



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicado : 81001 3333 002 2016 00155 01
Demandante : Stella Monroy Fernández
Demandado : Empresa de Energía de Arauca -Enelar- ESP
Medio de Control: Contractual
Providencia : Auto que resuelve apelación

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la decisión que en primera instancia rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

1. Stella Monroy Fernández presentó demanda contractual en contra de la Empresa de Energía de Arauca -Enelar- ESP, para reclamar por la liquidación judicial, el incumplimiento y perjuicios en razón del contrato 476 de 2013 (fl. 1-561).

2. El proceso le correspondió inicialmente al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, el cual adoptó la decisión que se impugna.

3. La providencia apelada. Mediante auto del 7 de diciembre de 2016 (fl. 566-568), la primera instancia declaró el rechazo de la demanda, luego de considerar que en el contrato 476 de 2013 se estipuló la cláusula compromisoria, por lo que el conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción contencioso administrativa quedó excluido por voluntad inequívoca de las partes, que nada decidieron de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

4. El recurso de apelación. La demandante presentó recurso de apelación (fl. 570-579), en el que expresa que al caso no es aplicable la cita parcial que se hizo del auto de unificación mencionado, sino la advertida en Cuestión Preliminar sobre el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, en cuya vigencia se celebró el contrato y por lo tanto es viable la renuncia tácita de la cláusula compromisoria si no se alega como excepción, y además las partes conciliaron sobre la renuncia de su aplicación en el contrato.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trata de un auto susceptible de



este medio de impugnación (Artículos 153, 243.1, CPACA) y se resuelve por la Sala de Decisión (Artículo 125, CPACA), conforme lo determina el artículo 244, numeral 3, CPACA¹.

2. Problema jurídico: ¿Procede revocar la providencia impugnada, en los términos planteados por la parte apelante?

3. El caso concreto

3.1. En el contrato 476 de 2013, suscrito entre Stella Monroy Fernández y la Empresa de Energía de Arauca -Enelar- ESP, cuyo objeto es la Consultoría para la realización del proceso de saneamiento contable y sostenibilidad financiera, se pactó la cláusula compromisoria, para que *"Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento en la ciudad de Arauca"* (Cláusula novena, fl. 552).

Dicha estipulación contractual es legal, toda vez que (Consejo de Estado, M. P. Danilo Rojas Betancourth, 22 de junio de 2016, rad. 250002326000 20000070701) *"El Despacho encuentra que esta cláusula compromisoria reúne los dos elementos esenciales del pacto arbitral a saber : "i) (la intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) hacerlo constar por escrito, en cuanto las normas legales vigentes, lo establecen como requisito indispensable de la cláusula compromisoria -artículo 70 y 71 de la Ley 80 de 1993"*.

3.2. El Contrato 476 fue suscrito entre las partes el 15 de noviembre de 2013, cuando ya se encontraba vigente la Ley 1563 de 2012, pues fue promulgada en el Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012, y conforme con el artículo 119, *"Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia"*, lo cual ocurrió el 12 de octubre de ese mismo año.

Dicha ley consagra en forma expresa, en el artículo 21: *"PARÁGRAFO. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto"*.

No cabe duda que la disposición hace relación a un "Juez" de la República y no a los árbitros del trámite, y se refiere a que ante la existencia de un proceso de naturaleza contractual, en el que al existir el compromiso o la cláusula compromisoria, y a pesar de ello una de las partes instauró la demanda, si el otro cocontratante no propone la excepción correspondiente (Artículo 100.2, CGP), ocurrirá la renuncia tácita por mutuo consenso al pacto o a la cláusula, según el caso.

¹ Es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



3.3. Las anteriores circunstancias no fueron aplicadas por el Juez Segundo Administrativo Oral de Arauca, quien sin esperar el momento procesal debido, adoptó una decisión que se revocará.

En efecto, la norma jurídica transcrita exige que, por esos aspectos de la cláusula compromisoria o del compromiso, debe el Juez esperar hasta la etapa de la contestación de la demanda, y atenerse al criterio que adopte el demandado en su escrito: si propone la excepción del artículo 100.2 del CGP, el servidor público judicial tomará la decisión que corresponda, que podrá ser declararla probada, pero si aquél no la plantea, deberá continuar con el proceso ante la renuncia tácita que efectuaron las partes para no aplicar la estipulación contractual inicialmente convenida.

3.4. También es relevante destacar que el Juez aplicó en forma parcial la providencia de unificación que sobre el tema profirió la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013 (M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 85001233100019980013501).

No se observó –Como lo advirtió la apelante en su recurso– que nuestra Alta Corte de manera expresa señaló en dicha providencia, que la aplicación del nuevo criterio que se adoptó solo cobijaba a los asuntos surgidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, y así lo consignó en forma destacada por demás:

“II. CONSIDERACIONES

2.1 Cuestión preliminar

El asunto *súb judice* resulta de especial importancia jurídica y, por lo tanto, su estudio debe realizarse en la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la medida en que esta providencia pretende modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal.

De otro lado, es indispensable aclarar que la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala **aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012**, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, porque en relación con ésta es necesario establecer, en algún caso particular regido por ella, cuál es el real alcance de sus normas, ya que, según éstas, “*El pacto arbitral implica la renuncia de las partes*” a acudir a los jueces institucionales (artículo 3, segundo inciso) y “*Si en el traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas*” se invoca el pacto y la otra parte no lo niega “*expresamente*”, éste se entiende probado (parágrafo, *ibidem*), de donde pareciera desprenderse que al amparo de dicha ley no es posible renunciar a este último, a pesar de lo cual el parágrafo del artículo 21 de la misma ley dice que no interponer “*la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto*”. Resaltado fuera del original.

Se reitera que el presente caso se sustrae a la aplicación de la nueva tesis jurisprudencial, por cuanto el contrato se celebró después del 12 de octubre de 2012 y la demanda se radicó casi cuatro años después.



En respaldo adicional y no obstante que existe precisión jurisprudencial desde 2013, se trae un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 13 de diciembre de 2016, rad. 50001-23-33-000-2016-00028-01, 58472), en el cual consagró:

"De tal manera que, la tesis abordada por esta Sección limitó su alcance, sustrayendo del criterio establecido aquellas controversias suscitadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, disposición legal que expresamente consagra la validez de la renuncia tácita al pacto arbitral, haciéndola consistir en el hecho de que la parte demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa se abstenga de interponer la excepción de cláusula compromisoria. (...)

La disposición legal precitada se hace aplicable al presente caso, en razón de su estirpe procesal, y además, teniendo en cuenta que la Ley 1563 de 2012 comenzó a regir 3 meses después de su promulgación. Entonces, dada la fecha de interposición de la demanda, que es el momento en el cual uno de los contratantes decidió promover el proceso ante esta jurisdicción, se entiende, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 21 ibidem, que hasta que no se corra traslado a las demandadas y estas procedan a contestar la demanda, no podrá rechazarse la misma, debido a que podría configurarse eventualmente la renuncia tácita o expresa de la cláusula compromisoria pactada en el contrato, situación incierta hasta este momento.

Por tal razón, este Despacho considera que por el momento es competente esta jurisdicción para conocer de esta controversia, y, por consiguiente, la providencia proferida por el Tribunal de instancia se torna equivocada, motivo por el cual se procederá a revocar dicha decisión".

En el mismo sentido, había precisado nuestra Alta Corte (M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 5 de diciembre de 2016, rad. 50001-23-33-000-2015-00618-01, 58082): *"A partir de las anteriores reglas de solución de antinomias, se observa que el conflicto normativo planteado debe resolverse a favor de lo preceptuado en el parágrafo del artículo 21 Ibídem dado que es una norma especial que prevalece sobre una de carácter general. En efecto, si bien en el inciso segundo del artículo 3º se estableció como regla general la imposibilidad de acudir a los jueces una vez se haya suscrito el pacto arbitral, válidamente el legislador exceptuó dicha regla general con la previsión dispuesta en el parágrafo del artículo 21, norma que al circunscribirse al supuesto de la no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, es de carácter especial. (...) De lo anterior se tiene que no puede dársele aplicación a la teoría adoptada por la Sala Plena de esta Sección en providencia del 18 de abril de 2013 en los asuntos gobernados bajo la ley 1563 de 2012, como el sub lite, pues la demanda se formuló el 27 de noviembre de 2015"*.

3.5. Se agrega a lo expuesto, que para la fecha en la cual Enelar deba contestar la demanda, ya ha suscrito de manera previa y anticipada, un acuerdo con Stella Monroy Fernández de dejar sin efecto en forma expresa, la cláusula compromisoria que pactaron (fl. 576-579).



589

4. Como quiera que se encuentran idóneos y suficientes presupuestos fácticos y jurídicos para no respaldar la decisión de primera instancia, se revocará el auto impugnado y en su lugar, se ordenará que se resuelva sobre la admisión de la demanda, sin tener en cuenta la existencia de la cláusula compromisoria del contrato, por ser el tema aquí decidido.

Por lo tanto, ante el problema jurídico planteado, se responde que procede revocar la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la providencia de primera instancia, proferida el 7 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, y en su lugar, **ORDENAR** que se resuelva sobre la admisión de la demanda, conforme con lo expuesto.

SEGUNDO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de Decisión, en sesión de la fecha y se expide dentro del proceso 81 001 3333 002 2016 00155 01, demandante: Stella Monroy Fernández.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado

Ausente con excusa
PATRICIA ROCÍO CEBALLOS RODRÍGUEZ
Magistrada

10:32 am
Randy
A

