

Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Valledupar

De: Jesus Eduardo Rodriguez Orozco <jrodriguez@procuraduria.gov.co>
Enviado el: lunes, 8 de febrero de 2021 8:16 a. m.
Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Valledupar
CC: jaldana@gcsalfa.com; gklizarazo@enercor-saesp.com; jjurado@enercor-saesp.com; msalazar@enercor-saesp.com; hvillamizar@enercor-saesp.com; mrodriguez@gcsalfa.com
Asunto: ESCRITO DE EXCEPCIÓN PREVIA
Datos adjuntos: Rad. 2019-00281-00. EPM VS ENERCOR EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA.pdf

Valledupar, 08 de febrero de 2.021

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Magistrado Ponente:
Dr. JOSE ANTONIO APONTE OLIVELLA
Ciudad

REF: Proceso No. 2019-00281-00. Medio de Control de Controversias Contractuales propuesta por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P. contra COMERCIALIZADORA DEL ORIENTE S.A. E.S.P. - ENERCOR

Como documento adjunto hago envío de la proposición de excepción previa de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA que realiza el Ministerio Público dentro del proceso de la referencia.

Atentamente,

JESÚS EDUARDO RODRÍGUEZ OROZCO
Procurador 47 Judicial II para Asuntos de la Conciliación Administrativa
Funcionario de Apoyo a la Coordinación
PBX: 031 5878750 Ext. 56112
Correo: jrodriguez@procuraduria.gov.co
Calle 16 No. 9 - 30 Ed. Caja Agraria, 5 piso
Valledupar - Cesar



PROCURADURIA 47 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Valledupar, 08 de febrero de 2.021

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Magistrado Ponente:
Dr. JOSE ANTONIO APONTE OLIVELLA
Ciudad

REF: Proceso No. 2019-00281-00. Medio de Control de Controversias Contractuales propuesta por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P. contra COMERCIALIZADORA DEL ORIENTE S.A. E.S.P. - ENERCOR

Respetados Magistrados:

Con la deferencia acostumbrada y con fundamento en el artículo 100, 101 y 102 del C.G.P., aplicable a los procesos contenciosos administrativos por la remisión expresa que realiza el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 (modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021), solicito declarar probada la **EXCEPCIÓN PREVIA de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA** y, en consecuencia, declarar terminado el proceso ordenando la devolución de la demanda y sus anexos al demandante.

Lo anterior, en razón a que la controversia contractual suscitada entre las partes en el asunto de la referencia, tiene su génesis en el Contrato de Suministro de Gas Natural en Firme “EPM CT-2016-002186/ENERCOR 36-2016” celebrado entre COMERCIALIZADORA DEL ORIENTE S.A. E.S.P. - ENERCOR S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. de fecha 2 de noviembre de 2016, negocio jurídico donde se consagró, en la cláusula vigésima, cómo deberían resolverse las controversias que surgieran entre ellos en relación con el contrato, pactándose:

“(…)

20. CLÁUSULA VIGÉSIMA: RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

20.1. Toda controversia que surja entre las Partes relativas al Contrato se resolverá así:

- 1) Por acuerdo directo entre las Partes, la cual constará en acata suscrita por las Partes. La etapa de acuerdo directo se entenderá fallida si las Partes no han llegado a un acuerdo dentro de los treinta (30) días hábiles siguiente a la fecha en que una Parte notifique a la otra de la controversia.
- 2) Si no se resuelve por acuerdo directo dentro del plazo previsto en el numeral anterior, mediante conciliación, que será realizada por las partes en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, previa solicitud elevada individual o conjuntamente por los interesados.
- 3) Si no tiene éxito la conciliación, mediante un Tribunal de Arbitramento que funcionará en Bogotá, sujeto al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

20.2. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, si las partes no lo designan de común acuerdo dentro de un plazo de...

(...)” (Énfasis y subrayado agregado).



PROCURADURIA 47 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

La estipulación acordada en el numeral 3 de la cláusula vigésima del contrato en mención, comprende la denominada “cláusula compromisoria”, consistente en el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

La circunstancia anterior impone a los interesados acudir a estos últimos en caso de surgir diferencias derivadas del contrato que no pudieran dirimirse de forma directa.

Si bien el H. Consejo de Estado¹ en su jurisprudencia venía considerando que se presentaba un desistimiento tácito a esa cláusula solemnemente pactada en un contrato estatal, cuando a pesar de haber acordado llevar sus diferencias al conocimiento de la denominada justicia arbitral, una de tales partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción institucional de lo Contencioso Administrativo y la otra parte no proponía la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, lo cierto es que, posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera, en providencia de unificación del 18 de abril de 2013², unificó la jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance del pacto arbitral, exponiendo que son las partes las que, como fruto de su autonomía privada, habilitan y dotan de jurisdicción y 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, sin que sea dable renunciar a tal acuerdo de manera tacita.

De igual manera, concluyó, 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, y que 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, como sucede en el presente asunto. Además, consideró aquella Corporación:

“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular.”

También esa Corporación en el auto del 6 de agosto de 2015, reiteró que cuando existe un contrato entre dos partes y se incluye una cláusula compromisoria, la jurisdicción contenciosa no es competente para analizar las controversias que puedan surgir entre estas, en los siguientes términos:

“...Así las cosas, el Despacho concluye que la controversia planteada entre la sociedad llamante y el consorcio llamado en garantía se encuentra sujeta a la cláusula compromisoria establecida en el contrato 3223 de 2008, puesto que los efectos de ésta se extienden a controversias relativas a su celebración, ejecución, interpretación, terminación y liquidación o cualquiera que guarde relación con el contrato y, dado que el presente llamamiento en garantía se refiere a determinar la eventual responsabilidad del Consorcio Rubiales Monterrey C.R.M. en relación con una obligación adquirida en el acta de terminación y liquidación del contrato 3223 de 2008, resulta claro que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre tal responsabilidad en el marco del llamamiento en garantía formulado por la Sociedad Oleoducto de los Llanos Orientales.”

¹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 18.395, C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10.882, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



PROCURADURIA 47 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

En conclusión, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la decisión de los conflictos que surjan de un contrato estatal, para someterlo en cambio a la decisión de la justicia arbitral, ninguna de ellas tendrá la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral, en tal evento deben someter sus diferencias al mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado arbitraje.³

Así las cosas, toda vez que la demanda presentada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P. en contra de COMERCIALIZADORA DEL ORIENTE S.A. E.S.P. - ENERCOR, deriva del Contrato de Suministro de Gas Natural en Firme “EPM CT-2016-002186/ENERCOR 36-2016” en cuyo clausulado se pactó una cláusula compromisoria, precedente resulta declarar probada la excepción propuesta. Y, de conformidad con el inciso 4 del numeral 2 del artículo 101 del C.G.P., cuando esta excepción se halle probada procede el decreto de la terminación del proceso y la orden de devolver al demandante la demanda junto con sus anexos.

Atentamente,

JESÚS EDUARDO RODRÍGUEZ OROZCO
Procurado 47 Judicial II Administrativo

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, sentencia del 12 de agosto de 2013, proceso No. 25000232600020000133401, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.