

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Revoca auto que declaró la nulidad de todo lo actuado / IMPROCEDENCIA DE APLICACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL POSTERIOR - En materia de competencia ante cláusula compromisoria / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL ANTERIOR - Renuncia tácita de cláusula compromisoria. Primera instancia debió aplicar el precedente vigente al momento de interposición de la demanda / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL POSTERIOR - Solemnidad de la cláusula compromisoria / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Regla general: Aplicación con efecto prospectivo o a futuro / CLÁUSULA COMPROMISORIA / FALTA DE JURISDICCIÓN / PRECEDENTE APLICABLE / CRITERIO JURISPRUDENCIAL VIGENTE AL MOMENTO DE INTERPONER LA DEMANDA - Criterio en materia de cláusula compromisoria

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en un primer momento, aceptó la posibilidad de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando una de ellas instauraba demanda ante la jurisdicción administrativa y la otra no excepcionaba falta de jurisdicción. Posteriormente, la Sala Plena de esta Sección unificó la jurisprudencia y señaló que la derogatoria de la cláusula compromisoria exige un pacto revestido de las mismas formalidades empleadas para su nacimiento, esto es, así como las partes de común acuerdo decidieron someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral mediante la celebración de un pacto expreso y solemne, estas deben proceder de la misma manera para dejarlo sin efectos, valga decir, por acuerdo expreso y solemne. (...) Las partes pactaron cláusula compromisoria, en la cláusula décima octava del contrato de prestación de servicios profesionales, según la cual las diferencias que se presente entre el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar y el contratista en relación con la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato serían sometidas a un tribunal de arbitramento, ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena (...) la Sociedad de Servicios de Impuestos Municipales S.A. formuló demanda en contra el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar y el departamento de Bolívar y, a su vez, dicho fondo compareció al proceso y no propuso la excepción de falta de jurisdicción y no alegó nulidad alguna. La demanda se presentó el 18 de marzo de 2009, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la posibilidad de la “renuncia tácita” a la cláusula compromisoria. Criterio que solo vino a ser cambiado en decisión de 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito. Aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede - como sucede en este caso- entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia, al imponer una carga desproporcionada al demandante, luego de muchos años de estar pendiente de una resolución de su controversia. (...) la aplicación del criterio de la renuncia tácita es consonante con las nuevas disposiciones introducidas en la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje y del Código General del Proceso. Como al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, se aplicará la misma en este asunto y, por ello, se revocará la decisión de primera instancia.

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - Eventos. Efectos de su aplicación / JURISPRUDENCIA RECTIFICADA - Procede en eventos en que la aplicación de una nueva tesis jurisprudencial afecta derechos / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Afectación por cambio jurisprudencial

Aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede (...) entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia, al imponer una carga desproporcionada al demandante, luego de muchos años de estar pendiente de una resolución de su controversia. NOTA DE RELATORÍA. Al respecto, se puede consultar la decisión de 25 de abril de 2018, exp. 58890 -aparte 5.36-.

RENUNCIA TÁCITA A CLÁUSULA COMPROMISORIA - Eventos para su aplicación / RENUNCIA TÁCITA A CLÁUSULA COMPROMISORIA - Cuando se instaura demanda ante la jurisdicción y no se exceptiona falta de jurisdicción

La demanda se presentó el 18 de marzo de 2009, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la posibilidad de la “renuncia tácita” a la cláusula compromisoria. Criterio que solo vino a ser cambiado en decisión de 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito. (...) [Adicionalmente,] la aplicación del criterio de la renuncia tácita es consonante con las nuevas disposiciones introducidas en la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje y del Código General del Proceso. [Y dado que,] al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, se aplicará la misma en este asunto y, por ello, se revocará la decisión de primera instancia. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico. ¿Si es procedente aplicar el cambio jurisprudencial, en materia de exigibilidad de pacto solemne y expreso de renuncia a la cláusula compromisoria solemnemente pactada en un contrato estatal, a las demandas interpuestas con anterioridad a su expedición.

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - Eventos. Efectos de su aplicación / PROCEDENCIA DE RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA - En eventos en que la aplicación de una nueva tesis jurisprudencial afecta derechos / JURISPRUDENCIA RECTIFICADA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Afectación por cambio jurisprudencial

Aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede (...) entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia, al imponer una carga desproporcionada al demandante, luego de muchos años de estar pendiente de una resolución de su controversia. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico. ¿Si al aplicar una nueva tesis jurisprudencial a demandas interpuestas con anterioridad se desconoce o vulnera derechos fundamentales?.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 13001-23-31-000-2009-00164-01(53392)

Actor: SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)

APELACIÓN DE AUTOS EN CCA-El Consejo de Estado conoce en segunda instancia del auto que decreta la nulidad del proceso. JURISPRUDENCIA RECTIFICADA-Procede en los eventos en los cuales la aplicación de la nueva tesis jurisprudencial afecta derechos de especial connotación como el acceso a la justicia. RENUNCIA TÁCITA A CLÁUSULA COMPROMISORIA-Opera cuando se instaura demanda ante la jurisdicción y no se excepciona falta de jurisdicción.

El Despacho resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso y lo remitió a la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias.

ANTECEDENTES

El 18 de marzo de 2009, la sociedad de Servicios de Impuestos Municipales S.A., a través de apoderado, formuló demanda de controversias contractuales contra el departamento de Bolívar y el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar, para que declarara el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales, más el pago de los perjuicios.

En el escrito de **contestación de la demanda** el departamento de Bolívar, al oponerse a las pretensiones, señaló que el conflicto debía dirimirse por la justicia arbitral en virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato. El Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar no contestó la demanda.

El Tribunal, de oficio, declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda por falta de jurisdicción y remitió el proceso a la Cámara de Comercio de Cartagena, para que se surtiera el trámite arbitral pactado en la cláusula compromisoria (f. 906 a 911 c. principal).

La parte demandante esgrimió, en el **recurso de apelación**, que el departamento de Bolívar no estaba facultado para proponer la excepción de falta de jurisdicción porque no suscribió el pacto arbitral. Resaltó que como el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar no contestó la demanda operó la renuncia tácita a la cláusula compromisoria.

CONSIDERACIONES

1. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 213 del CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos. En consonancia, el numeral 6 del artículo 181 del CCA prevé que el auto que decreta la nulidad del proceso es susceptible del recurso de apelación y será dictado por el Magistrado Ponente conforme al artículo 146A, adicionado por el artículo 61 de la Ley 1395 de 2010.

Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía, pues el valor de la pretensión mayor asciende a \$4.587'368.547, suma que supera los 500 smlmv exigidos por el artículo 132 numeral 6, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, esto es, \$248'450.000¹.

2. La jurisprudencia del Consejo de Estado, en un primer momento, aceptó la posibilidad de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando una de ellas instauraba demanda ante la jurisdicción administrativa y la otra no excepcionaba falta de jurisdicción².

Posteriormente, la Sala Plena de esta Sección unificó la jurisprudencia y señaló que la derogatoria de la cláusula compromisoria exige un pacto revestido de las mismas formalidades empleadas para su nacimiento, esto es, así como las partes de común acuerdo decidieron someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral mediante la celebración de un pacto expreso y solemne, estas

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2009, \$248.450, por 500.

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, Rad. 10.882 [fundamento jurídico 1], auto del 16 de marzo de 2005, Rad. 27.934 [fundamento jurídico C] y sentencia del 23 de junio de 2010, Rad. 18.395 [fundamento jurídico 1].

deben proceder de la misma manera para dejarlo sin efectos, valga decir, por acuerdo expreso y solemne³. Esta decisión no moduló los efectos de la nueva posición jurisprudencial unificada en relación con los procesos que se encontraban en trámite en la jurisdicción.

3. Las partes pactaron cláusula compromisoria, en la cláusula décima octava del contrato de prestación de servicios profesionales, según la cual las diferencias que se presente entre el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar y el contratista en relación con la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato serían sometidas a un tribunal de arbitramento, ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena (f. 265 c. 1).

No obstante la existencia de esta cláusula, la Sociedad de Servicios de Impuestos Municipales S.A. formuló demanda en contra el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar y el departamento de Bolívar y, a su vez, dicho fondo compareció al proceso y no propuso la excepción de falta de jurisdicción y no alegó nulidad alguna.

La demanda se presentó el 18 de marzo de 2009, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la posibilidad de la “renuncia tácita” a la cláusula compromisoria. Criterio que solo vino a ser cambiado en decisión de 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito.

Aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede -como sucede en este caso- entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia, al imponer una carga desproporcionada al demandante, luego de muchos años de estar pendiente de una resolución de su controversia⁴.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, Rad. 17.859 [fundamento jurídico 2.5.1]. El Consejero Ponente de esta decisión, aunque no lo comparte, sigue el criterio jurisprudencial adoptado por la Corporación. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto al auto del 15 de octubre de 2015, Rad. 45.215.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de abril de 2018, Rad. 58.890 [fundamento jurídico 5.36].

Adicionalmente, la aplicación del criterio de la renuncia tácita es consonante con las nuevas disposiciones introducidas en la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje y del Código General del Proceso.

Como al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, se aplicará la misma en este asunto y, por ello, se revocará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar que declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso y lo remitió a la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias.

SEGUNDO: En firme esta decisión **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para que continúe su trámite.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE