

Medellín, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	DECLARATIVO OTRAS RESTITUCIONES TENENCIA
Radicado	05266 31 03 002 2018 00027 01
Demandante	FONDO DE VIVIENDA DE SABANETA (FOVIS)
Demandada	CONCIVILES Y MAQUINARIA LTDA.
Juzgado origen	OCTAVO CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN

Decide la Sala la apelación interpuesta por la demandante frente al auto del 18 de agosto de 2021, mediante el cual se resolvieron las excepciones previas y se decretó la terminación del proceso.

1. ANTECEDENTES.

En la demanda de la referencia la demandante pretende que, con ocasión de la terminación unilateral de contrato de obra civil celebrado entre la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Santa Ana y San Joaquín y la demandada, se ordene a esta última restituirle los inmuebles de su propiedad, identificados con folio de matrícula inmobiliaria Nro. 001-259164 y 001-607147¹.

Una vez fue admitida la demanda y notificada la parte pasiva, esta propuso entre otras, excepción previa de “compromiso o cláusula compromisoria”², argumentando que la pasiva convocó tribunal de arbitramento dentro del cual fue llamada Alianza Fiduciaria S.A., en su calidad de vocera del fideicomiso, de conformidad con la cláusula décima del contrato de obra celebrado entre ellas, por lo que es el tribunal de arbitramento el competente para decidir cualquier diferencia surgida entre las partes con ocasión a la celebración, interpretación, ejecución desarrollo o liquidación de la obra objeto del contrato, pudiendo la fiduciaria realizar dentro de dicho trámite la solicitud de restitución correspondiente.

La demandante presentó escrito describiendo el traslado de las excepciones previas, refiriéndose puntualmente frente a la excepción de cláusula compromisoria, para indicar que la demandada incumplió el contrato suscrito con Alianza Fiduciaria y por tanto, sus pretensiones ante la jurisdicción arbitral no tiene sustento alguno.³

¹ Ver documento “01DemandaAnexos” páginas 5-47 y 220-224.

² Ver documento “03ActuacionPosteriorAutoAdmisorio” hoja 125

³ Ver documento “06Cuaderno3ExcepcionesPrevias” hoja 24.

Mediante proveído del 18 de agosto de 2021, el juzgado de conocimiento concluyó que en efecto se encontraban probadas las excepciones de "cláusula compromisoria", pues fueron las partes quienes pactaron en el contrato de obra que sus diferencias se resolverían por la jurisdicción arbitral y también declaró probada la excepción de "falta de litisconsorcio necesario".

2. LA APELACIÓN.

Contra la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, indicando frente a la terminación del proceso por la existencia de cláusula compromisoria, que para el 20 de febrero fecha en la cual la demandada propuso las excepciones previas, ya conocía el fracaso del arbitramento que previamente se había surtido entre las partes y por lo tanto no debía alegarse la cláusula compromisoria y, también señaló que la demandada incumplió el contrato y por tanto está reteniendo los inmuebles de mala fe.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2021, el juzgado resolvió el recurso de reposición, indicando que el hecho de que Conciviles y Maquinaria S.A., haya acudido al proceso arbitral en procura del reconocimiento de unas prestaciones por incumplimiento del contrato, no quiere decir que se haya agotado la cláusula compromisoria, pues en el proceso arbitral que ya se tramitó, claramente se indicó *"declarar extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria, en lo concerniente a las pretensiones dirigidas por CONCIVILES Y MAQUINARIA LTDA, EN CONTRA DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A"*, por lo cual, consideró que si la demandante pretendía la restitución de los inmuebles, debía acudir a la justicia arbitral y concedió la apelación en el efecto suspensivo, toda vez que con dicho auto se daba fin al proceso.

3. CONSIDERACIONES.

3.1 COMPETENCIA.

Por disposición del artículo 321 del CGP, el recurso de apelación contra autos procede solamente respecto de aquellos que la misma norma relaciona o que precisan disposiciones especiales, encontrándose el presente asunto previsto en el numeral 7 del artículo 321 del mismo estatuto.

Para resolver, dispone el artículo 328 de la misma obra que, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, el superior debe limitar su análisis a las razones de inconformidad expuestas por el recurrente.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Le corresponde a la Sala determinar si de acuerdo con la excepción previa propuesta de cláusula compromisoria, era factible proceder con la terminación del proceso conforme lo estipula el inciso cuarto, numeral 2° del artículo 101 del Código General del Proceso.

3.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cláusula Compromisoria (Normatividad y jurisprudencia).

El artículo 100 del CGP establece de forma taxativa las excepciones previas que el demandado puede proponer dentro del término del traslado de la demanda. En el numeral 2° establece, como tal, *"el compromiso o la cláusula compromisoria"*.

Así mismo, la codificación adjetiva civil estipula en el inciso cuarto, numeral 2° del artículo 101 que si prospera la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, se decretará la terminación del proceso y se devolverá al demandante la demanda con sus anexos y; el parágrafo primero del artículo 90 ibidem, contempla que *"la existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva"*.

Por su parte, la Ley 1563 de 2012 *"Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones"* en su artículo 1° consagra: *"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice..."*.

Y en su artículo 3°, estipula:

"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.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SC6315-2017⁴, preceptuó lo siguiente:

«La arbitral no es una jurisdicción simultánea o paralela a la ordinaria permanente».

«Los árbitros ejercen jurisdicción y, por tanto, la función pública de administrar justicia con todos sus atributos, caracteres y componentes, desplazando en el conocimiento del asunto específico al juez ordinario permanente, en cuyo caso, desde luego, éste para el caso concreto carece de jurisdicción»».

Así las cosas, es claro que, propuesta la excepción de cláusula compromisoria y verificada la misma en el contrato respectivo, el juez se encuentra inhibido para resolver el asunto de fondo, como quiera que el mecanismo escogido por las partes para solucionar sus conflictos ha sido la justicia arbitral.

Sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento, el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012 estipula que este ente es el único competente para decidir sobre su propia competencia. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-288 de 2013, señaló:

De la anterior disposición normativa se destaca, entre otros, que de conformidad con el principio de Kompetenz-kompetenz, el tribunal arbitral es el único competente para establecer su competencia, excluyéndose cualquier injerencia judicial en la materia. De igual manera, se observa que la lista de

⁴ Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01. M.P Margarita Cabello Blanco.

excepciones de incompetencia de las que pueden conocer los árbitros no es taxativa, pues el texto normativo hace alusión, entre otras, a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje. Asimismo, menciona las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir el trámite arbitral. Señala también que las excepciones de incompetencia se pueden resolver como cuestión previa o en el respectivo laudo, siendo facultativo de los árbitros.

Del análisis de estos tres artículos en conjunto se puede colegir que el Estatuto Arbitral otorga una confianza absoluta y prioritaria a los árbitros para determinar su propia competencia, lo cual se encuentra justificado en el hecho de que el juez no tiene la facultad de comprobar si el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Así, no se permite a los jueces realizar cualquier injerencia en la determinación de la competencia de los árbitros en tanto no se haya proferido el respectivo laudo arbitral.

3.4 CASO CONCRETO.

Como anotación preliminar, es necesario precisar que, en vista de que la excepción previa de cláusula compromisoria fue el motivo por el cual se dio por terminado el proceso de restitución y no la de falta de integración del litisconsorcio necesario, también propuesta por la pasiva; de conformidad con lo estipulado en los incisos cuarto y sexto del numeral 2° del artículo 101 del Código General del proceso, será entonces el estudio de la cláusula compromisoria la que se abordará en este auto, acorde con la habilitación de la alzada contemplada en el artículo 7° del artículo 321 del Código General del proceso.

Así las cosas, revisados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la demanda así como también el memorial mediante el cual se subsanaron los requisitos de la inadmisión, se evidencia que lo pretendido es la restitución de dos inmuebles de propiedad de la demandante que fueron entregados a la demandada en virtud de un contrato de obra civil celebrado con Alianza Fiduciaria S.A., facultada esta última para celebrar tal convención en el contrato de encargo fiduciario pactado entre esta y la demandante.

Ahora, no es un hecho discutido dentro del proceso, que Alianza Fiduciaria fue quien entregó los inmuebles a la demandada en virtud del contrato de obra civil, pues ello fue incluso afirmado expresamente

por la parte activa en el escrito subsanatorio de la demanda. Así las cosas, es claro que la restitución reclamada, tiene su origen en el contrato de obra civil celebrado entre la administradora del patrimonio autónomo y la demandada.

Entonces, se hace necesario analizar el contrato de obra civil en aras de verificar la existencia de la mentada cláusula y, en efecto, se evidencia en la cláusula décimo tercera del contrato que las partes pactaron la forma en que se resolverían las controversias, indicando que toda diferencia que llegare a surgir entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo o liquidación de la obra objeto del contrato, que no pueda ser resuelta por las partes, sería sometida a conciliación y en caso de fracaso a arbitramento⁵.

Es entonces claro para esta judicatura que la pretensión de restitución de inmueble propuesta, se interpone con ocasión de un presunto incumplimiento al contrato de obra al que hemos venido haciendo alusión, razón por la cual la controversia se sitúa dentro del desarrollo y/o ejecución del contrato de obra, en tanto fue el presunto incumplimiento por parte de la demandada el que conlleva la restitución pretendida.

Así las cosas, propuesta la excepción previa de cláusula compromisoria contemplada en el numeral 2° del artículo 100 del Código General del Proceso y acreditada la existencia de la misma, es claro que debe decretarse la terminación del proceso, acorde con lo estipulado en el inciso cuarto numeral 2° del artículo 101 del Código General del Proceso, en concordancia con el párrafo primero del artículo 90.

Ahora, frente al argumento de la apelante, consistente en que ya la demandada había instaurado demanda ante la justicia arbitral, proceso que terminó, y en razón de ello, ya se agostó la cláusula compromisoria, es necesario realizar una consideración adicional.

Al respecto, se tiene que, en efecto, el tribunal de Arbitramento, mediante auto del 8 de enero de 2019, declaró terminado el proceso arbitral instaurado por Conciviles y Maquinaria Ltda. contra Alianza Fiduciaria S.A y declaró extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria en lo concerniente a *"las pretensiones dirigidas por Conciviles y maquinaria LTDA en contra de Alianza Fiduciaria, en la demanda presentada dentro del proceso arbitral"*⁶

⁵ Ver archivo "01DemandaAnexos" hoja 103.

⁶ Ver documento "16memorialPronunciamientoRecurso" hoja 9.

Sin embargo, considera este estrado judicial que en virtud del artículo 79 de la misma Ley 1563 de 2012, conforme a la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, es el Tribunal de arbitramento quien debe decidir acerca de su propia competencia.

Este razonamiento encuentra respaldo en el inciso cuarto del artículo 27 de la ley, en cuanto dispone que será el tribunal mediante auto quien declarará terminadas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral, en concordancia con el artículo 30 de la misma norma, según el cual en la primera audiencia de trámite el tribunal de arbitramento debe resolver sobre su propia competencia para analizar de fondo la controversia.

Por lo anterior, y en vista de los precedentes normativos y jurisprudenciales analizados, debe ser la justicia arbitral, en virtud de la cláusula pactada por las partes y en ejercicio pleno del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, quien debe resolver primeramente si es competente para conocer la controversia que aquí se planteó y en tal caso resolverla o, en su defecto, precisar si en virtud de lo acontecido se extinguieron los efectos del pacto arbitral.

Así las cosas, se confirmará el auto recurrido, sin necesidad de condena en costas por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Unitaria de Decisión Civil,

4. RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 18 de agosto de 2021, mediante el cual se declaró terminado por encontrar probada la excepción previa de cláusula compromisoria.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia y REMITIR el expediente al juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado