

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ
E.S.D

RADICACIÓN	2019-00014
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	LUIS JAVIER MURILLO HURTADO Y OTROS
DEMANDADO	PROING S.A Y OTROS

ASUNTO: EXCEPCIONES PREVIAS

FREDY HURTADO CAICEDO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 4.846.326 de Nuquí y Tarjeta Profesional número 127.519 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la empresa PROING.S.A, por medio del presente escrito, y estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, me permito presentar las excepciones previas en los siguientes términos:

COMPROMISO O CLAUSULA COMPROMISORIA

Según los hechos del llamamiento en garantía, el 3 de julio de 2015 la empresa DISPAC S.A E.S.P y la empresa PROYECTOS DE INGENIERIA S.A suscribieron CONTRATO DE GESTIÓN DG-007-2015 PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DE DISPAC Y LA EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN EL MERCADO DE COMERCIALIZACIÓN DE DISPAC, Contrato de gestión donde las partes de común acuerdo pactaron para la resolución de conflictos generados por cualquier clase de controversia o reclamación que surjan en razón o en ocasión del contrato resolverlas a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la amigable composición y el arbitraje de conformidad con la cláusula 24 del referido contrato de gestión, que el tenor literal reza:

Cláusula 24.- Solución de Controversias.

Lo establecido en esta Cláusula no obsta para que cualquier controversia surgida entre las Partes, con ocasión del Contrato, pueda ser resuelta directamente por las Partes en cualquier momento.

24.1 Amigable Componedor.

24.1.1 Las diferencias previstas de manera expresa en este Contrato para ser dirimidas por el Amigable Componedor, deberán someterse obligatoriamente a este mecanismo, salvo posterior acuerdo en contrario de las Partes.

24.1.2 El Amigable Componedor estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con el numeral 24.1.3 siguiente, las cuales definirán de manera vinculante e imparcial para las Partes las controversias que surjan entre ellas respecto de los cuales este Contrato establezca expresamente la posibilidad de acudir al Amigable Componedor. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier otra controversia pueda ser sometida a este mecanismo de solución, previo acuerdo entre las Partes.

24.1.3 Los miembros del Amigable Componedor serán escogidos dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente Contrato, de acuerdo con las siguientes reglas:

- (a) Cada una de las Partes seleccionará un miembro del Amigable Componedor y el tercer miembro será designado por los dos (2) amigables componedores designados por las Partes. Si dentro del mes siguiente a la fecha de suscripción del Contrato, alguna o ambas Partes no han seleccionado uno o los dos miembros del Amigable Componedor que deban ser seleccionados por las Partes, éste o éstos – según corresponda – serán sorteados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- (b) Los dos amigables componedores designados por las Partes o que, por defecto, hayan sido sorteados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, deberán designar al tercer miembro del Amigable Componedor dentro de los diez (10) Días Calendario siguientes a la fecha de la última aceptación de los integrantes del Amigable Componedor ya designados. Si en dicho plazo los dos amigables componedores no se ponen de acuerdo, el tercer miembro será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- (c) Los amigables componedores deberán ser ingenieros, administradores de empresas, economistas, abogados o de profesiones afines, que gocen de amplia trayectoria en el sector eléctrico, específicamente en la prestación del servicio público de energía eléctrica. No obstante lo anterior, al menos uno de los miembros del Amigable Componedor deberá ser abogado con amplia experiencia y trayectoria en el sector energético.
- (d) Las decisiones del Amigable Componedor se tomarán por unanimidad, pero a falta de ésta por la mayoría de sus miembros.
- (e) En caso de renuncia o falta de un miembro del Amigable Componedor, éste deberá ser sustituido por quien efectuó su designación o que le correspondía hacerla, dentro de los diez (10) Días Calendario siguientes al recibo de la renuncia por las Partes. Vencido este plazo sin haberse efectuado la correspondiente designación, el nuevo miembro del Amigable Componedor será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- (f) En caso de la renuncia o falta del tercer miembro del Amigable Componedor, su reemplazo será seleccionado por los dos miembros del Amigable Componedor designados por las Partes.
- (g) Ningún miembro del Amigable Componedor podrá ser empleado, socio o contratista del Gestor, de los miembros o socios del Gestor, de la Empresa, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Gestor o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la Empresa, del Gestor, del Interventor, o los miembros o accionistas del Gestor o del Interventor.
- (h) La remuneración de los miembros del Amigable Componedor se limitará según el valor de las pretensiones o estimación razonada de la cuantía de la controversia, conforme a la tabla siguiente, y en todo caso, no superará un máximo de 30 SMMLV por cada miembro del Amigable Componedor.

(i)

<i>Pretensión</i>	<i>Tarifa Máxima</i>
<i>Menor a \$130.000.000</i>	<i>9.5 SMMLV</i>
<i>De \$130.000.000 a \$250.000.000</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Mayor a \$250.000.000</i>	<i>30 SMMLV</i>

24.1.4 Procedimiento.

- (a) *El proceso de amigable composición se iniciará y tramitará de conformidad con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá relativo a Amigable Composición.*
- (b) *El Amigable Componedor tendrá un plazo máximo de treinta (30) Días Hábiles para definir la controversia, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la formulación de la misma. Este plazo podrá ampliarse a solicitud del Amigable Componedor, siempre que esa solicitud sea aceptada por las Partes.*
- (c) *El inicio del procedimiento del Amigable Componedor no faculta a las Partes para suspender la ejecución de las obligaciones del Contrato.*
- (d) *Las decisiones adoptadas por el Amigable Componedor tendrán fuerza vinculante para las Partes y tendrán efectos transaccionales de acuerdo con la Ley.*

24.2 Arbitraje. *Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este Contrato o al momento de su terminación, que no deba ser conocida por el Amigable Componedor, será sometida a un tribunal de arbitramento (el "Tribunal") de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen:*

- (a) *El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes. El o los árbitros que no pudieren ser designados por mutuo acuerdo, serán designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá a solicitud de cualquiera de las Partes.*
- (b) *La organización interna del Tribunal se sujetará a las prescripciones previstas para tal efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (c) *El Tribunal decidirá en derecho y su fallo será final y obligatorio para las Partes.*
- (d) *El Tribunal funcionará en Bogotá, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (e) *Los gastos, costos y honorarios que se causen con ocasión del arbitramento serán de cuenta de la Parte que resulte vencida."*

Situación que implica que las partes involucradas en una controversia de carácter transigible, sustraen el conocimiento de ésta de los jueces ordinarios y lo someten a decisión de particulares, quienes en su condición de árbitros o conciliadores serán los encargados de resolverlas.

La cláusula compromisoria o el pacto arbitral tiene su fuente en la autonomía de la voluntad, la cual el ordenamiento le adscribe plenos efectos, que no son otros que de dotar a los árbitros o conciliador del ejercicio de las funciones jurisdiccionales y permitirles que

mediante la expedición de un laudo o de acta de conciliación que goza de atributo de la cosa juzgada y que puede ser cumplido de manera coercitiva, decidan la controversia jurídica que los involucrados en la misma han acordado no ventilar ante los jueces ordinarios y permanentes. En consecuencia, la libre decisión de las partes de definir a los árbitros la solución de un determinado litigio tiene fuerza vinculante para las mismas a la luz de lo dispuesto en el artículo 1602 Código Civil que reza:

ARTICULO 1602 LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación y por ley pertenecen a ellas”,* y por ende, quedan éstas obligadas, por virtud de su propia voluntad, acudir a centros de conciliación o a la justicia arbitral que tiene consagración Constitucional en el artículo 116 que establece *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en sentencia del 1 de julio de 2009, expediente bajo radicado 11001-3103-039-2000-00310-01 manifestó *“En línea de principio, la fuente generatriz del arbitramento es un acto dispositivo, rectius, “pacto arbitral” o negocio jurídico “compromisorio” (cas. civ. sentencia de junio 17 de 1997, exp. 4781), fruto de la autonomía privada, por cuya inteligencia, las partes de un conflicto, litigio, disputa o res dubia, determinado, actual y presente (compromiso, compromissum de cum promittere, [tanto como prometer]; simil promittere stare sententiae arbitri [prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro], artículo 117 de la Ley 446 de 1998) o de una, varias o todas las controversias contingentes, hipotéticas, potenciales e inminentes derivadas de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato mediante acuerdo contenido en cláusula expresa (accidentalia negotia) o en documento anexo (cláusula compromisoria, pactum de compromittendo, artículo 116 de la Ley 446 de 1998), con sujeción al ordenamiento jurídico disponen someter su conocimiento y decisión a un tribunal arbitral (arbiter ex compromisso) investido en virtud de la disposición de las partes por mandato constitucional expreso de la función pública jurisdiccional de administrar justicia, idénticos poderes disciplinarios, de coerción, ordenación, investigación, deberes y responsabilidades de los jueces permanentes, esto es, dotado por excepción, en forma temporal y transitoria de iurisdictio, auctoritas, potestas e*

imperium, originando un proceso judicial de única instancia por carencia de superior funcional, sujeto a las directrices preordenadas por las partes y el legislador, al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, especialmente, el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, comprensivo de un procedimiento integrado de diversas etapas procesales en las cuales se profieren providencias judiciales de trámite o interlocutorias, concluyéndose mediante un laudo o sentencia arbitral definitiva decisoria de la litis planteada (Sala de Casación Civil, Sentencia de revisión 13 de agosto de 1998, [S-069-1998], exp.6903), con plenos efectos vinculantes de cosa juzgada respecto de los asuntos transigibles arbitrables ratione materiae (arbitralidad objetiva) o ratione personae (arbitralidad subjetiva) incluidos en el pacto arbitral sobre los cuales prima facie asumió competencia (kompetenz-kompetenz, artículos 124 de la Ley 446 de 1998 y 147 del Decreto 1818 de 1998 sin perjuicio de su concreción ulterior en el laudo y susceptible del recurso extraordinario de anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativa o de homologación en materia laboral, y del recurso extraordinario de revisión, éste también procedente frente a la providencia decisoria de aquél, sin admitirse, replantear el debate del fondo, ni el examen por ninguna otra autoridad judicial de sus consideraciones fácticas, normativas o probatorias, en tanto las partes en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia por autorización explícita del constituyente, resuelven que sus conflictos sean decididos única y exclusivamente por los árbitros y no por los jueces permanentes, quienes tienen restringida su competencia de anulación o revisión a las materias expresamente establecidas en la ley sin comprender la definición jurídica, la hermenéutica de los preceptos y la valoración axiológica de los elementos de convicción resuelta en el laudo en torno de las cuales carecen de absoluta jurisdicción –como se explicará- al sustraerse de su juzgamiento por el pacto arbitral.

La relevancia jurídica de esta línea de examen es evidente, por cuanto al pacto arbitral son aplicables los principios, reglas y directrices de todo contrato, incluidas las atañederas a su terminación; cuando el juez carece de jurisdicción o de competencia debe rechazar de plano la demanda; las partes de la relación jurídica sustancial controvertida en proceso, podrán ejercer su derecho de defensa y contradicción en las oportunidades procesales actuando con absoluta ética, corrección, lealtad y probidad en todo el trámite e interponer

por excepciones previas las de falta de jurisdicción y compromiso o cláusula compromisoria cuya prosperidad termina el proceso; “(Subrayado fuera del texto).

Sobre este particular, el artículo VI.1. del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, difiere la solución del asunto a la legislación interna, preceptuando: “Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal Estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo”.

El Honorable Consejo de Estado - Sección Tercera, ha manifestado en relación a la cláusula compromisoria o pacto arbitral los siguiente: “De conformidad con lo previsto en la ley, el pacto arbitral –bien en la modalidad de cláusula compromisoria o bien en la alternativa del compromiso-, constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independiente del contrato mismo que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos. La formalidad documental del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, en la primera de las cuales para definir la “cláusula compromisoria” se precisó que por tal ha de entenderse “...Advierte por tanto la Sala que la ley prevé un requisito formal, que corresponde a la esencia misma del pacto arbitral - cláusula compromisoria o compromiso - que consiste en su forma documental, sin que sea dable entender que el correspondiente acuerdo de voluntades deba constar necesariamente en un solo documento, pues la ley admite la posibilidad de que esté contenido en varios documentos.

Mediante la celebración del pacto arbitral o clausula compromisoria en un contrato las partes involucradas en una controversia de carácter transigibles sustraen del conocimiento de los jueces ordinarios y los someten a la decisión de un particular quienes en sus condiciones de árbitros y conciliadores son los encargados de resolverlas.

En cuanto a los elementos esenciales que tocan con el fondo o el contenido del pacto arbitral – en especial en la modalidad de cláusula compromisoria - la Sala mediante el análisis de la regulación legal del arbitramento precisa que ellos se encuentran integrados

por: i) la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Resulta ilustrativo tener en cuenta que la ley consagra y a la vez exige como elemento de la esencia de todo contrato el concurso de voluntades de, al menos, dos personas; así, el Código Civil prevé que el concurso real de las voluntades de dos o más personas da origen al contrato, como también que el contrato es “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna una cosa”, definición que concuerda con aquella que contiene el Código de Comercio que concibe dicha figura como “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Cabe igualmente señalar que la identificación del contrato fuente de las obligaciones en litigio que debe estar contenida en el pacto arbitral¹.

Así las cosas, esta llamada la prosperar la excepción previa FALTA DE JURIDICION POR EXISTENCIA DE COMPROMISO O CLAUSULA COMPROMISORIA, atendiendo a que la jurisdicción Contenciosa Administrativa en cabeza del Juez Primero Administrativo de Quibdó, carece de jurisdicción y no es competente para impartir tramite al llamamiento en garantía realizado por la empresa DISPAC S.A E.S.P a la empresa PROYECTO DE INGENIERIA S.A y pronunciarse respecto de el en una eventual sentencia.

PRUEBAS

Solicito se tengan como tales la actuación del proceso principal

DOCUMENTAL:

- Archivo denominado contrato de gestión DG-007-2015: Copia contrato de gestión DG-007-2015 para la administración del establecimiento de comercio de Dispac S.A y la ejecución de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado de comercialización de Dispac S.A

ANEXOS

Anexo los siguientes:

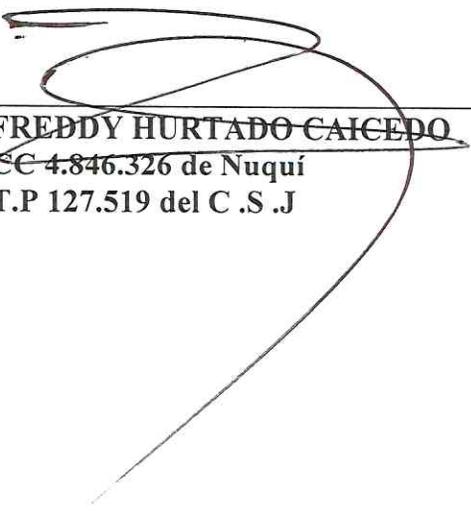
- La relacionada en el acápite de pruebas.
-

NOTIFICACIONES

A la empresa PROYECTOS DE INGENIERIA S.A – PROING S.A en la carrera 38 N° 15-229 Acopi, Yumbo – Colombia. Teléfonos (57 2) 6544436, Correos electrónicos proingsa@proing.com.co

Al suscrito: Calle 5 # 32-33 B/ Miraflores, teléfono: 3143330599, Correo electrónico: donfredyhurtado@hotmail.com

Atentamente,



FREDDY HURTADO CAICEDO
CC 4.846.326 de Nuquí
T.P 127.519 del C .S .J