REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ
CARRERA 6 NUMERO 30-07 TERCER PISO B/ CESAR CONTO
j02admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co
QUIBDÓ – CHOCÓ

Quibdó, catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO INTERLOCUTORIO No. 132

RADICADO: 27001 33 33 002 **2020 00058 00**
MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO CONTRACTUAL
DEMANDANTE: **SANDRA XIMENA RODRÍGUEZ DELGADO**
DEMANDADA: **AGUAS DEL CHOCÓ S.A. ESP**

1.- ASUNTO

Procede el Juzgado a resolver la nulidad propuesta en el presente asunto por el apoderado judicial de Aguas del Chocó S.A. ESP, según obra a folios 179 A 185 del expediente.

Del Incidente de Nulidad

El abogado JORGE ELIAM ENSUNCHO BECHARA, en calidad de en calidad de apoderado judicial de Aguas del Chocó S.A. ESP, luego de haber sido proferida la correspondiente sentencia dentro de la acción ejecutiva y que mediante auto del 439 se le corrió traslado a la entidad ejecutada de la liquidación del crédito, presenta la ejecutada **incidente de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, de conformidad con el artículo 13-1 del CGP** en los siguientes términos:

> *(...) Sea lo primero advertir que en tratándose del con trato estatal no cebe la renuncia tacita la jurisdicción competente, de acuerdo con la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expuesta en la providencia de 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.*
>
> *Es claro que la jurisdicción arbitral ha sido determinada por las partes contratantes en este caso y que ella presenta importante diferencias respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entre otros aspectos, por razón de la voluntariedad en que se funda la habilitación de loa árbitros y la transitoriedad o temporalidad de su potestad para administrar justicia, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política.*
>
> *(...) en ese orden de ideas la parte que represento considera que el Despacho debe acogerse ala la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual, frente al contrato estatal no cabe la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta, además, que no puede derogar ni desconocer la jurisdicción arbitral que las partes designaron como competente para conocer de la controversia que se ventila en el presente litigio.*

contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. *Falta de Jurisdicción o competencia*

(...)

Artículo 101 CGP.- Oportunidad y trámite de las excepciones previas y el artículo 102 CGP.- Inoponibilidad posterior de los mismos hechos.

Por lo tanto solicita se estimen las pretensiones incoadas en la demanda y no se le dé trámite al incidente propuesto por la parte demandada y se siga con la ejecución de la misma.

PARA RESOLVER CONSIDERA

- **La nulidad procesal:** es una institución que se encuentra fundamentada en el artículo 29 de la Constitución Política, con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso y de defensa de quienes intervienen en él y es, por regla general, desarrollada en la Ley, la cual indica los vicios del proceso que permiten su invocación y declaración judicial. En efecto, las nulidades procesales, están instituidas para asegurar la validez del proceso, pues su objetivo es evitar que en las actuaciones judiciales se incurra en irregularidades de tal entidad que comprometan su eficacia, esto es, que le resten los efectos jurídicos al acto o actos que integran el proceso.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 208 dispone que *"Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitaran como incidente"*. Sin embargo, hoy con la expedición del Código General del Proceso, deben acudirse a las causales de nulidad señaladas en dicho estatuto.

Respecto de las causales de nulidad, el artículo 133 del Código General del Proceso, establece lo siguiente:

> *"(...)* ***ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD.*** *El proceso es nulo, en todo o en parte,* ***solamente*** *en los siguientes casos:*
>
> ***1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.***
>
> *2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
>
> *3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
>
> *4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
>
> *5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
>
> *6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*

- La jurisprudencia unificada de la Sección Tercera en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia del 18 de abril de 2013[1] unificó la tesis jurisprudencial en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria para los casos regidos por las normas anteriores al Estatuto Arbitral –Ley 1563 de 2012–.

En esa oportunidad, la Sala Plena de la Sección declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso y ordenó la integración del respectivo tribunal de arbitramento, con fundamento en el siguiente razonamiento que se trascribe *in extenso y de manera textual*:

> *"La sala, con fundamento en los razonamientos que se desarrollan a continuación, recoge en esta oportunidad la tesis que ha sostenido hasta el momento, en relación con la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria.*
>
> *2.5.1 Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria.*
>
> *Así, el artículo el artículo 2 A del Decreto 2270 de 1989[2], 'por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones' dice que 'se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral' (se resalta).*
>
> *Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.*
>
> *Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que 'en derecho las cosas se deshacen como se hacen'.*
>
> *No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está*

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, rad. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
[2] Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

contrato estatal, a fin de concluir que cada una decidió, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente hayan convenido expresamente y por escrito tal posibilidad, desconoce abiertamente el carácter autónomo que caracteriza a la cláusula compromisoria.

2.5.3 Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado, con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisorio.

En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente -como ya se vio- en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, denominado compromiso, en ambos casos con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias.

Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad[6], y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

2.5.4 Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

---

[6] La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

> *"**Artículo 3°. Pacto arbitral.** 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.*
>
> *El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.*
>
> *En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.*
>
> ***Parágrafo.** Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.*
>
> *"....*
>
> ***Artículo 21. Traslado y contestación de la demanda.** De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.*
>
> *Es procedente la demanda de reconvención pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.*
>
> ***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".*

Como se aprecia, los parágrafos de los artículos 3 y 21 de la Ley 1563 de 2012 establecen las figuras del *"pacto arbitral ficto"* y de la *"renuncia tácita al pacto arbitral"*, respectivamente. La primera ocurre cuando una de las partes en un proceso –ante cualquier juez o árbitros– alega la existencia de una cláusula compromisoria o compromiso y la contraparte no la niega expresamente, caso en el cual se tendrá por probada la existencia del compromiso y, si es del caso, se ordenará remitir el proceso a la justicia arbitral. La segunda, por el contrario, se presenta cuando el demandado ante cualquier juez no formula la excepción de compromiso o cláusula compromisoria –falta de jurisdicción técnicamente hablando– lo que genera la renuncia del compromiso y que, por lo tanto, el proceso continúe su trámite ante la jurisdicción estatal correspondiente.

Ahora bien, la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera –en atención a su *ratio decidendi*– solo tiene aplicación para los procesos que se promovieron antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, de conformidad con lo establecido en la norma de vigencia de ese estatuto, contenida en el artículo 119[8]. En síntesis, los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esa ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores. Por consiguiente solo serán renunciables tácitamente las cláusulas compromisorias en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral que, de acuerdo

[8] Al respecto consultar: auto del 1° de febrero de 2016, rad. 50.045, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y auto del 5 de diciembre de 2016, rad. 58.082, M.P. Jaime Rodríguez Navas.

En ese estado de cosas, este despacho se aparta del criterio de la referida sentencia de unificación de la Sección Tercera y el aludido vicio no opera para este caso en particular, puesto que la acción se surte en vigencia de la Ley 1563 de 2012, lo que indica la renuncia tacita ante el silencio de la entidad que invoca ahora la nulidad por falta de Jurisdicción y competencia y en su decir sostiene que:

"(...)
Vale la pena aclarar que este trámite incidental no impide la solución de la controversia citada en la referida, sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción que en forma válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente, lo cual supone respetar la voluntad que de manera espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes al celebrar el contrato, el cual es una ley para las partes, en los términos del artículo 1602 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

Finalmente, la parte ejecutada convalidó la actuación procesal puesto que no formuló en su momento las excepciones de falta de jurisdicción o de competencia y/o cláusula compromisoria -lo que encierra la falta de jurisdicción-, pretendiendo alegarla como nulidad cuando conoció en todo momento de las actuaciones es decir las saneo, por lo tanto su trámite continuará ante esta jurisdicción y no hay lugar a la perdida de la competencia por las razones expuestas en precedencia.

Sin condena en costas, toda vez que la causal invocada ha sido zanjada.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDO,**

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar saneado el proceso y por ende rechácese la nulidad por falta de Jurisdicción y competencia alegada por la ejecutada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriado este proveído retorne el proceso a despacho para continuar al trámite procesal correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YUDY YINETH MORENO CORREA
JUEZ

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE QUIBDO
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. 43. De hoy, 15-09-21, a las 7:30 a.m.

KELLY LORENA MOSQUERA AGUILAR
Secretaria