

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo (E)

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 60372
Radicado: 19001233100020110019801
Actor: Hospital Universitario San José de Popayán
Demandado: Dumian Medical S.A.S.
Naturaleza: Acción de controversias contractuales

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 15 de diciembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare en Descongestión, mediante el cual declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda por pretermisión del requisito procedibilidad consistente en el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 26 de abril de 2011 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el Hospital Universitario San José de Popayán mediante apoderado judicial solicitó: i) la terminación del contrato de arrendamiento suscrito el 29 de diciembre de 2008 con Dumian Medical S.A.S., ii) la desocupación y entrega del inmueble y iii) el pago de los cánones de arrendamiento adeudados hasta la fecha de presentación de la demanda (f. 21-28, c. 1).

2. Los hechos en que se fundamentó la demanda fueron los siguientes:

2.1. El 24 de abril de 2009 las partes acordaron suscribir acta de suspensión del contrato de arrendamiento por un término de 3 meses y medio, en virtud

de unas mejoras y adecuaciones en las áreas del predio. Una vez vencido este plazo se reanudaría el contrato y, por tanto, la obligación del pago del canon de arrendamiento en la forma prevista en la cláusula sexta del contrato.

2.2. El 24 de junio de 2010, el interventor del contrato solicitó al arrendatario dar cumplimiento al parágrafo del numeral 6, que decía: *"Servicios Públicos. Todos los servicios públicos, tales como teléfono, agua, aseo, energía, etc., serán de cuenta del ARRENDATARIO a partir de la fecha del inicio del contrato"*.

2.3. Posteriormente, el arrendador libró un aviso de "cobro prejudicial" el 7 de octubre de 2010 por mora en el pago del canon de arrendamiento, dirigido a la representante legal de Dumian Medical S.A.S.

2.4. El arrendatario incumplió con la obligación de constituir la póliza de cumplimiento y de responsabilidad que le fueron exigidas para efectos de legalizar el contrato de arrendamiento.

3. La parte accionada contestó la demanda el 7 de diciembre de 2011 (f. 38-51, c. 1). En escrito separado propuso, entre otras, la excepción de ineptitud de la demanda por el no agotamiento de la exigencia legal del requisito de procedibilidad (conciliación prejudicial) (f. 71-86, c. 1). Al respecto señaló:

La acción llamada dentro del proceso de la referencia no es otra que la acción contractual contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, vale decir que cualquier afectación de contratos estatales debe iniciarse bajo los requisitos exigidos por la norma anteriormente indicada, ello conlleva necesariamente el acatamiento de las disposiciones legales que para el evento proceden y esta no es otra que la necesaria audiencia previa de conciliación prejudicial como requisito obligatorio y llamado prerequisite de procedibilidad de la acción, en tal entendido se tiene que por disposición legal, al ser una acción contractual, debe agotarse tal procedimiento anterior a la demanda para poder adelantarse un posible arreglo y no dilatar (...) cuando en forma anticipada es muy posible que las partes en forma anterior a la demanda puedan llegar a un acuerdo que satisfaga sus derechos sin la necesidad de someterlos a un proceso.

4. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Casanare avocó el conocimiento del asunto por descongestión (f. 151-152, c. 1). Luego, mediante auto fechado el 15 de diciembre de 2016, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde el auto admisorio e inadmitió la demanda (f. 161-167, c. ppl.). Lo anterior por considerar que se omitió agotar el requisito de procedibilidad consistente en el trámite de la conciliación prejudicial, lo que conllevaba una infracción al artículo 29 de la Constitución Política:

Examinado el ritual según lo ordenado en el artículo 29 de la Carta, en concordancia con el artículo 132 del C.G.P. en lo que atañe a la instancia, se ha encontrado necesidad de saneamiento oficioso. Aunque la acción se instauró oportunamente por una persona jurídica pública adecuadamente representada y contra otra privada, que compareció en debida forma, se identifica un escollo insalvable para proferir sentencia de mérito (f. 162, c. 2).

(...) Si el juez dejó pasar en silencio, en el control de entrada de demanda ¿debe volver al momento del fallo a la verificación del requisito de procedibilidad de agotar el trámite de conciliación extrajudicial en asuntos contractuales con derecho en litigio susceptible de conciliarse o de transacción?

La respuesta es inequívoca: sí, puesto que se trata de un presupuesto para abrir la jurisdicción, insalvable, sea cual fuere el comportamiento de las partes o la omisión en la dirección procesal, dado que es obligatorio cumplirlo, sin que pueda derogarse para el caso porque el funcionario haya dejado pasar el escollo. Las normas procesales, según brocardo, de más de un siglo, son de orden público y su vigencia no depende de la voluntad de los jueces ni de las actuaciones de quienes acuden ante el estrado.

Ciertamente esa falencia no es una de las causales legisladas de nulidad que consagran el art. 140 del C.P.C. o el 133 del C.G.P., la que se predica en esta providencia es una de estirpe constitucional, con fundamento directo en el art. 29 de la Carta en armonía con su artículo 229, para garantizar de oficio los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, los cuales resultarían arrasados si por omisión de dirección procesal, cinco años después la judicatura le dice a las partes que se inhibe de pronunciamiento de fondo, sin haber dado si quiera oportunidad de sanear la demanda.

5. La anterior decisión, una vez retornó el expediente al Tribunal Administrativo del Cauca, fue notificada por medio de estado fijado el 16 de junio de 2017 (f. 172, c. ppl.).

6. La parte accionante presentó oportunamente, el 22 de junio de 2017, recurso de apelación contra el auto que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso, con el fin que se revocara y, en su lugar, se decidiera de fondo el asunto (f. 174-178, c. ppl.). Para tal efecto, argumentó que i) el Tribunal excedió el marco de sus competencias, debiendo proceder a emitir la sentencia de primera instancia; ii) no se configuró vulneración alguna del precepto constitucional establecido en el artículo 29, dado que las causales de nulidad se encontraban concebidas en la normativa procesal de forma taxativa, sin que se incurriera en ninguna de ellas; iii) si bien se incumplió el requisito de procedibilidad, lo cierto era que esto representaba una irregularidad del proceso que, tras pasar inadvertida por las partes y la autoridad judicial, quedó saneada y iv) como la E.S.E. demandante era una entidad pública, en todo caso se encontraba exenta del agotamiento del requisito de procedibilidad en los términos del artículo 613 del Código General del Proceso:

Se considera que el Tribunal en cuestión ha excedido sus competencias, al tomar decisiones que conllevan a recomenzar el proceso, no obstante haber transcurrido 5 años y de que solo se espera la resolución de fondo del asunto.

(...) Esta norma no concluye ninguna causal que haya sido alegada por el Tribunal que emite el auto apelado y por tanto la nulidad que ha sido decretada es inexistente, carente de todo sustento y por tanto deberá ser corregida en la resolución de la segunda instancia que se invoca.

El trámite procesal de este asunto ha sido surtido de manera rigurosa y por ello no existen causales de nulidad de lo actuado, y aun cuando se encontrare probada la ausencia del requisito de procedibilidad del presente asunto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 133 del CGP, que se ha destacado antes y que ordena la subsanación de todas las otras actuaciones, que no constituyan una nulidad y que no fueron impugnadas oportunamente.

7. El Tribunal Administrativo del Cauca concedió el recurso de apelación formulado en el efecto suspensivo y ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado para lo de su cargo (f. 181, c. ppl.).

8. Esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por el Hospital Universitario San José de Popayán mediante auto fechado el 15 de enero de 2018 (f. 186, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

9. El despacho es competente para decidir el presente asunto en los términos de los artículos 146A, 165 y 181 numeral 6 del C.C.A., por tratarse de un recurso de apelación contra la providencia del Tribunal Administrativo de Casanare, proferida el 15 de diciembre de 2016, que decretó una nulidad procesal en un asunto de doble instancia.

II. Problema jurídico

10. Le corresponde al despacho determinar la presencia o no de una nulidad por la supuesta falta de agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de controversias contractuales. Para tal efecto, el despacho analizará en primera medida la naturaleza de la conciliación extrajudicial y la razón de ser requisito de procedibilidad en materia de controversias contractuales, luego estudiará si la falta de ella comporta una nulidad procesal en el marco de las normas procedimentales vigentes al momento de la presentación de la demanda y, por último, se referirá a la presunta extralimitación de funciones del juez de primera instancia.

III. Análisis del despacho

11. La conciliación es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos por virtud del cual las partes, con apoyo de un mediador autorizado denominado conciliador, llegan a un acuerdo que pone fin total o parcialmente al problema jurídico que las enfrentaba.

12. La conciliación extrajudicial en asuntos concernientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo fue autorizada por el artículo 59 de la Ley 23 de 1991¹. No obstante, su constitución como requisito de procedibilidad, especialmente en lo que respecta al medio de control de reparación directa, data de la expedición de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, cuyo artículo 13 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

13. De igual forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado en repetidas ocasiones ha establecido que a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009 y el Decreto reglamentario 1716 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, controversias contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva. En caso contrario, su inobservancia y/o falta de subsanación genera la inadmisión de la demanda (inicialmente, generaba el rechazo de la misma), dado que es un requisito de procedibilidad. Lo anterior, sin perjuicio de las demás normas procesales.

14. El caso particular corresponde a una controversia contractual, contenida como acción en el artículo 87 del C.C.A., en la que se debaten cuestiones de contenido económico, por lo que se concluye que se está frente a un asunto susceptible de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa. Paso seguido es determinar si la omisión de dicho requisito representa una causal de nulidad que conllevaría a la

¹ "Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (...)"

terminación del proceso de la referencia, tal como lo sugirieron el juez de primera instancia y la parte demandada.

15. La conciliación es una exigencia previa para demandar más no un requisito formal de la demanda, lo cual supone que su incumplimiento, si bien genera unas consecuencias de tipo procesal, no tiene la virtualidad de estructurar una nulidad, como se pasará a explicar.

16. Las nulidades están concebidas en el ordenamiento jurídico para proteger y garantizar la vigencia del derecho fundamental al debido proceso, no para torpedear su trámite con supuestas irregularidades. Por tal razón, se le ha endilgado el carácter de taxatividad a las nulidades procesales, de manera que aquellas anomalías o inconsistencias que no se encuentren expresamente señaladas como nulidad por el legislador no pueden catalogarse como motivos generadores de invalidez. Tampoco aquellos casos en los que se pretende aplicar la analogía o la interpretación extensiva, pues se estaría contrariando tajantemente el ordenamiento jurídico.

17. La ley enlistó expresa y restrictivamente como nulidades aquellas contempladas en los eventos del artículo 140 del C.P.C., las cuales pueden anular en todo o en parte las actuaciones adelantadas en el proceso, razón por la cual el resto de situaciones que ocurran en el trámite y que no estén previstas como tales constituirán irregularidades que no viciarán de nulidad el procedimiento, salvo que se aleguen oportunamente, tal como se puntualiza en el párrafo del artículo en mención.

18. En síntesis, la taxatividad es lo que marca la diferencia entre meras irregularidades procesales y nulidades que vician la validez del proceso, por lo que en el caso sub examine no es posible establecer que la falta de agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad sea motivo suficiente para decretar la nulidad de todo lo actuado.

19. Ahora bien, en la decisión de primera instancia el Tribunal Administrativo de Casanare, consideró que este yerro procedimental era

susceptible de saneamiento por lo que ordenó se allegara en el término de 5 días el acta de conciliación, so pena de decretar la terminación del proceso. Al respecto el C.P.C. también señala que las nulidades traen implícita la figura de saneamiento o convalidación de las causas que le dieron origen, dependiendo de la gravedad o grado de vulneración a las reglas procesales. Sin embargo estas también están sujetas al criterio de taxatividad de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 del C.P.C., de tal suerte que las que no se encuentren allí enlistadas se suponen saneables, tal como lo expresó la parte demandante en el escrito de apelación.

20. La celebración de una conciliación extrajudicial antes de la presentación de la demanda de restitución de bien inmueble arrendado es considerada una causal de nulidad, no obstante es una irregularidad que debió exponerse en el momento mismo en que se admitió la demanda como primera oportunidad para alegarla, mediante un recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, pero tal circunstancia no se dio sino hasta la etapa de contestación, lo que se traduce en una irregularidad consentida por la parte requerida.

21. En conclusión, el presente caso sí estaba sujeto al requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, por la naturaleza del asunto y expreso mandato legal, sin embargo al no encontrarse dentro de las causales taxativas de nulidad previstas por el artículo 140 del C.P.C. no podía considerarse más allá de una irregularidad procesal que debió alegarse oportunamente (auto admisorio de la demanda) para que fuera corregida, so pena de transigir la continuidad del trámite del proceso, lo que se entiende como la configuración de la causal primera del artículo 144, es decir, un defecto subsanado que no da lugar a reiniciar la actuación procesal.

22. Por otro lado, este despacho desestima el argumento del apelante frente a la exclusión de las entidades públicas de agotar el requisito de procedibilidad en virtud del C.G.P., teniendo en cuenta que para resolver el presente caso se aplica la normatividad vigente al momento de la presentación de la demanda, es decir el C.P.C., cuerpo normativo que no contiene dicho mandato.

23. Por último, este despacho pasará a pronunciarse sobre lo aludido por el apelante con referencia al exceso en el marco de las competencias del juez de primera instancia para haber ordenado la inadmisión de la demanda por pretermisión de la conciliación extrajudicial y en consecuencia decretar la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (f.174-175, c.2).

24. Al respecto, se considera equivocada la apreciación del apelante por cuanto el Plan de Descongestión Judicial consiste precisamente en garantizar mayor *eficacia y celeridad de la administración de justicia*. Ante la presencia de un error procedimental, el juez contaba con la posibilidad de proferir fallo inhibitorio o asumir una postura frente a la irregularidad existente y fallar conforme a sus atribuciones, que obedecen, ni más ni menos, a las mismas especificidades funcionales y jerárquicas del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca; siendo esta última la más conveniente para los fines del Plan de Descongestión y la efectiva administración de justicia. Adicionalmente valga decir, que obviar tal irregularidad hubiese resultado más perjudicial que atenderla, pues el proceso no podía continuar su curso normal sin antes resolver definitiva y motivadamente el yerro procesal.

25. Debe también considerar el demandante que el juez está en la obligación de advertir las anomalías y alteraciones de los procesos objeto de su conocimiento, pues de lo contrario incurriría en una omisión a sus deberes legales y constitucionales como administrador de justicia. En consecuencia, aun cuando este despacho no avala el fallo de primera instancia respecto a la nulidad decretada, asiente ante las motivaciones que llevaron al juez a denunciar la irregularidad y no comparte que se restrinja el ejercicio jurisdiccional fundamentado en interpretaciones descontextualizadas y alejadas de lo sustancial.

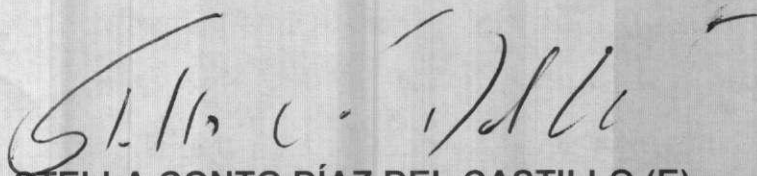
En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la providencia del 15 de diciembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, por las razones ya expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO (E)
Magistrada

CONSEJO DE ESTADO
Por anotación de ESTADO notifica a las partes la
providencia anterior

29 MAY 2018 A las 8.00 a.m.

SECCION TERCERA
SUBSECCION B