

**Recursos contra Auto que declara excepción previa y termina proceso - Exp. 2019 - 001. Municipio de Madrid vs INSETEC.**

Pabón Abogados & Asociados <mpabon.asesorialegal@gmail.com>

Mié 03/02/2021 16:42

**Para:** Juzgado 02 Administrativo - Cundinamarca - Facatativa <j02adminfac@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**CC:** masimar4@hotmail.com <masimar4@hotmail.com>; masimar4@gmail.com <masimar4@gmail.com>; notificacionjudicial madrid-cundinamarca.gov.co <notificacionjudicial@madrid-cundinamarca.gov.co>; NANCY JANETH CORTES CASTIBLANCO <nancy.cortes@madridcundinamarca.gov.co>

 2 archivos adjuntos (393 KB)

03.02.20 Recurso de reposición y apelación.pdf; noname;

**SEÑOR**

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE FACATATIVÁ**

[j02adminfac@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j02adminfac@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**CC.** [masimar4@hotmail.com](mailto:masimar4@hotmail.com); [masimar4@gmail.com](mailto:masimar4@gmail.com)

**E. S. D.**

**Proceso:** RESTITUCIÓN DE TENENCIA DE BIEN INMUEBLE

**Demandante:** MUNICIPIO DE MADRID

**Demandado:** Instituto Técnico INSETEC

**Expediente:** 2019-00001

**Asunto:** Recurso de reposición y en subsidio apelación

Cordial saludo,

Como apoderada de la parte demandante, MUNICIPIO DE MADRID, solicito dar trámite al memorial que remito adjunto.

Atentamente,



*Martha Mireya Pabón Páez*

CC 52887262

TP 148564 del CSJ

Abogada Socia

Pabón Abogados & Asociados

<http://www.pabonabogados.com.co/>

Tel: (571) 7944902. Cel: (571) 3215120117

Calle 12 No.7-32 Of. 609 y 610

Edificio Banco Comercial Antioqueño.

Bogotá - Colombia.

*"Siéntase seguro protegiendo su firma a través de nuestra firma"*

**Salva un árbol! No imprimas este email a menos que realmente lo necesites.**

*Este mensaje va dirigido exclusivamente a la persona o entidad que se muestra como destinatario/s, y contiene datos y/o información confidencial, sometida a secreto profesional o cuya divulgación esté prohibida en virtud de la legislación vigente. Toda divulgación, reproducción u otra acción al respecto por parte de personas o entidades distintas al destinatario está prohibida. Si ha recibido este mensaje por error, por favor, contacte con la persona que figura como remitente y proceda a su eliminación. La transmisión por vía electrónica no permite garantizar la confidencialidad de los mensajes que se transmiten, ni su integridad o correcta recepción, por lo que no asumimos responsabilidad alguna por estas circunstancias.*

4/2/2021

Correo: Juzgado 02 Administrativo - Cundinamarca - Facatativa - Outlook

*This message is intended only for the named person or company who is the only authorized recipient, and include confidential data under professional secrecy, and its disclosure is prohibited by current legislation. Disclosure, copy or any other action in this message by a person or company different to the intended recipient is prohibited. If this message has reached you in error, please notify the sender and destroy it immediately. Electronic communications of data may not guarantee the message's confidentiality, neither their integrity nor correct receipt, so we do not take responsibility for any of those circumstances.*

SEÑOR  
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE FACATATIVÁ  
j02adminfac@cendoj.ramajudicial.gov.co  
E. S. D.

Proceso: RESTITUCIÓN DE TENENCIA DE BIEN INMUEBLE  
Demandante: MUNICIPIO DE MADRID  
Demandado: Instituto Técnico INSETEC  
Expediente: 2019-00001

**Asunto:** Recurso de reposición y en subsidio apelación

**MARTHA MIREYA PABÓN PÁEZ**, apoderada del **MUNICIPIO DE MADRID**, por medio del presente escrito interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto del 28 de enero de 2021, notificado en estado del día siguiente, por el cual se declaró probada la excepción previa de “falta de jurisdicción y competencia” por existencia de cláusula compromisoria.

#### I. Procedencia y oportunidad de los recursos.

La Ley **2025 de 2021** rige para el presente trámite, según su artículo 86, debido a que las normas procesales aplican inmediatamente desde su publicación, sin que en el presente caso nos encontremos en una de las excepciones a dicho régimen de vigencia (recursos interpuestos, práctica de pruebas decretadas, términos que hubieren empezado a correr bajo la ley anterior, etc).

Los artículos 242, 243 y 244 de la Ley 1437 de 2011, modificados por la Ley 2025 de 2021, disponen que el recurso de reposición procede contra todos los autos salvo norma en contrario. Tratándose del recurso de apelación, este procede contra el auto que por cualquier causa ponga fin al proceso.

Finalmente, advierte el ya modificado artículo 244 en su numeral primero que el recurso de apelación puede interponerse directamente o en subsidio del de reposición. Por esta razón, se observa que los recursos son procedentes

Ahora, respecto de la oportunidad del recurso, baste señalar que el presente escrito se presenta en los tres días siguientes a la notificación por estado del auto que declaró terminado el proceso.

#### II. Reparos a la decisión.

**La supuesta cláusula compromisoria es patológica, pues: 1) No contiene la mutua e inequívoca decisión de someter las controversias a un tribunal de arbitramento, 2) Es potestativa en su redacción. 3) Contiene fórmulas escalonadas para acceder a la jurisdicción estatal.**

La consecuencia de los anteriores escenarios, es la ineficacia de la cláusula compromisoria, como pasará a exponerse.

**1. No contiene la mutua e inequívoca decisión de someter las controversias a un tribunal de arbitramento.**

Inequívoco es aquello *Que no admite duda o equivocación*<sup>1</sup>. El Consejo de Estado ha sido constante en su jurisprudencia sobre la exigencia de que, para que el compromiso sea eficaz, es necesario que no haya lugar a dudas sobre la intención de las partes en someter la controversia al conocimiento de árbitros:

*Una cláusula compromisoria condicional es patológica, dado que no tiene validez por la sencilla pero potísima razón de que **para que el compromiso tenga eficacia es imperativo que el consentimiento de las partes esté directamente encaminado a la intención de someter determinado conflicto al conocimiento de los árbitros.** En otros términos, la voluntad de las partes debe ser inequívoca con el objetivo de que el conflicto surgido sea conocido y decidido por árbitros”*

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 18 abril de 2017, rad. 50001-23-33-000-2015-00667-01 (58461), CP Hernán Andrade Rincón.**

Teniendo en cuenta lo anterior, debe analizarse el tenor de la cláusula patológica del contrato de comodato, que es el siguiente:

**DÉCIMA PRIMERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA:** *Sin perjuicio de la acción judicial o administrativa, las partes convienen que en el evento en que sobreviniera cualquier controversia con ocasión del presente Contrato de Comodato, se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo, establecidos en la ley 80 de 1993 y normas complementarias*

En el presente caso, la intención de someter a arbitraje no es inequívoca, por dos razones:

En primer lugar, porque, a pesar de que el título de la cláusula es “Cláusula compromisoria”, inmediatamente después las partes parecen indicar que su intención final es acudir a la “acción judicial o administrativa”.

De otra forma no tendría sentido o eficacia la expresión “sin perjuicio de la acción judicial o administrativa”.

En segundo lugar, porque, a pesar de que la cláusula indica que “previamente” deberá acudirse a los “mecanismos de arreglo directo” de la Ley 80 de 1993 y otras normas, en verdad, ello sólo da a entender que las partes pueden optar por una amplia gama de opciones entre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (*negociación, amigable composición, conciliación, mediación, transacción*), sin que ello necesariamente implique que las partes consienten en acudir al arbitraje.

Además, la expresión “*mecanismos de arreglo directo*” no es inequívoca en señalar que las partes acudirán a arbitraje, teniendo en cuenta que **el arbitramento no es un mecanismo de arreglo directo** en el que las partes solucionan sus controversias de común acuerdo, sino que se trata de un mecanismo heterocompositivo, en el que un tercero es llamado a resolver la controversia.

---

<sup>1</sup> <https://dle.rae.es/inequ%C3%ADvoco>

Visto así, se presentan las siguientes preguntas sobre la interpretación de la cláusula, que nos muestran que, en verdad, la voluntad de las partes no es “inequívoca” en señalar que desean un arbitraje:

- Cuando el título de la cláusula habla de “*cláusula compromisoria*” y a continuación de “*sin perjuicio de la acción judicial o administrativa*”, ¿ello implica que las partes pueden optar por una jurisdicción arbitral, la jurisdicción estatal, o adelantar una actuación administrativa?
- Cuando la cláusula habla de “*sin perjuicio de la acción judicial o administrativa (...), se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo*”, ¿Ello quiere decir que las partes deben acudir a mecanismos de arreglo directo antes de presentar la acción? O por el contrario, ¿quiere decir que las partes deben acudir a arreglo directo “sin perjuicio” de poder acudir a la jurisdicción, es decir, pueden decidir el orden en que realizan cada etapa?
- Los “mecanismos de arreglo directo” a que se refiere la cláusula ¿Cuáles son? ¿Sólo arbitraje? Nótese que la Ley 80 de 1993 ni siquiera regula el compromiso arbitral, y en todo caso, el antiguo artículo 68 de la citada Ley hablaba de “conciliación, amigable composición y transacción” como medios de arreglo, antes de su derogatoria.
- Cuando las partes hablan de “*acción judicial o administrativa*”, ¿quiere ello decir que la entidad puede iniciar los trámites administrativos sancionatorios o ejercer facultades exorbitantes? ¿o quiere decir que las partes podrán acudir a la jurisdicción administrativa o de lo contencioso administrativo?

El sólo hecho de tener que realizar estas preguntas, da a entender que **la cláusula compromisoria no es clara, ni inequívoca, pues puede ser interpretada en varios sentidos**, de modo que es dudosa y puede llevar a equivocación.

Ahora, si lo que las partes quisieron expresar fue que acudirían al tribunal arbitral, “antes” de acudir a la acción judicial o administrativa, ello simple y llanamente no se dijo en el contrato. Como se ve, la expresión “**mecanismos de arreglo directo**” **ni siquiera engloba al compromiso arbitral**, debido a que el arreglo directo requiere necesariamente que sean las propias partes las que solucionen sus controversias, y no un tercero.

Por lo expuesto, al verificar el contenido de la cláusula compromisoria, encontramos que, el único compromiso de las partes **fue el de acudir a mecanismo de arreglo directo antes de acudir a la jurisdicción**, exigencia, que es contraria a la ley, y no ocasiona una falta de competencia. Aunado a lo anterior, se llama la atención que en la cláusula ni siquiera se menciona el termino arbitraje, o arbitramento o tribunal arbitral por lo que es completamente equivocado suponer que existe voluntad de excluir de la jurisdicción contenciosa la acción proveniente de controversias derivadas del contrato.

E incluso, y suponiendo que se hubiere acordado acudir ante arbitraje, me pregunto, ¿a qué Tribunal se le dio competencia?, ¿a qué centro se lleva la controversia?, ¿en qué sede se desarrollaría el arbitraje? ¿Cuántos árbitros van a resolver la controversia?, ¿cuál procedimiento se emplearía para elegirlos?, ¿bajo qué reglamento se tramitaría el arbitraje? Todos elementos no identificados, y que no fueron tratados, **justamente porque las partes no pactaron acudir a arbitraje.**

Se exhorta la lectura integral de la cláusula, como quiera que, su solo título es insuficiente para afirmar que existe voluntad de las partes para acudir a arbitramento, máxime cuando en la cláusula, como se reitera, ni siquiera aparece la palabra árbitro, arbitraje o tribunal.

## 2. La cláusula compromisoria es potestativa.

Sobre la ineficacia de las cláusulas compromisorias potestativas, ha mencionado recientemente el Consejo de Estado:

*Ahora bien, uno de los eventos en que se ha reconocido la presencia de una irregularidad es el de las denominadas cláusulas potestativas, situación que tiene lugar cuando las partes no pactan en términos obligatorios —de manera clara e inequívoca— someter el conocimiento de sus controversias a la justicia arbitral. Éste es uno de los casos en los que la deficiencia en la elaboración de la cláusula es de magnitud tal, que “su existencia no puede deducirse por vía interpretativa”*

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub. B, 18 de julio de 2019, Rad. 25000-23-36-000-2017-00601-01 (62930), CP Alberto Montaña Plata.**

En el caso de nuestro contrato de comodato, la cláusula señala: “*sin perjuicio de la acción judicial o administrativa (...), se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo*”.

Sin embargo, si se entendiese que la expresión “mecanismo de arreglo directo” engloba al arbitraje, ello haría que la cláusula compromisoria fuese potestativa, pues se interpretaría lo siguiente:

Al decir “sin perjuicio” de la acción judicial o administrativa, ello implica que las partes pueden válidamente, o acudir a estas acciones, o acudir al mecanismo de arreglo directo.

La expresión “se acudirá previamente” no borra que las partes hayan pactado la expresión “sin perjuicio” palabras antes. Es decir, que a efectos prácticos, existe opción de las partes en acudir a una u otra vía. Para mayor claridad, hágase el ejercicio de leer la cláusula al revés:

*“sin perjuicio de la acción judicial o administrativa (...), se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo”.*

*“, se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo, (...) sin perjuicio de la acción judicial o administrativa (...),.*

Si no se interpreta de esta manera, entonces, **¿para qué o por qué razón las partes emplearon la expresión “sin perjuicio”?**

Nótese que, lo anterior no sólo denota que la cláusula es potestativa, sino que además, nos indica que la voluntad de las partes no puede ser extraída del sólo texto, por falta de claridad y univocidad.

## 3. La cláusula contiene disposiciones escalonadas que son ineficaces. Al aplicar esta ineficacia, nuevamente, se llega a la conclusión de que la cláusula seguiría siendo potestativa.

Tanto por jurisprudencia del Consejo de Estado, como por lo dispuesto en el artículo 13 del Código General del Proceso, se entiende que el establecimiento de exigencias de acudir a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, no son vinculantes para las partes.

*Significa lo anterior, que **las cláusulas escalonadas, esto es, aquellas que establecen requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son obligatorias para las partes y su desatención no constituye incumplimiento del negocio jurídico**. Por lo tanto, las partes de un contrato pueden pactar trámites o procedimientos previos de arreglo directo de las diferencias surgidas (v.gr. conciliación, mediación, arreglo directo, etc.), sin que ello constituya óbice para acudir directamente al administrador de justicia”.*

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 18 abril de 2017, rad. 50001-23-33-000-2015-00667-01 (58461), CP Hernán Andrade Rincón.**

En nuestro caso, la cláusula compromisoria advierte que, “*sin perjuicio de la acción judicial o administrativa (...), se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo*”.

Es decir, que puede interpretarse lo siguiente:

“Sin perjuicio de acudir a la acción judicial o administrativa”, quiere decir que, las partes mantienen a salvo su facultad de acudir a la jurisdicción estatal. No la arbitral, sino la administrativa (“acción judicial o administrativa”). Sin embargo, la cláusula exhorta a las partes a que acudan previamente a los mecanismos de arreglo directo.

En este caso, resulta evidente que la expresión “*se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo*”, es ineficaz, por las razones ya planteadas, esto es, por pactar requisitos de procedibilidad para impedir el acceso a la “acción judicial o administrativa”.

Si la partícula “*se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo*” es ineficaz y se remueve del análisis, puede llegarse a una comprensión más clara de la cláusula:

**DÉCIMA PRIMERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA:** *Sin perjuicio de la acción judicial o administrativa, las partes convienen que en el evento en que sobreviniera cualquier controversia con ocasión del presente Contrato de Comodato, se acudirá previamente a los mecanismos de arreglo directo, establecidos en la ley 80 de 1993 y normas complementarias*

Es decir, que la cláusula entraría a ser potestativa, sin efectos obligatorios, en la medida en que las partes pactaron realmente una “**Cláusula compromisoria sin perjuicio de la acción judicial o administrativa**”, disposición que sería ineficaz por vulnerar el principio según el cual, las condiciones que dependen de la sola voluntad de una de las partes se entienden nulas (art. 1535 Código Civil).

Dados los argumentos expuestos, se llega a la conclusión de que la cláusula decimo primera del contrato de comodato, es una cláusula compromisoria patológica, pues su redacción resulta oscura y ambigua, sin determinar claramente si las partes optan por acudir al tribunal arbitral, o si por el contrario, lo que se pretendió fue trazar una hoja de ruta para solucionar los conflictos frente a frente, sin intermediarios (“arreglo directo”), antes de acudir a la “acción judicial o administrativa”.

### III. Solicitud

Se solicita revocar el auto del 28 de enero de 2021, notificado en estado del día siguiente, por el cual se declaró probada la excepción previa de “falta de jurisdicción y competencia” por existencia de cláusula compromisoria.

Atentamente,



**MARTHA MIREYA PABÓN PÁEZ**  
C.C. 52.887.262 de Bogotá D.C.  
T.P. 148.564 del C.S.J.