**COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA – Naturaleza jurídica y finalidad**.

El “Compromiso o cláusula compromisoria”es una estipulación contractual autónoma, en virtud de la cual, en ejercicio de su autonomía negocial, los contratantes acuerdan que las controversias derivadas del negocio jurídico sean conocidas y resueltas por la justicia arbitral a través de un Tribunal de Arbitramento, y no por la justicia institucional u ordinaria. Esta clase de pactos encuentra sustento en el artículo 116 Constitucional que, permite que los particulares puedan ser “(…) investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (…) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”. En materia de contratos estatales, el artículo 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -*Ley 80 de 1993*- vigente al tiempo de la celebración de los contratos demandados, contempló la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas. Sin embargo, vía jurisprudencial se decantó que los árbitros carecían de competencia para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 *ibidem.*

**CLÁUSULA COMPROMISORIA – Luego de la Ley 1563 de 2012 procede su renuncia tácita cuando no se propone como excepción.**

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1563 de 2012 –actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconocía la naturaleza vinculante y obligatoria de la cláusula compromisoria regulada entonces en el Decreto 1818 de 1998, así como la imposibilidad de su renuncia tácita con la interposición de la respectiva demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la entrada en vigencia del nuevo Estatuto Arbitral conllevó a la modificación de dicho criterio en tanto, el parágrafo del artículo 21 *ibidem* dispuso que “La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”*.* En consecuencia: “(…) en los procesos iniciados en vigencia de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, procede la renuncia tácita al pacto arbitral, la cual se hace efectiva cuando no se interpone la cláusula compromisoria como excepción en el proceso que se adelante ante la jurisdicción que por regla general es competente, en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”. Así las cosas, sólo habrá lugar a entender la renuncia tácita a la cláusula compromisoria cuando, una vez radicada la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el extremo demandado guarda silencio y no la alega, pues “(…) como consecuencia de su inactividad, habilitaron al juez de lo contencioso administrativo para conocer el asunto.”. En caso contrario - proposición a título de excepción- el pacto arbitral se mantiene vigente y debe ser observado por el juez que conozca para entonces del trámite procesal, sin que haya lugar a considerar su extinción Entiéndase que, en este evento, la contraparte de la relación contractual y del proceso judicial persigue hacer valer su derecho derivado de la estipulación contractual consistente en ventilar las controversias ante Tribunal de Arbitramento.

**CÁUSULA COMPROMISORIA** – La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria

En el sub examine se cumplen los presupuestos para decidir la pluricitada excepción. Como se dijo, corresponde con la consignada en el numeral 2º del artículo 100 del CGP, intitulada “Compromiso o cláusula compromisoria.”. Alianza Fiduciaria S.A. invocó las razones en que fundó la formulación y aportó copia de los citados contratos, donde se verifica la cláusula alegada. Luego, no se requiere de la práctica de pruebas. Con las que reposan en el plenario es suficiente para decidir la excepción en comento. Tal como lo alegó Alianza Fiduciaria S.A., quien actúa como vocera de los Fideicomisos Grupo Financiero de Infraestructura 2010 y Findeter créditos ET, visto el contenido de las cláusulas de los contratos objeto del presente litigio, se encuentra que los contratantes pactaron las siguientes cláusulas compromisorias: (..) Lo anterior muestra sin equívoco la clara intención de las partes en someter al conocimiento de la justicia arbitral las controversias que no pudieran resolverse de manera directa, derivadas de la celebración, ejecución y terminación de los contratos de crédito y fiducia, así como de la cesión de los mismos. Valga aclarar que, en el presente asunto *i)* no se cuestiona la legalidad de actos administrativos proferidos en virtud del ejercicio de las potestades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y *ii)* aunque en la cesión no se estipuló una cláusula compromisoria expresa, el negocio implicó la cesión y sustitución absoluta de los acuerdos contractuales. Por lo que, esta también se encuentra afectada por el compromiso, dado su carácter accesorio a los contratos principales. Además, porque como lo establece el inciso final del artículo 5º del Estatuto Arbitral “La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.”

**PACTO ARBITRAL – Su mera existencia no constituye razón suficiente para declarar probada la excepción. Se requiere alegación expresa por parte del extremo pasivo**.

Como se dijo, la mera existencia del pacto arbitral no constituye razón suficiente para declarar probada la excepción. Se requiere alegación expresa por parte del extremo pasivo, tal como aconteció en el caso de marras, donde Alianza Fiduciaria S.A. (vocera de FIDEICOMISO GRUPO FINANCIERO DE INFRAESTRUCTURA 2010 y del FIDEICOMISO FINDETER CRÉDITOS ET) en la contestación de la demanda reclamó la vigencia y exigibilidad del pacto arbitral. Ante lo cual, se impide que esta jurisdicción continúe conociendo del asunto. De no haberse propuesto o alegado el pacto, operaría la renuncia del compromiso. Sin embargo, no sucedió así. De otro lado, conviene precisar que: i) los contratos principales fueron celebrados el 5 de noviembre 2010. Esto es, en vigencia del Decreto 1818 de 1998 -Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos-, ii) la cesión fue suscrita el 13 de agosto de 2014, y iii) la demanda fue radicada el 13 de diciembre de 2019. Estos dos últimos eventos ocurrieron en plena vigencia del actual Estatuto Arbitral -12 de octubre de 2012-.

**RENUNCIA TÁCITA AL PACTO ARBITRAL - Solo tiene aplicación en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral previsto en la Ley 1563 de 2012.**

Conforme a la jurisprudencia en cita y siguiendo lo dispuesto en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 ibidem*,* la renuncia al pacto arbitral “(…) solo tiene aplicación en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitralque, de acuerdo con el artículo 119 ibidem, ocurrió tres meses luego de su promulgación, es decir, el 12 de octubre de 2012”. Atendiendo a la fecha de radicación de la demanda, es aplicable el actual Estatuto Arbitral conforme al cual, la exigibilidad de la cláusula compromisoria depende de su reclamo por parte de los demandados como aconteció en el caso bajo examen. En gracia de discusión se dirá que, a la misma conclusión se llegaría al tener en cuenta que el pacto arbitral se celebró en vigor del Decreto 1818 de 1998, toda vez que, dicha norma y la jurisprudencia vigente para la época, pregonaban por la obligatoriedad del pacto y la imposibilidad de su renuncia tácita. Así mismo, el Despacho resalta que los criterios antes plasmados se encontraban vigentes al tiempo de presentación y contestación de la demanda. No solo por virtud de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, sino con fundamento en la jurisprudencia unificada desde el año 2013 por el Consejo de Estado, y a la cual se hizo alusión líneas atrás.

**EXCEPCIÓN PREVIA DE COMPROMISO – Declaratoria de configurada por haberse acreditado la existencia del compromiso y haberse alegado / INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN E INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD – Se dará cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria que lo de por terminado.**

Una vez acreditada la existencia del compromiso, se declarará configurada la excepción formulada por Alianza Fiduciaria S.A. En cuanto a los efectos de la determinación, como lo alegó aquella, es cierto que el artículo 101.2 del CGP -aplicable por remisión que hace el parágrafo 2º del art. 175 del CPACA- dispone que, la prosperidad de la excepción implica la terminación del proceso y la devolución de la demanda y sus anexos. No obstante, tal disposición debe aplicarse en observancia del derecho de acción y armonía con lo consagrado en el artículo 95.4 del CGP, según el cual, habrá ineficacia de la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad “Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso*.”* *.* Esto en la medida que, fue con la contestación de la demanda que mantuvo vigencia el pacto arbitral. No podría someterse al azar, ni restar efectos jurídicos a la interposición de la demanda, toda vez que, de no haberse formulado el medio exceptivo, resultaba viable que la causa fuera conocida por esta jurisdicción. Consecuencia similar consagran los artículos 20, 30 y 36 de la Ley 1563 de 2012, cuando el tribunal de arbitramento rechaza la demanda por ausencia de pacto arbitral, declara la falta de competencia y la falta de integración del contradictorio. Por lo tanto, para efectos del conteo de la caducidad, el Tribunal de Arbitramento competente deberá tener en cuenta la fecha de radicación de la demanda **-**13 de diciembre de 2019-. Bajo esa tesitura, y para efectos de respetar el derecho de acción de la entidad demandante, se le advertirá de la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad en caso de iniciarse el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150012333000201900656001500123> |

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

# DESPACHO TRES (3) DE ORALIDAD

Magistrado FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

# **REFERENCIAS**

## MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEMANDANTE: MUNICIPIO DE CALDAS – PERSONERÍA DE CALDAS

DEMANDADO: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. *(vocera de FIDEICOMISO GRUPO FINANCIERO DE INFRAESTRUCTURA 2010 y del FIDEICOMISO FINDETER CRÉDITOS ET)* – FINANCIERA DE

DESARROLLO TERRITORIAL S.A. FINDETER

## RADICACIÓN: 15001 23 33 000 2019 00656 00

**ASUNTO: DECLARA EXCEPCIÓN PREVIA – CLÁUSULA COMPROMISORIA.**

**1.-** Sería del caso decidir sobre los recursos interpuestos por la parte actora, contra el auto del pasado 28 de abril, mediante el cual se denegó el decreto de cautela de suspensión de los contratos objeto de la controversia[[1]](#footnote-1). Sin embargo, debe decidirse la excepción previa de *“Compromiso o cláusula compromisoria”,* formulada por las demandadas.

**2.-** Dentro del término de traslado de la demanda, Alianza Fiduciaria S.A. presentó dos escritos de contestación como demandada directa y vocera del Fideicomiso Grupo Financiero de Infraestructura 2010 y del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Findeter Créditos ET, en los cuales propuso la referida excepción.

Sostuvo que, en las cláusulas DÉCIMO OCTAVA del Contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago, ONCEAVA (num. 7) del Contrato de Crédito y OCTAVA del contrato de Cesión de los anterior a favor de Findeter S.A., los contratantes estipularon cláusulas compromisorias que asignaron el conocimiento de las controversias derivadas de tales negocios jurídicos a un Tribunal de Arbitramento, e impiden que el litigio deba ser conocido por esta jurisdicción. Por lo que, solicitó decretar la terminación del proceso y devolver la demanda y sus anexos como lo ordena el artículo 101.2 de la Ley 1564 de 2012 -*en adelante* ***CGP****-*.

**4.-** En los términos de los artículos 175 (parágrafo 2)[[2]](#footnote-2) y 201A[[3]](#footnote-3) de la Ley 1437 de 2011 -*en adelante* ***CPACA***-, una vez cumplido el traslado de los medios exceptivos, la parte demandante guardó silencio. Copia de los escritos de contestación fue remitida a los buzones digitales de la parte actora.

# **CONSIDERACIONES**

**5.-** La Ley 2080 de 2021 modificó la presentación, trámite y resolución de las excepciones previas. El artículo 38 *ibidem* modificó el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA así:

“PARÁGRAFO 2º. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.”.

**6.-** En los términos del artículo 86 de la citada Ley 2080, debe darse aplicación inmediata al anterior trámite, por tratarse de normas de orden procesal. En tal sentido, la excepción previa formulada por la demandada será resuelta en los términos de los artículos 100, 101 y 102 del CGP. Según dichas normas y para lo que importa al asunto, deberá observarse lo siguiente:

* Las excepciones previas deben corresponder con aquellas enlistadas en el artículo 100 del CGP. Se formularán en escrito separado y dentro del término de la contestación de la demanda. Para tales efectos, el demandado deberá expresar las razones y hechos en que se fundamenta la proposición de la excepción y aportar los medios de prueba tendientes a su acreditación.

* Si para la resolución del medio exceptivo no se requiere de la práctica de pruebas, deberá resolverse antes de la audiencia inicial.

* De ser necesario el debate probatorio, los medios de prueba correspondientes serán decretados en el auto que fija fecha para audiencia inicial y se practicarán dentro de la misma en la etapa de resolución de excepciones previas como lo indica el artículo 180.7 del CPACA, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021.

**7.-** El *“****Compromiso o cláusula compromisoria****”* es una estipulación contractual autónoma[[4]](#footnote-4), en virtud de la cual, en ejercicio de su autonomía negocial, los contratantes acuerdan que las controversias derivadas del negocio jurídico sean conocidas y resueltas por la justicia arbitral[[5]](#footnote-5) a través de un Tribunal de Arbitramento, y no por la justicia institucional u ordinaria[[6]](#footnote-6). Esta clase de pactos encuentra sustento en el artículo 116 Constitucional que, permite que los particulares puedan ser *“(…) investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (…) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”*. En materia de contratos estatales, el artículo 70[[7]](#footnote-7) del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -*Ley 80 de 1993*- vigente al tiempo de la celebración de los contratos demandados, contempló la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas. Sin embargo, vía jurisprudencial[[8]](#footnote-8) se decantó que los árbitros carecían de competencia para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 *ibidem[[9]](#footnote-9).*

**8.-** Con anterioridad a la expedición de la Ley 1563 de 2012 *–actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-*, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[10]](#footnote-10) reconocía la naturaleza vinculante y obligatoria de la cláusula compromisoria regulada entonces en el Decreto 1818 de 1998, así como la imposibilidad de su renuncia tácita con la interposición de la respectiva demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la entrada en vigencia del nuevo Estatuto Arbitral conllevó a la modificación de dicho criterio en tanto, el parágrafo del artículo 21 *ibidem* dispuso que *“La no interposición de la excepción de compromiso*

*o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.* En consecuencia:

“(…) en los procesos iniciados en vigencia de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, ***procede la renuncia tácita*** al pacto arbitral, la cual ***se hace efectiva cuando no se interpone la cláusula compromisoria como excepción*** en el proceso que se adelante ante la jurisdicción que por regla general es competente, en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”[[11]](#footnote-11) (Resalta el Despacho).

**9.-** Así las cosas, sólo habrá lugar a entender la renuncia tácita a la cláusula compromisoria cuando, una vez radicada la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el extremo demandado guarda silencio y no la alega, pues *“(…) como consecuencia de su inactividad, habilitaron al juez de lo contencioso administrativo para conocer el asunto.”[[12]](#footnote-12)*. En caso contrario *proposición a título de excepción*- el pacto arbitral se mantiene vigente y debe ser observado por el juez que conozca para entonces del trámite procesal, sin que haya lugar a considerar su extinción[[13]](#footnote-13). Entiéndase que, en este evento, la contraparte de la relación contractual y del proceso judicial persigue hacer valer su derecho derivado de la estipulación contractual consistente en ventilar las controversias ante Tribunal de Arbitramento.

**CASO CONCRETO**

**10.-** En el *sub examine* se cumplen los presupuestos para decidir la pluricitada excepción. Como se dijo, corresponde con la consignada en el numeral 2º del artículo 100 del CGP, intitulada *“Compromiso o cláusula compromisoria.”*. Alianza Fiduciaria S.A. invocó las razones en que fundó la formulación y aportó copia de los citados contratos, donde se verifica la cláusula alegada. Luego, no se requiere de la práctica de pruebas. Con las que reposan en el plenario es suficiente para decidir la excepción en comento.

**11.-** Tal como lo alegó Alianza Fiduciaria S.A., quien actúa como vocera de los Fideicomisos Grupo Financiero de Infraestructura 2010 y Findeter créditos ET, visto el contenido de las cláusulas de los contratos objeto del presente litigio, se encuentra que los contratantes pactaron las siguientes cláusulas compromisorias:

* *Contrato de Crédito –* ***Cláusula******onceava*** *(num. 7):* Celebrado ente el municipio de Caldas (Prestatario) y el Fideicomiso Grupo de Infraestructura 2010 (Prestamista):

“**11.7. Solución de Controversias.** Cualquier disputa que surja entre las Partes en relación con la ***celebración****,* ***interpretación****,* ***ejecución***, terminación o liquidación de presente Contrato de Crédito que no pueda resolverse en forma directa entre las Partes, dentro de los 30 días siguientes del reclamo escrito que una entregue a la otra*,* ***se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento***, el cual se sujetará a las siguientes reglas:

* 1. Ei tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, que serán abogados en ejercicio.

* 1. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las Partes y, a falta de acuerdo, por el ***Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá***, D.C., de acuerdo con su reglamento.

* 1. La organización y el funcionamiento del tribunal se sujetará a las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. y. en lo no previsto por estas, a lo dispuesto en la ley colombiana.

* 1. El trámite arbitral tendrá una duración máxima de doce (12) meses contados a partir de la fecha de la finalización de la primera audiencia de trámite. En cuanto a prórrogas y suspensiones del trámite arbitral se aplicará lo dispuesto por el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

* 1. ***La sede de tribunal será la ciudad de Bogotá***.

* 1. El laudo se proferirá en derecho y será definitivo, salvo que la ley disponga otra cosa.”. (Resalta el Despacho).

* *Contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago –* ***Cláusula décimo octava:***Celebrado ente el municipio de Caldas (Fideicomitente) y Alianza Fiduciaria S.A. (Fiduciaria):

“**18.01. Cláusula compromisoria.** Cualquier controversia o diferencia entre las Partes, o entre las Partes y el Patrimonio Autónomo de la ET, que surja en relación con la ***ejecución, interpretación****,* terminación o liquidación de presente Contrato de Fiducia de la ET, o cualquiera otra controversia relacionada con este Contrato de Fiducia de la ET, que, en cualquier caso, no sea resuelta directamente entre ellas dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que una de ellas lo proponga a la otra, ***se someterá a un tribunal de arbitramento***que se sujetará al reglamento del ***Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.,*** de acuerdo con las siguientes reglas:

* 1. Ei tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, que serán abogados en ejercicio.

* 1. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las Partes y, a falta de acuerdo, por el ***Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá***, D.C., de acuerdo con su reglamento.

* 1. La organización y el funcionamiento del tribunal se sujetará a las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. y. en lo no previsto por estas, a lo dispuesto en la ley colombiana.

* 1. El trámite arbitral tendrá una duración máxima de doce (12) meses contados a partir de la fecha de la finalización de la primera audiencia de trámite. En cuanto a prórrogas y suspensiones del trámite arbitral se aplicará lo dispuesto por el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

* 1. ***La sede de tribunal será la ciudad de Bogotá***.

* 1. El laudo se proferirá en derecho y será definitivo, salvo que la ley disponga otra cosa.”.

* *Contrato de Cesión de los anterior a favor de Findeter S.A.,-* ***Cláusula Octava:*** Celebrado ente el municipio de Caldas con Alianza Fiduciaria S.A. (vocera de Findeter Créditos ET. y del Fideicomiso Grupo de Infraestructura 2010):

“**2.** Las cesiones de créditos objeto del Contrato, una vez perfeccionadas, implican que ***los Cedentes sean sustituidos*** por el Cesionario, FIDEICOMISO FINDETER CREDITOS ET – AGUA, ***en todos los derechos y obligaciones derivados de los Contratos*** de Crédito y de los Documentos de la Transacción, en los términos y condiciones previstos en el presente contrato.

(…)

**4.** El presente documentos, junto con sus anexos, ***constituye la totalidad del acuerdo*** entre las Partes en lo que refiere al Contrato, y sólo podrá ser modificado o reformado mediante un instrumento escrito firmado por los voceros de ellas facultados para el efecto.”. (Resalta el Despacho).

**12.-** Lo anterior muestra sin equívoco la clara intención de las partes en someter al conocimiento de la justicia arbitral las controversias que no pudieran resolverse de manera directa, derivadas de la celebración, ejecución y terminación de los contratos de crédito y fiducia, así como de la cesión de los mismos. Valga aclarar que, en el presente asunto ***i)*** no se cuestiona la legalidad de actos administrativos proferidos en virtud del ejercicio de las potestades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y ***ii)*** aunque en la cesión no se estipuló una cláusula compromisoria expresa, el negocio implicó la cesión y sustitución absoluta de los acuerdos contractuales. Por lo que, esta también se encuentra afectada por el compromiso, dado su carácter accesorio a los contratos principales. Además, porque como lo establece el inciso final del artículo 5º del Estatuto Arbitral *“La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.”*

**13.-** Como se dijo, la mera existencia del pacto arbitral no constituye razón suficiente para declarar probada la excepción. Se requiere alegación expresa por parte del extremo pasivo, tal como aconteció en el caso de marras, donde Alianza Fiduciaria S.A. *(vocera de FIDEICOMISO GRUPO FINANCIERO DE INFRAESTRUCTURA 2010 y del FIDEICOMISO FINDETER CRÉDITOS ET)* en la contestación de la demanda reclamó la vigencia y exigibilidad del pacto arbitral. Ante lo cual, se impide que esta jurisdicción continúe conociendo del asunto. De no haberse propuesto o alegado el pacto, operaría la renuncia del compromiso. Sin embargo, no sucedió así.

**14.-** De otro lado, conviene precisar que: ***i)*** los contratos principales fueron celebrados el 5 de noviembre 2010. Esto es, en vigencia del Decreto 1818 de 1998 -*Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*-, ***ii)*** la cesión fue suscrita el 13 de agosto de 2014, y ***iii)*** la demanda fue radicada el 13 de diciembre de 2019. Estos dos últimos eventos ocurrieron en plena vigencia del actual Estatuto Arbitral -*12 de octubre de 2012-*[[14]](#footnote-14)*.*

**15.-** Conforme a la jurisprudencia en cita y siguiendo lo dispuesto en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 *ibidem,* la renuncia al pacto arbitral *“(…)* ***solo******tiene aplicación en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral*** *que, de acuerdo con el artículo 119 ibidem, ocurrió tres meses luego de su promulgación, es decir, el 12 de octubre de 2012”*[[15]](#footnote-15). Atendiendo a la fecha de radicación de la demanda, es aplicable el actual Estatuto Arbitral conforme al cual, la exigibilidad de la cláusula compromisoria depende de su reclamo por parte de los demandados como aconteció en el caso bajo examen. En gracia de discusión se dirá que, a la misma conclusión se llegaría al tener en cuenta que el pacto arbitral se celebró en vigor del Decreto 1818 de 1998, toda vez que, dicha norma y la jurisprudencia vigente para la época, pregonaban por la obligatoriedad del pacto y la imposibilidad de su renuncia tácita.

**16.-** Así mismo, el Despacho resalta que los criterios antes plasmados se encontraban vigentes al tiempo de presentación y contestación de la demanda. No solo por virtud de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, sino con fundamento en la jurisprudencia unificada desde el año 2013[[16]](#footnote-16) por el Consejo de Estado, y a la cual se hizo alusión líneas atrás.

**17.-** Una vez acreditada la existencia del compromiso, se declarará configurada la excepción formulada por Alianza Fiduciaria S.A. En cuanto a los efectos de la determinación, como lo alegó aquella, es cierto que el artículo 101.2 del CGP -*aplicable por remisión que hace el parágrafo 2º del art. 175 del CPACA*- dispone que, la prosperidad de la excepción implica la terminación del proceso y la devolución de la demanda y sus anexos. No obstante, tal disposición debe aplicarse en observancia del derecho de acción y armonía con lo consagrado en el artículo 95.4 del CGP, según el cual, habrá ineficacia de la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad *“Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria,* ***salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso.****”* (Resalta el Despacho)*.*

**18.-** Esto en la medida que, fue con la contestación de la demanda que mantuvo vigencia el pacto arbitral. No podría someterse al azar, ni restar efectos jurídicos a la interposición de la demanda, toda vez que, de no haberse formulado el medio exceptivo, resultaba viable que la causa fuera conocida por esta jurisdicción. Consecuencia similar consagran los artículos 20, 30 y 36 de la Ley 1563 de 2012, cuando el tribunal de arbitramento rechaza la demanda por ausencia de pacto arbitral[[17]](#footnote-17), declara la falta de competencia[[18]](#footnote-18) y la falta de integración del contradictorio[[19]](#footnote-19). Por lo tanto, para efectos del conteo de la caducidad, el Tribunal de Arbitramento competente deberá tener en cuenta la fecha de radicación de la demanda **-*13 de diciembre de 2019*-.**

**19.-** Bajo esa tesitura, y para efectos de respetar el derecho de acción de la entidad demandante, se le advertirá de la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad en caso de iniciarse el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Por lo expuesto, **RESUELVE:**

**1.-** **DECLARAR CONFIGURADA** la excepción previa de

*“Compromiso o cláusula compromisoria”,* propuesta por Alianza Fiduciaria S.A., según lo expuesto.

**2.-** **ADVERTIR** al ente demandante -Municipio y Personería de Caldas- que, en observancia de lo dispuesto en el artículo 95.4 del CGP, ***so pena de la operancia de la caducidad de la acción***, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, podrá iniciar el respectivo proceso arbitral ante el Tribunal de Arbitramento que se constituya en los términos estipulados por las partes en las relaciones contractuales.

**3.-** Por Secretaría, **adiciónese** como canales digitales de Alianza Fiduciaria S.A. -*representante del Fideicomiso Grupo Financiero de*

*Infraestructura 2010*- el buzón: juan.giraldo@escuderoygiraldo.com, y del municipio de Caldas:

asesorjuridicocaldas@gmail.com

**4.-** En firme esta providencia, devuélvase la demanda y sus anexos físicos.

**Notifíquese y cúmplase**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

**Constancia:** “La presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado conductor del proceso en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.

Diego

1. . ***i)*** Fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago de 5 de noviembre de 2010 -celebrado con Alianza Fiduciaria S.A.-, ***ii)*** Crédito -por valor de $1.377.982,84- de 5 de noviembre de 2010 -celebrado con Alianza Fiduciaria S.A. y el Fideicomiso Grupo Financiero de Infraestructura 2010-, y, ***iii)*** de cesión y modificación de los anteriores contratos a favor del Fideicomiso Findeter Créditos ET y FINDETER, suscrito en el año 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. . Modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. . Adicionado por el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021. [↑](#footnote-ref-3)
4. . El artículo 5º de la Ley 1563 de 2012 consagra la autonomía de la cláusula compromisoria así: *“La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.”*  [↑](#footnote-ref-4)
5. . El artículo 1º del la Ley 1563 de 2012 define al **arbitraje** como *“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”.* El artículo 3º define el **pacto arbitral** como *“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.”* [↑](#footnote-ref-5)
6. . Al respecto: *“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales atrás señaladas, que la cláusula arbitral contiene entonces el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales litigios surgidos del contrato, decisión bilateral que puede aparecer estipulada dentro de su clausulado o en documento separado, con indicación expresa de las partes y del contrato al que se refiere”.* Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto de 31 de enero de 2020. Exp: 76001-23-33-000-2017-00191-01(63499) C.P. Nicolás Yepes Corrales. [↑](#footnote-ref-6)
7. . *“Artículo 70. De la cláusula compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.* [↑](#footnote-ref-7)
8. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto de 27 de febrero de 2013. Exp: 20.521. – Decisión unificada de 18 de abril de 2013. Exp: 17.859 (R-0035) C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-8)
9. . En sentencia C-1436 de 2000, se declaró la exequibilidad del artículo 70 de la Ley 80 *“bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de unificación de 18 de abril de 2013. Exp: 17.859. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. – Subsección A. Auto de 12 de agosto de 2019. Exp: 25000-23-36-000-2006-01569-01(39450). C.P. María Adriana Marín. –

    Subsección C. Auto de 31 de enero de 2020. Exp: 76001-23-33-000-2017-0019101(63499). C.P. Nicolás Yepes Corrales. [↑](#footnote-ref-10)
11. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 22 de enero de 2020. Exp: 25000-2336-000-2018-00534-01(65371) C.P. Alberto Montaña Plata. En igual sentido: Subsección A. Auto de 18 de abril de 2017. Exp: 58461: la renuncia tácita, que se configura con la no proposición del compromiso *“solo* ***tiene aplicación en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral*** *que, de acuerdo con el artículo 119 ibídem, ocurrió tres meses luego de su promulgación, es decir, el 12 de octubre de 2012”*. [↑](#footnote-ref-11)
12. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 22 de enero de 2020. Exp: 25000-2336-000-2018-00534-01(65371) C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-12)
13. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de agosto de 2021. Exp: 76001-23-31-000-2010-01507-01(52434). C.P. José Roberto Sáchica Méndez. [↑](#footnote-ref-13)
14. . Conforme a lo dispuesto en su artículo 118: entró en vigencia tres (3) meses después de su promulgación -*12 de julio de 2012*-, es decir, a partir del **12 de octubre de 2012.**  [↑](#footnote-ref-14)
15. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 22 de enero de 2020. Exp: 25000-2336-000-2018-00534-01(65371) C.P. Alberto Montaña Plata. En igual sentido: Subsección A. Auto de 18 de abril de 2017. Exp: 58461:*”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 27 de febrero de 2013. Exp: 20.521. – Sentencia de unificación de 18 de abril de 2013. Exp: 17.859. - Auto de 18 de abril de 2017. Exp: 58461. - auto de 29 de octubre de 2018. Exp: 60.997. [↑](#footnote-ref-16)
17. . *(…) El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3o. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje”*. [↑](#footnote-ref-17)
18. . *“Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente”.*  [↑](#footnote-ref-18)
19. . *“Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso”.*  [↑](#footnote-ref-19)