



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

M. DE CONTROL: Ejecutivo
RADICACIÓN: 110013343061-2021-00085-00
EJECUTANTE: Unión Temporal Nuevo Gramalote y Otros
EJECUTADO: Fondo Adaptación

I. ANTECEDENTES

- El 14 de abril de 2021 la Unión Temporal Nuevo Gramalote presentó demanda ejecutiva contractual, en contra del Fondo Adaptación, pretendiendo librar mandamiento de pago por la suma de \$219.217.738, y según los hechos con base en el título ejecutivo formado a través del contrato de obra 165 de 2015, las modificaciones contractuales, el estado de cuenta de ejecución financiera de contratos, el oficio E-2021-001831 y la radicación de la certificación bancaria UNG-18-03-2021-1 (Archivos No. 001 a 006 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- Junto con el escrito de demanda se solicitó como medidas cautelares previas que se ordenara el embargo y retención de dineros que la entidad ejecutada pudiera tener en los bancos de Bogotá, BBVA Colombia, Bancolombia, Itaú, Agrario de Colombia, BCSC, Davivienda, Citibank, Popular y GNB Sudameris (Archivo No. 001 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- Mediante auto del 4 de mayo de 2021 se negó el mandamiento de pago, encontrando que hacían falta los documentos que componen el título ejecutivo (Archivo No. 007 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- El 11 y 12 de mayo de 2021 el apoderado de la demandante presentó recurso de reposición en subsidio apelación contra el auto que negó mandamiento de pago; en dicha oportunidad anexó documentación que al parecer completaba las condiciones para configurar el título ejecutivo (Archivos No. 009 y 010 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- El 27 de mayo de 2021 se resolvió el recurso de reposición considerando que el listado de documentos, allegados con el recurso eran suficientes para librar el mandamiento de pago respectivo, cumpliendo con las condiciones de ser una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Dicha

AUTO NO. 896

providencia fue notificada el 8 de junio de 2021 (Archivo No. 011 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).

- El 27 de mayo de 2021 se decretó el embargo y retención de los dineros que existen a nombre de la “Nación – Ministerio de Hacienda – Fondo de Adaptación”, ordenando la expedición y envío de los oficios a los bancos en cuestión (C02.MedidasCautelares).
- El 10 de junio de 2021 el Fondo Adaptación presentó recurso de reposición en contra del auto que libró mandamiento de pago (Archivos No. 013 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- El 18 de junio de 2021 la Unión Temporal Nuevo Gramalote se pronunció sobre el recurso de reposición presentado por el Fondo Adaptación (Archivo No. 01 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).
- El 18 y 26 de junio de 2021 se solicitó la ejecución de las medidas cautelares decretadas (C02.MedidasCautelares).
- El 7 de julio de 2021 se fijó en lista el recurso de reposición presentado el 10 de junio de 2021 por la parte ejecutada (Archivo No. 015 C01.CuadernoPrincipal Exp. Electrónico).

II. FUNDAMENTO DE LA REPOSICIÓN

El 10 de junio de 2021 el apoderado del Fondo Adaptación presentó recurso de reposición en contra del auto que libró mandamiento de pago.

De manera primaria, señaló que en el numeral 5 de la parte resolutive de la providencia recurrida se ordenó la notificación de la decisión al Instituto de Desarrollo Urbano, por lo cual en su concepto la medida se dirige contra una entidad diferente al Fondo Adaptación.

Trajo a colación, el pronunciamiento realizado en asunto similar por el Juzgado 36 Administrativo Oral de Medellín en el caso 05001333303620160030900 del 5 de mayo de 2021, para concluir que la factura en si misma no presta mérito ejecutivo, ya que no fue expedida en las condiciones pactadas en el contrato, resaltando que el escenario de discusión sobre las obligaciones que se encuentran pendientes por las partes es la liquidación del contrato, informando que ello se encuentra en discusión en la justicia arbitral al contar con cláusula compromisoria.

Afirmó que el juez de la causa carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto, ya que el contrato cuenta con cláusula compromisoria pactada en el otrosí

No. 4 del 21 de diciembre de 2017, en la cual no se excluyó el conocimiento por dicho medio de los procesos ejecutivos.

Destacó la configuración de pleito pendiente, al encontrarse en curso proceso arbitral convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir las controversias suscitadas sobre el contrato de obra pública 165 de 2015, por lo cual allí se producirá la liquidación del contrato que en últimas es el documento donde constan las obligaciones claras, expresas y exigibles en favor de cualquiera de las partes contractuales.

Indicó que el contrato 165 de 2015 y los documentos mediante los cuales la Unión Temporal Gramalote presentó la reclamación de devolución por valor mayor descontado de impuestos de Estampillas Universidad Nacional y Contribución Especial ante el Fondo Adaptación carecen del requisito de exigibilidad, ya que de ellos no se logra determinar el plazo en el cual se hace exigible la obligación que se reclama, de lo cual se deriva una ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

Concluyó que, al carecer de las condiciones predicadas del título ejecutivo, lo cierto es que lo pretendido se relaciona con un proceso declarativo en las condiciones del artículo 2313 del Código Civil, alusivo a que *“si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado”*.

III. CONSIDERACIONES

a. Aclaración legislativa

El 25 de enero de 2021 fue proferida la Ley 2080, a través de la cual, entre otros, los artículos 61, 62 y 64 modificaron los artículos 242, 243 y 244 de la Ley 1437 de 2011; en el mismo sentido el artículo 63 adicionó el artículo 243A a la Ley 1437 de 2011, todos ellos relativos a las decisiones que pueden ser objeto de reposición, apelación, aquellas que no y el trámite que se le da a los recursos.

Se tiene entonces el presente asunto se acoge a tales modificaciones, en consideración a lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, en torno a que los recursos interpuestos se rigen por la ley vigente al momento de ser presentados.

Así las cosas, este recurso al haber sido presentado el 10 de junio de 2021 en vigencia de la Ley 2080 de 2021, se registró por las modificaciones por esta efectuadas sobre la Ley 1437 de 2011.

b. Oportunidad y procedencia del recurso de reposición interpuesto

Se advierte que el recurso en examen fue interpuesto dentro del término de ley, si se tiene en cuenta que la providencia data del 27 de mayo de 2021, siendo

notificada mediante estado y electrónicamente del 8 de junio de 2021, para que finalmente la reposición fuera radicada los días 10 de junio de 2021.

Es menester señalar, que si bien es cierto la providencia recurrida es de aquellas que decidió un recurso de reposición, no lo es menos que el auto del 27 de mayo de 2021 decidió un nuevo punto como lo fue librar mandamiento de pago, situación que hace procedente el recurso en los términos del numeral tercero del artículo 243A.

Sumado a ello, se tiene que el parágrafo segundo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, dispone que, entre otros, en el proceso ejecutivo la apelación procederá y se tramitará conforme a las normas especiales que lo regulan.

Al efecto el artículo 438 del Código General del Proceso dispone que el mandamiento de pago no es apelable, solo lo será en efecto suspensivo el que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque; así mismo se contempló que los recursos de reposición se decidirán y tramitarán conjuntamente cuando hayan sido notificados todos los ejecutados.

Igualmente, el inciso segundo del artículo 430 del CGP dispone que los requisitos formales del título ejecutivo solo se podrán discutir mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo, en concordancia con el numeral 3 del artículo 442 del CGP en el cual se dispone que los hechos que configuren excepciones previas.

De lo anterior se puede concluir que resulta procedente el recurso de reposición presentado por el Fondo Adaptación, que debate justamente situaciones que configuran excepciones previas y los requisitos formales del título ejecutivo.

c. Estudio de la decisión del recurso

Es necesario precisar que se plantean dos cuestiones fundamentales en el recurso de reposición planteado, la primera de ellas se plantea en torno a la falta de competencia para conocer del asunto, ante la existencia del pacto de cláusula compromisoria dentro del contrato de obra 165 de 2015 que cubre inclusive la ejecutabilidad de las obligaciones allí pactadas; y la segunda se relaciona con la ausencia del requisito de exigibilidad del título ejecutivo.

Respecto a la falta de competencia, ha de reconocer el despacho que, si bien no se configura bajo el amparo de la cláusula compromisoria, si se presenta respecto a las disposiciones del numeral 4 del artículo 156, tal como se pasa a exponer a continuación:

Sobre la posibilidad de pacto de cláusula compromisoria para el conocimiento de los procesos ejecutivos, se ha suscitado una discusión, sin que exista una línea clara y unificada en las altas cortes al respecto.

El inciso final del artículo 116 de la Constitución Política estableció la posibilidad de que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, entre otras, bajo la calidad de árbitros habilitados para proferir fallos en derecho o en equidad, ciñéndose a los términos que para ello otorgue la ley.

Al respecto, la labor de arbitramento, con anterioridad a la expedición de la Constitución Política, fue regulada a través del Decreto 2279 de 1989, y posteriormente se reguló en el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y de manera vigente en la Ley 1563 de 2012.

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado dos posturas, la primera relacionada con que la ejecución de obligaciones por parte de árbitros no es posible ante la ausencia de poder coercitivo por parte de los particulares, quienes no se encuentran investidos para ello, y la segunda se inclina por la posibilidad de aplicar la cláusula compromisoria al debate de pretensiones ejecutivas, bajo el argumento que al no estar expresamente excluida la posibilidad de pactar tal acuerdo y tratarse de derechos negociables, estos pueden ser conocidos en sede arbitral.

Es menester señalar, que en la sentencia T-057 de 1995 la Corte Constitucional de manera enfática precisó que:

“7. Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.

(...)

La ausencia de poder coactivo de los árbitros, lo corrobora la disposición del D.2279 de 1989, que somete a la justicia ordinaria lo relativo a la ejecución del laudo, de conformidad con las reglas generales (Ibid, art. 40, parágrafo). Si en verdad dispusieran de este poder los árbitros, la norma sobraría. Idéntica conclusión cabe extraer del inciso 20 del artículo 10 del decreto

2279 de 1989, modificado por el artículo 96 de la ley 23 de 1989, que en punto al arbitramento sobre el contrato de arrendamiento, establece que "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria"

En contra posición, se encuentran los pronunciamientos de la misma corporación realizados en la sentencia C-294 de 1995 y la sentencia T-1224 de 2008; en el análisis de constitucionalidad realizado en la primera se indicó que *“los particulares están investidos de la función de administrar justicia, en calidad de árbitros **transitoriamente** y **son las partes quienes los habilitan para fallar, sumado a que administran justicia** "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador las limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral, al no encontrarse limitados así por el legislador”*.

De la misma manera, en la sentencia T-1224 de 2008 se estableció que bajo el principio *kompetenz-kompetenz* el Tribunal de Arbitramento puede decidir su propia competencia y definir el alcance de esta.

Sobre el asunto, la Sala de Casación Civil¹, se ha apoyado en la postura más rígida, determinando que no hay lugar a que en sede de arbitramento se proceda al conocimiento de pretensiones de ejecutivas, por dos razones fundamentales, la primera porque los árbitros no se encuentran investidos bajo los poderes coercitivos del Estado, que se utilizan para forzar la ejecución de obligaciones y en segundo término porque sería inexplicable el hecho que se le permita conocer a los árbitros de pretensiones ejecutivas, cuando por disposición del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 no les está dado ni siquiera proceder a la ejecución de sus decisiones, situación que corresponde o bien a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa administrativa, según sea el caso.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“Es decir que las controversias o conflictos, dan lugar a la existencia de los procesos declarativos genéricos o de conocimiento, en contraposición a los procesos ejecutivos, toda vez que mediante los primeros, se busca establecer la existencia de un derecho sobre el que recae la incertidumbre, mientras que a través del segundo, lo que se pretende es el cumplimiento ejercicio de tal derecho radicado en cabeza del ejecutante, mediante la coerción del deudor a cumplir con su obligación, respecto de cuya existencia ninguna duda subsiste, puesto que precisamente se trata de obtener el cumplimiento coactivo de una obligación clara, expresa y exigible, que consta en un título ejecutivo, que bien puede ser una sentencia judicial en la que se haya declarado la existencia del derecho.

(...)

De la específica naturaleza del proceso ejecutivo y su finalidad, puede deducirse en principio, la improcedencia del mecanismo arbitral para su trámite, por cuanto no existiría controversia sobre materia transigible que lo justificara, sino el cobro de una obligación

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, M.P. Francisco Ternera Barrios, sentencia del 2 de febrero de 2021, STC622-2021, ver al respecto sentencia del 26 de junio de 2020 rad. 2020-01190, sentencia del 13 de febrero de 2013, Reiterada, entre otras en las sentencia del 6 de febrero de 2013 en Rad. 11001-02-03-000-2013-02822-00 y STC17557-2015 de 18 de diciembre de 2015. Igualmente, en la sentencia de tutela del 23 de septiembre de 1994 Exp. 1566.

clara, expresa y exigible, en donde ninguna duda cabe respecto de la titularidad del derecho que se ejerce coactivamente a través del ejecutivo; (...)"²

Sumado a este pronunciamiento, se encuentra el establecido en sentencia del 10 de diciembre de 2020 proferida por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en el expediente 25000-23-26-000-1999-01556-03, en el cual se estableció que si bien es cierto que se puede transigir y/o conciliar pretensiones ejecutivas, ante la falta de limitación de aquellas por la legislación existente, ello no es óbice para que se reconozca que actualidad se carece de un procedimiento claro que regule el conocimiento estas pretensiones por parte de árbitros, situación que impide su competencia en dicha materia.

Y bajo esta óptica, ha de indicarse que el despacho considera acertada y dará aplicación a la postura seguida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Tercera del Consejo de Estado, ante su falta de regulación, la limitación temporal de las funciones dadas a los árbitros, la vigencia del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y la ausencia de poder coercitivo en cabeza de los particulares que ejercen tal función para forzar a la ejecución de obligaciones, resulta improcedente la cláusula compromisoria para resolver sobre la ejecutabilidad de las obligaciones contenidas en el contrato 165 de 2015, pese a encontrarse pactada en el otrosí No. 4.

No obstante, guarda razón la ejecutada al indicar que este despacho no es competente para conocer del proceso ejecutivo originado en el contrato estatal No. 165 de 2015, no precisamente porque el conocimiento corresponda al Tribunal de Arbitramento, sino bajo lo establecido en el numeral 4 del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

La norma en cuestión hace alusión a que la competencia debido al territorio, de los procesos ejecutivos originados en contratos estatales, se determinará por el lugar en donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato.

El contrato de obra No. 165 de 2015, contempló en su primera cláusula lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete a ejecutar la construcción de seiscientas (600) soluciones de vivienda, en la modalidad de reubicación en el nuevo casco urbano de Gramalote, departamento de Norte de Santander, de conformidad con los Términos y Condiciones Contractuales y los documentos que los conforman, de la invitación cerrada 023 de 2015, los cuales, junto con la propuesta del **CONTRATISTA** forman parte integral de este contrato y prevalecen, para todos los efectos, sobre esta última.

Es decir, que la ejecución del contrato se produjo en el municipio de Gramalote, Norte de Santander, sin que exista ni en el contrato, ni en ninguno de los diez otrosí, cláusula alguna en contrario, ni pactando otro domicilio contractual.

De esta manera y atendiendo lo contemplado en el Acuerdo No. PSAA06-3321 de 2006, el circuito judicial de Cúcuta es el llamado a conocer sobre los asuntos

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, C.P Ramiro Saavedra Becerra, decisión de recurso de anulación de laudo arbitral del 8 de julio de 2009, Exp. 11001032600020090002600.

relacionados con el municipio de Gramalote, lugar de ejecución del contrato de obra No. 165 de 2015.

Así las cosas, se procederá a declarar la falta de competencia para conocer del presente asunto y se remitirá el expediente para su conocimiento a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Cúcuta (Reparto).

Con base en lo expuesto, el despacho

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia de este despacho para conocer del presente asunto, de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

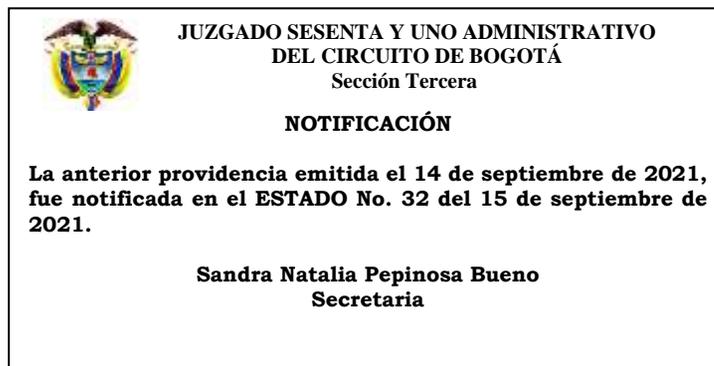
SEGUNDO: REMITIR el presente proceso a los Juzgados del Administrativos de Cúcuta (Reparto), para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDITH ALARCÓN BERNAL
JUEZA

CAM



Firmado Por:

Edith Alarcón Bernal

Juez Circuito

61

Juzgado Administrativo

Bogotá D. C., - Bogotá, D. C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: eeb95f6696261abf0f29a5ced5d643458bd8ae6596603781064673cc2d7d08ff

Documento generado en 14/09/2021 04:51:23 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>