**ACCIÓN DE TUTELA – Contra providencia judicial – Procedencia**

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012 unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema , por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales , observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente. Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “fijados hasta el momento jurisprudencialmente”. Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 , la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente:** ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C.; cuatro (4) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03067-01(AC)**

**Actor: MUNICIPIO DE TULUÁ - VALLE DEL CAUCA**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C**

La Sala decide la impugnación interpuesta por el apoderado de la parte actora contra el fallo del 9 de marzo de 2017, por medio del cual el Consejo de Estado – Sección Cuarta negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

1. **ANTECEDENTES**

**1. Solicitud de amparo**

Mediante escrito radicado el 14 de octubre del 2016[[1]](#footnote-1) en la Secretaria General del Consejo de Estado, el Municipio de Tuluá – Valle del Cauca, por intermedio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia*.*

Tales derechos los consideró vulnerados por la autoridad judicial accionada, al proferir las siguientes providencias:

(i) El auto interlocutorio del 1º de febrero de 2016, por medio del cual se negó la solicitud de nulidad propuesta por el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, que se fundamentó en la falta de competencia funcional ante la existencia de cláusula compromisoria en el contrato estatal.

(ii) La providencia del 11 de abril de 2016, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto anterior, en el sentido de confirmar la decisión.

A título de amparo constitucional, solicitó:

“(…) que se ordene a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proceder a declarar la nulidad del proceso 2013-00169-01, adelantado por la Compañía de Electricidad de Tuluá contra el Municipio de Tuluá, por violación al debido proceso, y desconocer la autonomía de las partes al dejar de aplicar la Cláusula Décimo Sexta del contrato Nº 002 de 1997 suscrito entre las mismas”[[2]](#footnote-2).

A juicio de la parte accionante, la providencia judicial censurada incurrió en un yerro al considerar que el demandante interpuso la demanda en vigencia de la Ley 1563 de 2012, –*“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”–,* olvidando *“… que la controversia para este caso no está dada ni se siembra con la ‘radicación’ de la demanda, pues esta es la fase final de la controversia surgida mucho tiempo atrás, en la que se termina recurriendo a un tercero, esto es, el juez o el árbitro, para que sea este tercero quien dirima las diferencias que han surgido y que para el caso concreto, ya estaban planteadas y discutidas en forma clara y concreta por las partes”[[3]](#footnote-3).*

Precisó que las diferencias entre las partes –por razón de la ejecución, desarrollo y liquidación del contrato– se presentaron desde el 6 de julio de 2010, cuando la Alcaldía de Tuluá le dio a conocer a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. su intención de dar por terminado el contrato, por encontrarse este incuso en una causal de nulidad al haberse celebrado contra expresa prohibición legal, por desconocer y omitir el proceso de selección correspondiente, aplicable para este objeto y tipo de contrato.

Lo anterior, en su sentir, implica que surgieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y, en consecuencia, resulta aplicable la cláusula compromisoria pactada en el artículo décimo sexto del contrato.

Agregó que, mediante Resolución No. 0811 del 24 de agosto de 2010, se dio por terminado el Contrato de Concesión No. 002 de 1997, acto administrativo que fue recurrido por la entidad contratista, habiéndose resuelto el recurso el 11 de febrero de 2011, según Resolución No. 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011.

**2. Hechos probados y/o admitidos**

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

* El 14 de febrero de 2013[[4]](#footnote-4), la compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P., mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010[[5]](#footnote-5), 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011[[6]](#footnote-6), No.2280-054-1642[[7]](#footnote-7), y No. 280-054. 1642[[8]](#footnote-8) expedidas por el Municipio de Tuluá; la continuidad de la ejecución y el cumplimiento del contrato de concesión No.002 de 1997 celebrado entre el Municipio de Tuluá y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P., así como el reconocimiento, por parte del Municipio de Tuluá de los perjuicios causados con ocasión de la inejecución de dicho contrato.
* Mediante sentencia del 7 de noviembre de 2013[[9]](#footnote-9), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, providencia que se notificó el 9 de diciembre de 2013, mediante correo electrónico[[10]](#footnote-10).
* La anterior decisión fue objeto de apelación por la parte demandante, según escrito radicado el 18 de diciembre de 2013[[11]](#footnote-11), recurso que fue admitido por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, en auto del 20 de marzo de 2014[[12]](#footnote-12).
* Mediante providencia del 2 de mayo de 2014[[13]](#footnote-13), se dispuso correr traslado a las partes para que presentara alegatos de conclusión y al Ministerio Publico para que rindiera concepto.
* Dentro del término de traslado, el Ministerio Público – Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado–, en escrito del 16 de junio de 2014, rindió concepto No 122 solicitó en el que solicitó *“la declaratoria de nulidad absoluta insaneable por falta de competencia de la jurisdicción para conocer el asunto*”[[14]](#footnote-14), dada la existencia de un pacto arbitral incluido en el contrato objeto de controversia. De igual manera, el apoderado de la parte demandada, Municipio de Tuluá, manifestó en escrito de 26 de marzo de 2015 que coadyuvaba dicha solicitud[[15]](#footnote-15).
* Mediante auto interlocutorio del 1º de febrero de 2016[[16]](#footnote-16), la Corporación judicial accionada negó la solicitud de nulidad, por considerar que a la fecha de presentación de la demanda –14 de febrero de 2013–, ya había entrado a regir el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional – Ley 1563 de 2012–, el cual contempla en su artículo 21, parágrafo que *“La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.*
* Contra la anterior decisión, la parte demandada –Municipio de Tuluá– en escrito del 16 de febrero de 2016[[17]](#footnote-17), interpuso recurso de reposición, argumentando que *“la controversia para este caso no está dada, ni se siembra con la radicación de la demanda, pues la controversia surgió mucho tiempo atrás”,* considerando que se debe tener como fecha de inicio el 6 de julio de 2010, oportunidad en la cual la entidad contratante puso en conocimiento de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. su intención de dar por terminado el contrato y no la fecha en la que se presentó la demanda.
* El recurso de reposición fue resuelto, por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante proveído del 11 de abril de 2016, en el sentido de confirmar la decisión, previo análisis de la vigencia de las normas en el tiempo y en especial de la Ley 1563 de 2012, concretamente de la regulación contenida en el artículo 119, que consagra el desistimiento tácito como consecuencia de la no interposición oportuna de la excepción de compromiso.

Precisó las reglas de interpretación consagradas en el auto de unificación de jurisprudencia, sobre este tema, contenido en la decisión del 6 de junio de 2013, de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, establecen que es el momento de iniciación del proceso arbitral el que determina la legislación aplicable para su trámite, sus etapas procesales, la adopción de las decisiones y los recursos judiciales procedentes contra el laudo arbitral.

Consideró que no le asiste razón a la parte demandante que alega que debe tomarse como fecha de iniciación del conflicto el 6 de julio de 2010[[18]](#footnote-18), “*toda vez que se está frente a un conflicto de índole procesal, ya que es la acción el mecanismo con que cuentan las personas para exigir un derecho subjetivo[[19]](#footnote-19), en otras palabras, es la acción la que abre inicio al proceso[[20]](#footnote-20), como mecanismo idóneo, seguro y preciso que determina el momento en el cual se inicia un proceso”.*

**3. Actuaciones procesales relevantes**

**3.1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 11 de noviembre de 2016[[21]](#footnote-21), la Magistrada Ponente de la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la demanda de tutela y dispuso su notificación a la parte actora, a los Magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C[[22]](#footnote-22); así como la vinculación, en calidad de tercera interesada de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P.

**3.2. Contestación de la autoridad judicial accionada – Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección C**

El Ponente de la decisión que se cuestiona, mediante escrito radicado el 9 de diciembre del 2016, se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, por considerar que se encuentra sustentada en un yerro conceptual del actor, quien considera que la Ley 1563 de 2012 no es aplicable a su caso, aun cuando la demanda de controversias contractuales se interpuso el 14 de febrero de 2013, esto es, en plena vigencia de la misma.

Señaló que la aplicabilidad de dicha norma no es un capricho o una errónea interpretación del despacho, como lo afirma el municipio demandante, sino que responde a preceptos legales y jurisprudenciales, según los cuales el procedimiento que se debe aplicar a cada proceso es el vigente para la fecha en que se acceda a la administración de justicia, es decir, la oportunidad de presentación de la demanda.

Finalmente, indicó que la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema[[23]](#footnote-23), en virtud de la cual se modificó el criterio imperante respecto de los efectos de la cláusula compromisoria en contratos celebrados con entidades públicas, confiere primacía al pacto arbitral “*únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012”* y reconoce la salvedad contenida en el parágrafo del artículo 21 de la misma, según el cual “*no interponer la excepción de compromiso ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto*”.

**3.2. Informe de la tercera interesada Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P.**

En escrito enviado el 7 de diciembre de 2016, el apoderado de la CETSA, rindió informe en el que adujo no evidenciar vulneración a derecho constitucional alguno que deba ser amparado.

Afirmó que la solicitud de tutela promovida por el ente territorial contratante es improcedente, toda vez que los argumentos expuestos carecen de sustento, y lo que pretenden es controvertir nuevamente un asunto que fue resuelto por el juez natural en las instancias pertinentes.

Precisó que, “*en gracia de discusión, fue el municipio de Tuluá quien, consiente (sic) de su actuar, desconoció la cláusula compromisoria al renunciar a su aplicación de conformidad por lo reglado por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012*”.

**4. Fallo impugnado**

En decisión del 9 de marzo de 2016[[24]](#footnote-24), la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la petición de amparo constitucional, previo análisis de fondo del asunto sometido a su consideración al haber superado los requisitos de procedibilidad adjetiva.

En efecto, sobre estos requisitos precisó que: (i) el asunto goza de relevancia constitucional; (ii) aun cuando el proceso de controversias contractuales se encuentra en curso, el actor no cuenta con otro medio idóneo de defensa contra la decisión que considera lesiva de sus derechos, por cuanto ya hizo uso del recurso de reposición frente al auto que negó la nulidad; (iii) se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que la tutela se interpuso el 14 de octubre de 2016 y el último auto controvertido se profirió el 11 de abril de 2016; (iv) el municipio actor identificó las razones y los hechos que generan la supuesta vulneración *iusfundamental;* y (v) las providencias se profirieron en un proceso ordinario.

Para arribar a la citada resolutiva, el juez constitucional de primera instancia precisó ampliamente el precedente contenido en el auto de unificación del 18 de abril de 2013 dictado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[25]](#footnote-25), en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria.

Aclaró que la Ley 1563 de 2012 es la norma rectora del proceso por cuanto, si bien los actos demandados tuvieron su génesis en eventos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, lo cierto es que, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, “*La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.*

De allí que el defecto relativo a la negativa de declarar la nulidad procesal por falta de competencia funcional no se configura, en la medida en que la misma obedece a las normas que regulan íntegramente el arbitraje de acuerdo a la ley aplicable al momento de interposición de la demanda, esto es, la Ley 1563 de 2012.

En efecto, así lo expuso la autoridad judicial demandada en la providencia del *“23 de agosto de 2013”* (sic)[[26]](#footnote-26)=, en la que se indicó:

“Se tiene que conforme consta a folio 119 del cuaderno 1, el contrato de concesión Nº 002, objeto de la presente controversia, fue suscrito el 10 de abril de 1997. No obstante, la demanda fue interpuesta por la empresa contratista el 14 de febrero de 2013, fecha en la cual ya había cobrado vigencia la ley 1563 de 2012 –Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional- cuyo artículo 21 expresa: ‘*La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto’*.

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 de artículo 21 ibídem, que las partes han renunciado a la cláusula compromisoria pactada (…)”.

En consecuencia, advirtió que la acción de tutela no está llamada a prosperar, habida cuenta de que las decisiones judiciales cuestionadas se encuentran debidamente motivadas y se profirieron en cumplimiento de las normas y de la jurisprudencia que la autoridad judicial accionada, como juez natural del proceso, consideró aplicables al asunto debatido.

**5. Impugnación**

Mediante escrito radicado el 24 de marzo de 2017, el apoderado judicial de la parte actora impugnó el fallo de primera instancia, por considerar que no se dio estricto cumplimiento a la cláusula décimo sexta del contrato de Concesión No. 002 de 1997 en la que se incluyó el pacto compromisorio, toda vez que en esta se estableció que *“las diferencias”* deberán ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento y ellas no se generan con la presentación de la demanda.

La parte recurrente consideró que las diferencias se suscitaron *“… desde el instante mismo en que la Alcaldía de Tuluá, en ejercicio del legítimo derecho de evitar mantener un contrato generado irregularmente decide dar por terminado el mismo, invocando legalmente normas que amparan su adecuada actuación, como consecuencia de ello de manera lógica y comprensible en su reacción la CETSA procede a defender su posición y ejerce su derecho de defensa y contradicción”[[27]](#footnote-27).*

Reiteró los supuestos fácticos señalados en el escrito introductorio, destacando aquellos relacionados con la terminación del contrato de concesión y los recursos que contra los actos administrativos interpuso la entidad contratista, para reiterar que fue allí que surgieron las diferencias objeto de resolución y no en la fecha de presentación de la demanda, lo cual marca la ley aplicable al caso.

Consideró que la posición de las Secciones Tercera –como juez ordinario de la acción de controversias contractuales– y Cuarta –como juez *a quo* de tutela– es errada y genera inseguridad jurídica y la interpretación y alcance correcto que se le debe otorgar al principio de vigencia de la ley en el tiempo en el caso concreto es *“… la norma que rige o que gobierna el comportamiento y acción a seguir por las partes ha de ser aquella que se encontraba vigente para el instante mismo en que se generan los hechos, no para el momento en que se radica la demanda, pues como ocurre en el caso del derecho procesal administrativo, el interesado tiene un término llamado de caducidad para procurar ventilar sus diferencias ante el juez y el asunto aquí planteado va más allá de una apreciación de orden procesal pues el fondo está en quien debe tener la competencia para dirimir el conflicto iniciado antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012”.*

**II.** **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia del 9 de marzo del 2017 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo señalando en el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado.

**2.** **Problema jurídico**

Le corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la decisión contenida en la sentencia del 9 de marzo de 2017, dictada por el Consejo de Estado – Sección Cuarta que negó la petición de amparo constitucional, para lo cual deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Si la autoridad judicial accionada, con el proferimiento de los autos que negaron la solicitud de nulidad de lo actuado en el proceso de controversias contractuales instaurado por la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. contra el Municipio de Tuluá, vulneró los derechos fundamentales alegados por ésta última?

Concretamente, se resolverá el siguiente subproblema jurídico:

¿Si la autoridad accionada incurrió en defecto sustantivo por indebida aplicación de la Ley 1563 de 2012 al proceso de controversias contractuales, y concretamente la figura jurídica del desistimiento tácito de la cláusula compromisoria?

**3. Razones jurídicas de la decisión**

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **i)** criterio de la Sección sobrela procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; y **ii)** análisis del caso concreto.

**3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

Esta Sección, mayoritariamente, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012[[28]](#footnote-28) **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema[[29]](#footnote-29), por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[30]](#footnote-30), **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente**.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “***fijados hasta el momento jurisprudencialmente”.***

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014[[31]](#footnote-31), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005[[32]](#footnote-32) para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

**3.2. Examen de los requisitos de procedibilidad adjetiva**

En el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva fueron superados por el *a quo* en la sentencia impugnada, por lo que no hay lugar a realizar el análisis en segunda instancia, en consideración a que no fueron objeto de impugnación.

**3.3. Análisis del caso concreto**

Con el fin de abordar los argumentos expuestos por el impugnante, la Sala precisa que la parte actora fundamentó la solicitud de protección de sus derechos fundamentales en la indebida aplicación de la Ley 1563 de 2012[[33]](#footnote-33) al proceso de controversias contractuales instaurado el 14 de febrero de 2013 por la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P., en el que solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010, 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011, No.2280-054-1642 y 280-054. 1642 expedidas por el Municipio de Tuluá referidas a la terminación y liquidación del contrato de Concesión No. No.002 de 1997 celebrado entre las mismas partes y las restituciones e indemnizaciones consecuenciales.

Es así como, si bien la parte actora no lo precisó el defecto en que se encuentran incursas las providencias censuradas, del contenido del cargo se desprende que debe ser analizado desde la óptica del defecto sustantivo, en consideración a que la controversia *iusfundamental* gira alrededor de la indebida aplicación de las normas adjetivas que regulan el procedimiento arbitraje nacional e internacional.

Previa la aclaración anterior, la Sala considera necesario precisar que, de conformidad con las pruebas allegadas a la actuación, la demanda de controversias contractuales instaurada en contra del Municipio de Tuluá se radicó el **14 de febrero de 2013**, según constancia visible a folio 106 del cuaderno principal de proceso ordinario, siendo admitida mediante auto del 18 de febrero de 2013.

Integrado en debida forma el contradictorio, el Municipio de Tuluá, como entidad territorial demandada, la contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las de carencia del derecho sustancial, inexistencia de vicios o causales legales que invaliden la Resolución No. 0811 de 2010 y la *“inominada”,* referida a los hechos exceptivos que el juez encontrara probados a lo largo del proceso, omitiendo excepcionar el compromiso y/o la falta de competencia o de jurisdicción del juez contencioso administrativo, derivada del pacto arbitral acordado en el contrato de Concesión No. 002 de 1997 celebrado entre las partes, y que corresponde a la décimo sexta del convenio.

El proceso judicial se adelantó, según el procedimiento previsto en la Ley 1437 de 2011, con la realización de las audiencias inicial y de juzgamiento y, previo saneamiento del proceso, se dictó sentencia del 7 de noviembre de 2013 en el que se negaron las pretensiones de la demanda, motivo por el cual fue apelada por la entidad pública demandante.

Fue tan sólo en sede del recurso de apelación, cuando se corrió traslado al Ministerio Público para rendir el concepto que éste mediante escrito radicado el 14 de junio de 2014 solicitó la nulidad de lo actuado ante la existencia en el contrato de la cláusula compromisoria y fue únicamente con ocasión del traslado de la nulidad que el procurador judicial del ente territorial coadyuvó la solicitud de nulidad que hasta ese momento procesal no había advertido ni solicitado y –se reitera– no propuso como excepción previa, no obstante haber sido esa la oportunidad procesal en la que correspondía.

La solicitud de nulidad referida fue examina por el *ad quem* en providencia del 1º de febrero de 2017, en la que aplicó la regla de decisión contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, que precisó el alcance de las normas procesales analizando los principios de vigencia de la ley en el tiempo a la luz del artículo 40 de la Ley 153 de 1887[[34]](#footnote-34) y en virtud de la cual la competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda.

Aclarado lo anterior y en consideración a que en el caso concreto sometido a consideración del juez del contrato la demanda se había presentado el 14 de febrero de 2013 le resulta aplicable la Ley 1563 de 2012 que entró en vigencia el 12 de octubre de 2012, ratificando en el artículo 119 que los procesos iniciados bajo su vigencia se rigen por ella, la cual en el parágrafo del artículo 21 estableció:

**“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”.

Nótese que la consecuencia jurídica que se aplicó en el caso concreto al municipio accionante se deriva de su propia omisión de haber presentado en la respectiva oportunidad procesal la excepción correspondiente, entendiéndose en virtud de la aplicación de una ley procesal de orden público y de ineludible cumplimiento que renunció a que las diferencias surgidas del desarrollo y ejecución del contrato fueron conocidas por un Tribunal de Arbitramento.

Al examinar el cargo concreto que la parte actora propone en relación con las providencias censuradas, considera la Sala que le asiste razón a la autoridad accionada y al juez constitucional *a quo,* cuando consideró que resulta errado afirmar que la ley procesal aplicable al juicio de controversias contractuales sea la que se encontraba vigente para la fecha en que se suscitaron las diferencias entre las partes y no aquella en que fueron sometidas al conocimiento de la jurisdicción contenciosa.

Tal afirmación no solo resulta caprichosa y carente de sustento argumentativo, sino que igualmente es contraria a las claras normas adjetivas que se analizaron, en virtud de las cuales la legislación aplicable es la vigente a la fecha de presentación de la demanda, por lo que la consecuencia jurídica –desistimiento tácito– resulta razonable y adecuada dada su conducta omisiva en el proceso judicial que suscitó la presente controversia.

De lo expuesto hasta este momento, se advierte que la aplicación que la Sección Tercera del Consejo de Estado efectuó en el caso concreto en relación con el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 al medio de control de controversias contractuales ejercido contra la entidad pública accionante, se acompasa con la finalidad y el contenido de la norma que pretende garantizar principios de seguridad jurídica, confianza legítima y *perpetuatio jurisdictionis*.

En consecuencia, al no resultar procedente la intervención del juez de tutela en el caso concreto, por no encontrar vulnerados los derechos fundamentales alegados, la Sala confirmará la decisión que adoptó la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la petición de amparo constitucional.

**III. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de marzo del 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio de la cual negó la petición de amparó de los derechos fundamentales alegados por el Municipio de Tuluá, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia devolver a la Secretaría del Consejo de Estado, Sección Tercera el expediente contentivo del proceso de controversias contractuales, para que continúe su trámite.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Consejera**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero**

1. Folio 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 16. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 12. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 3 a 106 del cuaderno No. 1 del proceso ordinario de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-4)
5. Por medio de la cual, el Municipio de Tuluá declara terminado el contrato de concesión No. 002 de 1997, y dispone que se reconozcan los perjuicios patrimoniales ocasionados a CETSA E.S.P. [↑](#footnote-ref-5)
6. Por medio de la cual, el Municipio de Tuluá resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0811 de 2012 y confirma la decisión de dar por terminado el contrato y el reconocimiento de los perjuicios patrimoniales ocasionados a CETSA E.S.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Por medio de la cual, el Municipio de Tuluá ordena la liquidación del contrato de concesión No. 002 de 1997 y que se reconozca los perjuicios patrimoniales ocasionados a CETSA E.S.P. [↑](#footnote-ref-7)
8. Por medio de la cual, el Municipio de Tuluá resuelve recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 280-054. 1642, confirmando la decisión. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 712 a 730 del cuaderno principal del proceso ordinario. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 737 del cuaderno principal del proceso ordinario. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 738 a 781 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 788 a 795. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 797. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 886 a 893. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 947 a 949. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 969 a 972. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 1019 a 1025. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fecha en el cual la Alcaldía de Tuluá informó a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P (en adelante CETSA) su intención de terminar el contrato. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita del texto transcrito: “Instituciones de Derecho Procesal, Hernán Fabio López Blanco, Página 279” [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita original del texto transcrito: “Devis Echandía Hernando, compendio, Página 155”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 61. [↑](#footnote-ref-21)
22. La Sala destaca que si bien en el caso concreto no se vinculó al juez de primera instancia que tomó la decisión, tal vinculación no era procedente, por cuanto la petición de declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso ordinario y las decisión sobre la misma se adoptaron en sede de segunda instancia, en las que no intervino el *a quo* y contra este no se formuló cargo alguno. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia de unificación de 18 de abril de 2013, Sección Tercera. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 106 a 113. [↑](#footnote-ref-24)
25. **Radicación**: 17.859 (R-0035), **Actor**: Julio César García Jiménez; **Demandado**: Departamento de Casanare, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera [↑](#footnote-ref-25)
26. La fecha correcta de la providencia que contiene esta transcripción es de 1º de febrero de 2016. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 122 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C. P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-28)
29. El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada. [↑](#footnote-ref-29)
30. Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia. [↑](#footnote-ref-30)
31. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. C. P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-31)
32. De manera general, dicha decisión consagró la necesidad de que la acción de tutela cumpla con unos presupuestos generales de procedibilidad –inmediatez, tutela contra tutela, subsidiaridad-, así como fijó las causales específicas de procedencia, los cuales denominó defectos, y dependiente de su naturaleza, pueden ser fáctico, sustantivo, procedimental, orgánico, por desconocimiento del presente o desconocimiento directo de la Constitución. [↑](#footnote-ref-32)
33. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Esta norma fue modificada por el artículo 524 del Código General del Proceso, cuyo contenido es el siguiente: Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

***La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad***". (Negrillas y subrayas fuera de texto) [↑](#footnote-ref-34)