

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento de contrato de concesión / AUTO QUE DECRETA DE OFICIO NULIDAD PROCESAL INSANEABLE – Remite para convocar tribunal de arbitramento / FALTA DE JURISDICCIÓN POR EXISTENCIA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL NO CORRESPONDE A LOS PODERES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Encontrándose el proceso de la referencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 13 de mayo de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, advierte el despacho la presencia de una causal de nulidad procesal, que impide proseguir el trámite de segunda instancia (...) La controversia sometida a consideración de la jurisdicción estriba, fundamentalmente, en el presunto incumplimiento de Aseo Capital S.A. E.S.P del contrato de concesión C-53 de 2003, pues solo habría incorporado a la ejecución del contrato cinco (5) de las seis (6) barredoras mecánicas ofrecidas en su propuesta (...) [L]a sociedad demandada no solo propuso en la contestación de la demanda la excepción de falta de jurisdicción, sino que lo reiteró en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia; por consiguiente, estima la Sala que, al existir una cláusula compromisoria y al haberse interpuesto en el momento procesal pertinente tal excepción, no cabe duda de que el juzgamiento y la solución de la controversia planteada es de competencia de la justicia arbitral, pues, a diferencia de lo dicho al respecto por el tribunal, no se trata de un asunto que verse sobre una materia que encuadre en el ámbito de los poderes excepcionales de la administración, previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, eventos en los cuales la competencia [sic] sí sería de la jurisdicción contencioso administrativa. Así las cosas, en virtud del pacto arbitral y de que se propuso la excepción correspondiente y, además, se insistió en ella en la apelación de la sentencia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda, sino que lo es la justicia arbitral; por lo anterior, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14

**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Definición / NULIDADES PROCESALES – Falta de jurisdicción / NULIDAD INSANEABLE**

[L]as partes decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias que se suscitaban alrededor del contrato de concesión 53 del 15 de julio de 2003, para asignárselas a la justicia arbitral. En virtud de la cláusula compromisoria citada, al contestar la demanda la sociedad demandada propuso la excepción de “INCOMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL POR FALTA DE JURISDICCIÓN” [sic]. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, en el fallo de primera instancia, declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción por cláusula compromisoria (...) Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales que conciertan las partes para resolver, por medio del arbitraje, las diferencias o controversias que surjan del contrato (...) Pactada, entonces, la cláusula compromisoria, la competencia para conocer del asunto sale de la justicia institucional y recae en la arbitral y con mayor razón si, habiendo acudido alguna de las partes del contrato al juez de lo contencioso administrativo en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, la otra parte insiste en lo pactado

proponiendo la excepción de falta de jurisdicción, en cuya declaratoria insistió en el recurso de apelación (ver el numeral 5 del capítulo de “ANTECEDENTES” de esta providencia), pues, en esas condiciones y frente a tal cláusula, se configuran las causales de nulidad procesal contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., las cuales son insaneables, según el inciso final del artículo 144 ibídem (...) Por su parte, el inciso final del artículo 144 ibídem dispone que no es saneable la nulidad “proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”. Frente a lo anterior, se debe tener en cuenta que el juez se encuentra en el deber de declarar, antes de dictar sentencia e incluso de manera oficiosa, las nulidades procesales insaneables que se encuentren probadas en el proceso, pues así lo dispone el artículo 145 del C. de P.C, aplicable a este caso conforme los artículos 165 y 267 del C.C.A. y según el cual, “En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe ...”.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 70 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 140 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 144 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 145 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 165 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 267

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01569-01(39450)**

**Actor: BOGOTÁ D.C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-**

**Demandado: CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Encontrándose el proceso de la referencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 13 de mayo de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, advierte el despacho la presencia de una causal de nulidad procesal, que impide proseguir el trámite de segunda instancia.

## I. ANTECEDENTES

### 1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 30 de junio de 2006 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el demandante, por conducto de apoderado, formuló demanda en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra Aseo Capital S.A. E. S.P. con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe literal):

“PRIMERA.- Se declare el incumplimiento por parte de la firma Aseo Capital S.A. E.S.P. del Contrato de Concesión C-53 de 2003.

“SEGUNDA.- Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, a título de multa, se condene a Aseo Capital S.A. E.S.P. a cancelar a favor del Distrito Capital-Alcaldía Mayor-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos la suma de inicial de Trescientos Cincuenta y Tres Millones Trescientos Veintiocho Mil Pesos (\$353'328.000.00) a 20 de junio de 2006, con su correspondiente indexación.

“TERCERA.- Sobre la suma a que (sic) condenada la firma Aseo Capital S.A. E.S.P. se habrá de liquidar el interés legal bancario corriente”.

### 2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden resumir así:

**2.1.-** El 15 de julio de 2003 fue celebrado, entre el Distrito Capital de Bogotá -Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos -UESP- y Aseo Capital S.A. E.S.P., el contrato de concesión 53, cuyo objeto consistía en la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición, en las áreas de servicio exclusivo - Ase's – Nos. 3 y 4 del Distrito Capital de Bogotá.

**2.2.-** El 16 de junio de 2004, la interventoría del contrato de concesión 53, mediante oficio 01-3523-2004, advirtió al consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. que, a la fecha, el mismo sólo había incorporado a la ejecución del contrato cinco (5) de las seis (6) barredoras mecánicas ofrecidas en su propuesta, por lo cual solicitó explicación de los motivos del incumplimiento.

**2.3.-** El concesionario le respondió a la interventoría diciendo que en los pliegos de condiciones no se exigió un equipo mínimo, ni ello fue materia de evaluación. De igual manera, le presentó varias alternativas, con el fin de superar los inconvenientes presentados en la ejecución del contrato.

**2.4.-** La Interventoría no estuvo de acuerdo con las propuestas alternativas presentadas por el contratista, por cuanto consideró que éste debía cumplir con la oferta que presentó y con lo pactado en el contrato.

**2.5.-** Por lo anterior, la entidad pública demandante considera que se presentó un incumplimiento contractual y solicita su declaración en sede judicial.

### **3.- La actuación procesal**

Por auto del 21 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A" admitió la demanda, ordenó la notificación personal de la providencia al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante.

### **4.- La sentencia de primera instancia.-**

Mediante providencia del 13 de mayo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A" declaró el incumplimiento parcial del contrato 53 de 2003, por parte de Aseo Capital S.A. E.S.P, respecto del equipo ofrecido en su propuesta, en cuanto al número de barredoras mecánicas.

### **5.- El recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de Aseo Capital S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, con el fin de obtener que se revoque la sentencia recurrida y que, en su lugar, se declare probada la excepción de falta de jurisdicción y quebrantado el principio de legalidad de la pena por parte del juez natural.

Por auto del 1 de abril de 2011 (fl. 273, C. Consejo) se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

La controversia sometida a consideración de la jurisdicción estriba, fundamentalmente, en el presunto incumplimiento de Aseo Capital S.A. E.S.P del contrato de concesión C-53 de 2003, pues solo habría incorporado a la ejecución del contrato cinco (5) de las seis (6) barredoras mecánicas ofrecidas en su propuesta.

La cláusula 41 del contrato en cita consagró el siguiente pacto arbitral (se transcribe tal como obra en el folio 22, C. 6):

“CLAUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas o mediante los instrumentos de solución de que trata la cláusula anterior, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres(3) árbitros colombianos. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal decidirá en derecho y funcionará en el Distrito Capital.

“En las controversias de menor cuantía sólo habrá un arbitro. Se entenderá por tales, aquellas cuyo monto sea igual o inferior a (40) SMLM.

“La designación, requerimiento, constitución, funcionamiento y los demás aspectos del tribunal se regirán por las disposiciones legales vigentes sobre la materia en la fecha en que el tribunal se convoque”.

No cabe duda, entonces, de que las partes decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias que se suscitaran alrededor del contrato de concesión 53 del 15 de julio de 2003, para asignárselas a la justicia arbitral.

En virtud de la cláusula compromisoria citada, al contestar la demanda la sociedad demandada propuso la excepción de “INCOMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL POR FALTA DE JURISDICCIÓN”.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, en el fallo de primera instancia, declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción por cláusula compromisoria, con fundamento en lo siguiente:

“Considera la Sala que aún cuando en el presente caso la entidad estatal no profirió un acto administrativo que impusiera una multa, lo pretendido al acudir ante esta jurisdicción consiste en la declaratoria de una sanción, con los consecuentes efectos sobre la situación del contratista, aspecto que escapa a la competencia del tribunal de arbitramento”.

Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales que conciertan las partes para resolver, por medio del arbitraje, las diferencias o controversias que surjan del contrato; al respecto, esta Corporación ha señalado:

“Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales pactadas entre partes contrayentes (sic), que en ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley les confiere, (sic) acuerdan sustraer del arbitrio jurisdiccional la resolución de determinadas controversias, cumpliendo los requisitos que la misma les impone”<sup>1</sup>.

Frente a la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 estableció:

"Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”.

Pactada, entonces, la cláusula compromisoria, la competencia para conocer del asunto sale de la justicia institucional y recae en la arbitral y con mayor razón si, habiendo acudido alguna de las partes del contrato al juez de lo contencioso administrativo en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, la otra parte insiste en lo pactado proponiendo la excepción de falta de jurisdicción, en cuya declaratoria insistió en el recurso de apelación (ver el numeral 5 del capítulo de “ANTECEDENTES” de esta providencia), pues, en esas condiciones y frente a tal cláusula, se configuran las causales de nulidad procesal contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., las cuales son insaneables, según el inciso final del artículo 144 ibídem.

En efecto, el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil establece que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción o sin competencia:

“Artículo 140.- Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“1.- Cuando corresponde a distinta jurisdicción.

“2.- Cuando el juez carece de competencia”.

Por su parte, el inciso final del artículo 144 ibídem dispone que no es saneable la nulidad “proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”.

Frente a lo anterior, se debe tener en cuenta que el juez se encuentra en el deber de declarar, antes de dictar sentencia e incluso de manera oficiosa, las nulidades procesales insaneables que se encuentren probadas en el proceso, pues así lo dispone el artículo 145 del C. de P.C, aplicable a este caso conforme los artículos 165 y 267 del C.C.A. y según el cual, “En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe ...”.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, auto del 14 de septiembre de 2017, radicación 66001-23-33-000-2012-00119-01(58025).

En este caso, como ya se vio, la sociedad demandada no solo propuso en la contestación de la demanda la excepción de falta de jurisdicción, sino que lo reiteró en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia; por consiguiente, estima la Sala que, al existir una cláusula compromisoria y al haberse interpuesto en el momento procesal pertinente tal excepción, no cabe duda de que el juzgamiento y la solución de la controversia planteada es de competencia de la justicia arbitral, pues, a diferencia de lo dicho al respecto por el tribunal, no se trata de un asunto que verse sobre una materia que encuadre en el ámbito de los poderes excepcionales de la administración, previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, eventos en los cuales la competencia sí sería de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>2</sup>.

Así las cosas, en virtud del pacto arbitral y de que se propuso la excepción correspondiente y, además, se insistió en ella en la apelación de la sentencia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda, sino que lo es la justicia arbitral; por lo anterior, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

Ahora bien, para evitar que se produzca una eventual vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y para impedir que las partes queden sin obtener decisión de fondo en relación con la controversia suscitada, se ordenará enviar el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá y se fijará un término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que el demandante solicite la convocatoria de un tribunal de arbitramento que resuelva las diferencias surgidas entre las partes y que dieron inicio al proceso de la referencia y dispondrá que, para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el tribunal que se constituya tenga en cuenta la fecha de presentación de aquélla, esto es, el 30 de junio de 2006.

En mérito de lo expuesto, se

## **R E S U E L V E**

**Primero.- DECLÁRASE** la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva.

---

<sup>2</sup> Al respecto, ver sentencias C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, del 10 de junio de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36.252.

**Segundo.-** En firme esta providencia, **ENVÍESE** el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo.

**Tercero.- CONCÉDESE** el término de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que, si a bien lo tiene, el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP-solicite la convocatoria de un tribunal de arbitramento que dirima las diferencias planteadas en la demanda que dio inicio al proceso de la referencia.

Para efectos del conteo del término de caducidad de la acción, el tribunal de arbitramento tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó este proceso, esto es, el 30 de junio de 2006.

**Cuarto.-** Comuníquese esta decisión al tribunal administrativo de origen, para lo que corresponda.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**