbitramento, es claro que la jurisdicción y competencia de los árbitros nacionales se enmarca en lo establecido en la Constitución y en la ley, de forma general, y en la voluntad de las partes, de manera especial. La autonomía de la voluntad, el otro nombre de la libertad contractual, es el punto de partida sobre el cual se edifica el arbitramento. Es claro, entonces, que para que se pueda acudir al arbitraje se requiere que las partes así lo hayan pactado a través de un negocio jurídico que, como tal, debe ser interpretado teniendo en cuenta las reglas del Código Civil para la interpretación de los contratos. De modo que, cuando el pacto arbitral no se encuentre debidamente redactado o presente deficiencias, corresponderá, entre otros, buscar la intención de los contratantes² e interpretar las estipulaciones en el sentido que produzcan efectos.

Si la institución arbitral deriva de un acuerdo de voluntades, ese acuerdo no lo puede desconocer el juez institucional apelando a interpretaciones gramaticales impropias del ámbito contractual. La Constitución y la ley respaldan ese origen convencional para que los árbitros conozcan y decidan determinada controversia.

Como acuerdo de voluntades, la cláusula compromisoria se debe interpretar según las reglas particulares de los contratos (artículos 1618 a 1624 CC) y no según las reglas generales de interpretación de la ley (artículos 25 a 32 CC, artículo 5 Ley 57 de 1887 y artículos 1 a 49 Ley 153 de 1887).

5. En la cláusula vigesimotercera del contrato de concesión n°. 001 de 1999 para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de Pereira, al pactar la cláusula compromisoria, las partes acordaron que “podrán someter a la decisión de árbitros, aquellas diferencias y discrepancias que surjan dentro de la ejecución del contrato, desarrollo, terminación o liquidación y que no hayan podido ser solucionadas mediante acuerdo, conciliación o transacción. La decisión arbitral será en derecho” (f. 33 c. 1).

² Sobre la prevalencia de la voluntad interna sobre la voluntad declarada en interpretación de contratos, ver Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. n°. 28.507 [fundamento jurídico II], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 p. 950, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



Algunas providencias han negado la excepción de cláusula compromisoria, cuando las partes usan la expresión “podrán”, al estimar que no existe una manifestación clara e inequívoca de someter la controversia a arbitraje³. Sin embargo, la Sala se aparta de ese criterio, porque, se reitera, como el pacto arbitral constituye un negocio jurídico, es necesario acudir a los criterios de interpretación de los contratos para definir su verdadero alcance.

6. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). Además, debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que, por ley, pertenecen a ella (artículos 1603 CC y 871 C.Co). Los contratos, pues, se celebran para ejecutarse.

Durante la ejecución contractual pueden surgir diferencias propias de toda relación. La vía natural para enfrentarlas será tratar de solucionarlas por mutuo acuerdo, en tanto pacto de voluntades. Por ello, las partes se encuentran habilitadas para modificar las obligaciones pactadas (artículo 1602 CC), para terminar extrajudicialmente conflictos pendientes o precaver litigios eventuales mediante el contrato de transacción (artículo 2469 CC) o para gestionar por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, llamado conciliador (artículo 64 Ley 446 de 1998 incorporado en el artículo 1 Decreto 1818 de 1998). Como no necesariamente toda situación que surja durante la ejecución del contrato corresponde a una controversia, solo cuando las partes lleven a cabo diálogos previos y no logren llegar a un acuerdo acudirán, entonces, a un tercero - juez institucional, arbitro o amigable componedor, según sea el caso- para que dirima la controversia, sin que ello implique un requisito de procedibilidad distinto a los que exigidos por la ley. Prever que “pueda” haber una controversia y fijar el instrumento para “poder” resolverla, significa que las partes tienen la intención inequívoca de sustraerse de la jurisdicción institucional para resolver el conflicto.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 18 de abril de 2017, Rad. n°. 58.461 [fundamento jurídico 3]; Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2018, Rad. n°. 54.557 [fundamento jurídico 1.3]; Subsección B, sentencia del 10 de octubre de 2019 Rad: 39.339 [fundamento jurídico 20] y Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2020, Rad. n°. 50.049 [fundamento jurídico 1] con salvamento de voto.



Cuando las partes dispusieron que *podrían* someter a arbitraje aquellas diferencias o discrepancias que no hubieran podido solucionar “mediante acuerdo, conciliación o transacción”, reconocieron que, en primer lugar, como es natural, intentarían llegar a un arreglo mutuo en caso de alguna diferencia en la ejecución del contrato y que solo en aquellos eventos en los que no lo lograrán y se configurara una verdadera controversia, acudirían a la decisión de un tercero -árbitro- para su solución. La intención de las partes, que aparece exteriorizada en esa cláusula al usar la expresión “podrá” no era pactar una opción, es decir, la posibilidad de acudir al juez institucional o arbitral, sino acordar que, ante una controversia, acudirían al arbitraje, en caso de no poder solucionarla directamente.

Las partes no pactaron la libertad o la facultad de elegir el juez al que acudirían, ante la posibilidad de un conflicto, sino que previeron y se obligaron a acudir al arbitraje para resolver sus controversias contractuales. Al punto que acordaron en la cláusula compromisoria que las controversias sometidas a arbitraje serían aquellas surgidas dentro de la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato; que el domicilio sería la ciudad de Pereira; que el laudo se debería proferir en derecho y que el proceso se regiría por las leyes vigentes sobre la materia (artículos 1 y 2 Ley 1563 de 2012). Es clara, pues, la intención de someter las controversias a la decisión de los árbitros.

Si las partes hubieran pactado una cláusula “opcional” que dejara a su voluntad acudir al arbitraje, esta estipulación no tendría efecto alguno (artículo 1620 CC) dado que los contratantes, en todo caso, podrían someter la disputa a este mecanismo con posterioridad a su ocurrencia, vía compromiso (artículos 3 y 6 Ley 1563 de 2012).

De manera que, cuando las partes acordaron que *podrían* someter las disputas que surgieran a partir del contrato de concesión n°. 001 de 1999 a la decisión de árbitros, su intención fue sustraerse de la justicia institucional y someterse a la decisión de los árbitros para definir la controversia (artículo 1618 CC), interpretación que da eficacia a la estipulación pactada (artículo 1620 CC). Esta interpretación, pues, implica favorecer los efectos de la cláusula compromisoria y reconoce la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia institucional.



Como la intención de las partes al pactar la cláusula vigesimotercera del contrato era someter las controversias que surgieran a partir del contrato de concesión n°. 001 de 1999 entre el municipio de Pereira y Energía y Alumbrado de Pereira Enelar Pereira SA ESP, no hay lugar a negar la excepción de cláusula compromisoria. Por ello, en este punto se revocará la decisión recurrida.

7. El artículo 5 de la Ley 1563 de 2012 es claro en disponer que la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, la autonomía de la cláusula compromisoria impone que el pacto arbitral sea considerado de manera independiente al contrato que le dio origen⁴.

La autonomía de la cláusula compromisoria no solo habilita a los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, sino que también permite que, aun cuando se declare la nulidad del contrato, la cláusula compromisoria conserve su validez. Se trata de dos negocios jurídicos distintos. La Corte Constitucional, al declarar exequible el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 -recogido en el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998- según el cual la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte, subrayó que como el legislador confirió un carácter autónomo a la cláusula compromisoria -al no tener un carácter accesorio- no sigue la suerte de lo principal⁵.

8. El Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad absoluta del contrato y de sus modificaciones -con fundamento en la declaratoria de nulidad del acto administrativo en el que se fundamentó (artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993), pues el Acuerdo Municipal n°. 125 de 1998, que otorgó autorización al alcalde del municipio para celebrar el contrato, fue declarado nulo (f. 56-80 c. 1). El Consejo de Estado confirmó esta decisión y precisó que el contrato requería de autorización del Concejo Municipal, porque la remuneración al contratista implicaba la afectación del impuesto de alumbrado público, que era de la órbita exclusiva de ese órgano de elección popular (f. 82-143 c. 1).

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. n°. 21.041 [fundamento jurídico 3] y sentencia del 18 de abril de 2013, Rad. n°. 17.859 [fundamento jurídico 2.5.2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 pp.944 y 946, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999 [fundamento jurídico 2].



8

Expediente n°. 64.409
Demandante: Municipio de Pereira
Declara excepción cláusula compromisoria

El Consejo de Estado declaró la nulidad del contrato de concesión n°. 001 de 1999, pero no se pronunció sobre la nulidad de la cláusula compromisoria. Como esta cláusula goza de autonomía (artículo 5 Ley 1563 de 2012), no se vio afectada por la declaratoria de nulidad de ese contrato. Por ello, las partes estaban habilitadas para acudir a arbitraje para definir las controversias respecto a la liquidación del contrato.

La Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda y declarará probada la excepción de cláusula compromisoria. En consecuencia, declarará la terminación del proceso y ordenará la devolución de la demanda con sus anexos al demandante, de conformidad con el artículo 101 CGP. Las partes cuentan con un plazo de veinte días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión para promover el respectivo trámite arbitral para mantener los efectos de la presentación de la demanda frente a la caducidad, según lo establece el artículo 94.1 CGP.

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 7 de mayo de 2019.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de cláusula compromisoria.

TERCERO: DECLÁRASE la terminación del proceso.

CUARTO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** la demanda y los anexos al municipio de Pereira.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NICOLÁS YEPES CORRALES