



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013)

REFERENCIA:

EXPEDIENTE No. 05001-33-33-016-2013-00494-00

ACCIÓN EJECUTIVA

EJECUTANTE: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

EJECUTADO: CERAMICAS RENACER NM LTDA.

AUTO INTERLOCUTORIO No. 341

ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN.

Por intermedio de apoderada judicial, la sociedad CERAMICAS RENACER NM LTDA de **folios 25 a 26**, interpuso recurso de reposición, contra el auto proferido el **04 de junio de 2013**, por medio del cual se libró mandamiento de pago a favor de la Universidad de Antioquia, por valor de \$9.527.340. Aduce la parte recurrente:

“...Excepción previa de (sic) cláusula compromisoria.

En el Acuerdo de Cooperación celebrado entre LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA y CERAMICAS RENACER NM LTDA, se manifestó la expresión de voluntad de someter cualquier conflicto derivado de la interpretación o ejecución del mismo a la competencia de un Tribunal de Arbitramento. Así está manifestado en su CLÁUSULA DECIMA CUARTA...

[...]

“...Ejecución que comprende cualquier situación en el cumplimiento de las obligaciones que están consignadas en el Acuerdo, en la propuesta de las partes por remisión expresa a ésta, y en las obligaciones especiales como el pago de las sumas de dinero y demás...”.

CONSIDERACIONES

1. La procedencia del recurso interpuesto.

El **inciso 2° del numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable por remisión expresa del artículo 299 de la Ley 1437 de 2011**, consagra que en procesos ejecutivos, “...Los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar; o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días, para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en

costas y perjuicios. El auto que revoque el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto diferido, salvo en el caso de haberse declarado la excepción de falta de competencia, que no es apelable.”

De acuerdo con las normas citadas, se tiene que, contra la providencia aquí recurrida, procede el recurso de reposición, por lo que pasará a resolverse.

2. Actuación procesal surtida.

Una vez proferido el auto objeto de controversia, se procedió a la notificación de la ejecutada tal y como consta de folios 22 a 24 y dentro del término oportuno Cerámicas Renacer MN Ltda., procedió a interponer recurso de reposición en contra del auto que libro mandamiento de pago en su contra.

3. Solución al recurso interpuesto.

3.1. En la contestación de la demanda, se propone como excepción, la existencia de cláusula compromisoria, indicando con ello la falta de jurisdicción de este Despacho para conocer del proceso ejecutivo adelantado, argumentando, que como se observa en la cláusula décima cuarta del contrato que sirve como fundamento para la ejecución, se pactó que las diferencias que tengan las partes serían sometidas *“...a la decisión definitiva de tres árbitros designados por un centro de conciliación y arbitraje legal y debidamente autorizados...”*

De acuerdo a la cláusula citada, efectivamente tal y como lo asevera CERAMICAS RENACER MN LTDA, las partes tienen un pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, por lo que ciertamente, la controversia debió ser sometida a un Tribunal de Arbitramento.

3.2. Ahora bien, no se puede entender que la parte demandante con la presentación de la demanda, está renunciando de manera tácita a la cláusula compromisoria, ya que sobre el particular existe hoy una nueva línea jurisprudencial trazada por el máximo Tribunal en lo Contencioso administrativo, en providencia de unificación, del pasado 24 de abril de 2013, emitida por la Sección Tercera, con ponencia del Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en el proceso con radicado interno No 17859, en cuyo texto se señaló¹:

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA providencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013) - Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA- Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859)

“...El asunto sub judice resulta de especial importancia jurídica y, por lo tanto, su estudio debe realizarse en la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la medida en que esta providencia pretende modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal. De otro lado, es indispensable aclarar que la nueva tesis jurisprudencial que acoge acá la Sala aplica únicamente a asuntos gobernados por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, porque en relación con ésta es necesario establecer, en algún caso particular regido por ella, cuál es el real alcance de sus normas, ya que, según éstas, “El pacto arbitral implica la renuncia de las partes” a acudir a los jueces institucionales (artículo 3, segundo inciso) y “Si en el traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas” se invoca el pacto y la otra parte no lo niega “expresamente”, éste se entiende probado, de donde pareciera desprenderse que al amparo de dicha ley no es posible renunciar a este último, a pesar de lo cual el parágrafo del artículo 21 de la misma ley dice que no interponer “la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

Más adelante la providencia citada se refiere a la naturaleza del pacto arbitral, del cual se dice:

“... El Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la naturaleza del pacto arbitral, para concluir que éste debe ser expreso, toda vez que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, es habilitar la competencia de los árbitros (...) el pacto arbitral no se presume, **al punto que se requiere que las partes hayan expresado, libre y voluntariamente, el propósito de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, sustrayéndose de esta manera, con autorización de la Constitución y de la ley, de la competencia y jurisdicción que le corresponde al juez institucional del Estado.** Como puede verse, son varios los efectos jurídicos que se desprenden de la celebración de un pacto arbitral; así, por ejemplo, son las partes las que, como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y de competencia a uno o varios árbitros para dirimir las controversias suscitadas y, de este modo, son ellas las que deciden declinar la jurisdicción propia de las controversias contractuales estatales, para radicarla en la jurisdicción arbitral. Puede concluirse, igualmente, que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria es que conste en un documento. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, de conformidad con la normatividad vigente (artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998), que “la solemnidad del pacto arbitral –tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso- consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto”. Así las cosas, tal solemnidad cumple no solo una función probatoria sino, más aún, una función constitutiva, esto es, de perfeccionamiento o surgimiento del pacto arbitral a la vida jurídica. Por consiguiente y dado que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público y, por lo mismo, inderogables e inmodificables por el querer de sus destinatarios, quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral tienen el deber de acatar la exigencia legal del documento, a fin de perfeccionar su existencia...”

Y sobre sus efectos, la ya tantas veces citada sentencia de unificación, refiere que dicho pacto arbitral legalmente perfeccionado, habilita a los árbitros para definir la controversia con autoridad de cosa juzgada. Así se pronunció la Corporación:

Un pacto arbitral se reputará legalmente perfecto y tendrá la virtualidad de habilitar a uno o varios árbitros, para definir con autoridad de cosa juzgada una disputa específica, cuando: i) las partes expresen su intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento. Adicionalmente, es indispensable recordar que, según el artículo 39 (primer inciso) de la Ley 80 de 1993, “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”, y que, conforme al artículo 41 ibídem (primer inciso),

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y éste se eleve a escrito”, de donde resulta obvio que el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) se solemniza y nace a la vida jurídica cuando conste por escrito, formalidad ésta que impide, como es lógico, que las partes puedan válidamente modificarlo o dejarlo sin efecto de manera tácita, so pena de contrariar el ordenamiento jurídico. Bajo esta óptica y dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente, por escrito, exigencia que, como es obvio, la deben observar, también, quienes pretendan modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral, teniendo en cuenta que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

Es contundente el tema de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, ya que se había aceptado que si la parte demandada en el término de contestación de la demanda, no proponía la excepción de falta de jurisdicción, se entendía su renunciaba a la cláusula, no obstante el cambio de jurisprudencia gira hacia un postura conforme a la cual, la cláusula compromisoria es irrenunciable y así queda consignado en la Sentencia de unificación del 24 de abril de 2013. De la cual se lee:

“... La Jurisprudencia de la Sala ha venido sosteniendo la tesis de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando, a pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de ellas decide instaurar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la otra no propone la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia del 16 de junio de 1997 –expediente 10.882–, retomada en auto de marzo 19 de 1998 –expediente 14.097, (...) la Sala precisó que el momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción es en la contestación de la demanda, de modo que, con posterioridad, ya no es posible proponerla. En sentencia del 16 de marzo de 2005 –expediente 27.934–, la Sala reiteró que, si se notificaba el auto admisorio al demandado y éste no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral, posición que fue reiterada, posteriormente, en sentencia del 23 de junio de 2010 -expediente 18.395.

CLAUSULA COMPROMISORIA - Irrenunciabilidad tácita de las partes de un contrato estatal. Cambio de jurisprudencia

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 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”.

Finalmente, se hace alusión a la falta de jurisdicción y competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio, ya que sobre el tema la sentencia dijo:

Cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”. Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

En conclusión, el contrato que suscita la controversia propuesta a través de la acción ejecutiva, prevé una cláusula compromisoria expresa, respecto a la cual, no cabe la renuncia tácita de las partes a la misma y menos aún cuando como ocurre en el presente asunto, la demandante lo hace en forma unilateral.

Así las cosas, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no ostenta competencia para conocer del asunto, por lo que se repone el auto recurrido, imponiéndose el rechazo de la demanda por falta de jurisdicción y competencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

1. **REPONER** el auto del 4 de junio de 2013, por medio del cual se había librado mandamiento de pago en favor de la Universidad de Antioquia y en contra de Cerámicas Renacer MN Ltda.
2. En su lugar, **SE RECHAZA** la demanda ejecutiva presentada por falta de jurisdicción y competencia para conocer del asunto.

3. Se dispone la devolución de los anexos sin necesidad de desglose (artículo 85 del Código de Procedimiento Civil).

4. En firme esta providencia, por secretaría se procederá al archivo del expediente.

NOTIFIQUESE

RODRIGO VERGARA CORTÉS

Juez

JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

NOTIFICACION POR ESTADO

En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.

Medellín, _____ fijado a las 8 a.m.

JORGE MAURICIO FRANCO VERGARA
Secretario