



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Controversias contractuales – Ley 1437 de 2011
Radicación: 19001-23-33-000-2019-00173-01 (68694)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandados: INGETEC S.A.S. y JMalucelli Travelers Seguros S.A.

Tema: Se revoca la decisión que rechazó el llamamiento en garantía porque tal decisión no se fundamenta en el incumplimiento de alguno de los requisitos enumerados en el artículo 225 del CPACA.

AUTO

Resuelve la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por JMalucelli Travelers Seguros S.A. contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 25 de abril de 2022², por medio del cual se rechazó el llamamiento en garantía formulado por la recurrente.

I. ANTECEDENTES

1.- El Fondo Adaptación interpuso demanda de controversias contractuales contra la sociedad Ingenieros Consultores Civiles y Eléctricos S.A.S. (en adelante, <<INGETEC S.A.S.>>) y, <<como garante>>³, contra la sociedad JMalucelli Travelers Seguros S.A. En la demanda solicitó, entre otras: i) que se declarara el incumplimiento del contrato de interventoría 028 de 2014⁴ por parte de INGETEC S.A.S.; ii) que se efectuara la liquidación judicial del contrato; iii) que, como consecuencia de la liquidación, se condenara a INGETEC S.A.S. al pago de siete mil ochocientos treinta y tres millones novecientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y un pesos (\$7.833.941.241); iv) que, como

¹ Esta decisión es proferida por la Subsección de conformidad con lo establecido en el literal g del numeral 2 del artículo 125 del CPACA, en concordancia con el numeral 1º del artículo 243 del mismo código.

² Índice 02 de Samai, cuaderno llamamiento en garantía, folios 57-59.

³ La compañía de seguros JMalucelli Travelers expidió garantía de cumplimiento a favor de INGETEC S.A.S. Así, la pretensión respecto de esta garantía es “[q]ue, como consecuencia de [la condena a INGETEC S.A.S.], se afecten los amparos de la póliza No. 11367 expedida por JMalucelli Travelers, toda vez que el contratista incumplió el contrato”. Índice 02 de Samai, demanda, folio 2.

⁴ Suscrito entre el Fondo Adaptación e INGETEC S.A.S. con el siguiente objeto: <<El interventor se compromete con el Fondo a ejercer la interventoría integral de la construcción de 121 proyectos educativos en los departamentos de Cundinamarca, Cauca, Huila, Nariño, Santander, Norte de Santander y Valle del Cauca, de conformidad con el estudio previo junto con la propuesta del interventor que forma parte integral del contrato>>.



consecuencia de lo anterior, se hicieran efectivos los amparos de la póliza 11367 expedida por JMalucelli Travelers Seguros S.A.

2.- Al contestar la demanda, la sociedad JMalucelli Travelers Seguros S.A. formuló llamamiento en garantía contra INGETEC S.A.S. con fundamento en la póliza de seguro de cumplimiento estatal 11367⁵, <<para que en el evento que JMalucelli Travelers Seguros S.A. resulte condenada al pago de alguna condena (sic) por los hechos consignados en la demanda de la referencia la sociedad llamada en garantía responda directamente por la condena, o en subsidio se le imponga la obligación de reembolsarle a mi representada la cantidad que ella deba pagar (...)>>. Agregó que la aseguradora no tiene el deber contractual de pagar ningún tipo de condena porque la afectación de la póliza de seguro de cumplimiento 11367 no es procedente, pues es INGETEC S.A.S., en calidad de tomador y afianzado, quien debe responderle al Fondo Adaptación en el evento en que haya incumplido el contrato de interventoría.

A. La providencia apelada

3.- El 25 de abril de 2022⁶ el Tribunal Administrativo del Cauca rechazó de plano el llamamiento en garantía formulado por JMalucelli Travelers Seguros S.A. contra INGETEC S.A.S.⁷ Sostuvo que <<(…) desde el libelo demandatorio así como el contenido del auto admisorio (…) resulta diáfano afirmar que el Fondo de Adaptación (sic) persigue exclusivamente en contra de INGETEC S.A.S. todos los reclamos pecuniarios que se circunscriban al posible incumplimiento del Contrato 028 de 2014, es decir, no atribuye en ningún momento que la compañía aseguradora sea quien deba responsabilizarse del presunto incumplimiento>>.

4.- Agrega que, de acuerdo con la póliza, es INGETEC S.A.S. quien puede exigirle a JMalucelli Travelers Seguros S.A. la reparación del perjuicio que llegare a sufrir y no al revés, como erradamente lo pretende la aseguradora llamante.

B. La apelación

5.- El 4 de mayo de 2022 JMalucelli Travelers Seguros S.A. presentó recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra la decisión que rechazó el llamamiento en garantía. Afirmó que el tribunal desconoció el artículo 1096 del Código de Comercio referente a la posibilidad de subrogación del asegurador cuando es obligado a pagar una condena en virtud de una póliza. Agregó que la doctrina ha reconocido la posibilidad de que la aseguradora llame en garantía al tercero responsable del siniestro, aun cuando no se ha pagado la indemnización, para que en la sentencia se imponga la obligación de reembolso al responsable.

⁵ Índice 2 de Samai, cuaderno llamamiento en garantía, folios 1-2.

⁶ Notificado por estado del 29 de abril siguiente.

⁷ Índice 02 de Samai, cuaderno llamamiento en garantía, folios 41-44.



6.- Mediante providencia del 17 de junio de 2022 el tribunal no repuso el auto del 25 de abril de 2022 y concedió el recurso de apelación⁸.

II. CONSIDERACIONES

7.- La Sala revocará el auto proferido el 25 de abril de 2022 por el Tribunal Administrativo del Cauca porque dicha decisión no está sustentada en el incumplimiento de alguno de los requisitos enumerados en el artículo 225 del CPACA; el rechazo del llamamiento se fundamenta en un análisis sustancial sobre el derecho del llamante frente al llamado, y dicho estudio debe hacerse en la sentencia.

8.- Se precisa que la decisión sobre la admisión del llamamiento en garantía no debe referirse a las razones por las cuales el demandado (que también tiene la condición de llamante) se opone a las pretensiones de la demanda, como equivocadamente lo analizó el tribunal. El estudio debe referirse exclusivamente al <<llamamiento>> que es la petición dirigida a que, de ser condenado el demandado (y llamante), en la misma sentencia se resuelva sobre el derecho que este tiene al reembolso.

9.- Para resolver sobre la *admisión* el juzgador solo debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 225 del CPACA, y no puede pronunciarse sobre el *derecho* del llamante porque esa es una decisión que debe adoptarse en la sentencia.

10.- La exigencia de requisitos para *admitir la demanda* ha sido cuestionada por la doctrina y se ha propuesto eliminarla, porque ella comporta la posibilidad de que desde el inicio del proceso se puedan proferir decisiones sobre el fondo de la pretensión del demandante, afectando su derecho de acceso a la administración de justicia. Esa preocupación fue precisamente lo que determinó que se eliminara la exigencia del Código de Procedimiento Civil de acuerdo con la cual el llamante debía presentar con el escrito de llamamiento <<prueba sumaria del derecho a formularlo>>; esa exigencia se eliminó precisamente con el objeto de precisar que al momento de la admisión no pueden analizarse asuntos que tienen que ver con la fundabilidad del derecho, porque ellos deben ser resueltos en la sentencia.

11.- En tal sentido la doctrina considera:

<<Para llamar en garantía no se exige acreditar prueba de la relación o vínculo de carácter legal o sustancial en que se fundamenta el llamamiento; basta afirmar que se cuenta con el derecho de exigir al llamado el reembolso de la condena o el pago del perjuicio que se llegare a sufrir. Desde luego, si se tiene la prueba le corresponderá al llamante aportarla, pero si no la tiene consigo, no es requisito de

⁸ Índice 02 de Samai, cuaderno llamamiento en garantía, folios 57-60.



admisibilidad del llamamiento acompañarla, puesto que bastará con afirmar que se tiene el aludido derecho, el cual, en todo caso, deberá probarse en el curso del proceso. En este sentido, vale la pena recordar que en vigencia del anterior estatuto era obligatorio acompañar como anexo del llamamiento en garantía "prueba siquiera sumaria" del derecho invocado como fundamento del llamamiento (art. 54 CPC). Esta exigencia generó no pocas dificultades para quienes deseaban llamar en garantía pero no tenían en su poder la aludida prueba al menos sumaria, pues no faltaron los jueces que denegaron llamamientos en garantía al no aportarse la prueba, pese a que el vínculo sustancial o legal sustento del llamamiento perfectamente podía ser objeto de prueba a lo largo del proceso. Precisamente para evitar este tipo de problemas, el nuevo Código dispone que para llamar en garantía es suficiente con afirmar la existencia del derecho, el cual, en todo caso, debe ser probado si se quiere que la pretensión formulada en contra del llamado en garantía alcance éxito⁹.

En relación con los requisitos del llamamiento, Hernán Fabio López Blanco estima:

<<La forma determinada por la ley para llamar en garantía es por medio de otra demanda que debe reunir todos los requisitos previstos en los artículos 82 y 83 del CGP, que queda sometida a todas las vicisitudes predicables de dicho escrito (...). Es por esta razón que, salvo que se trate de pruebas que tenga en su poder, para realizar el llamamiento, no es menester allegar en ese momento prueba de la relación en que se basa, la que obviamente dentro del plenario se deberá aportar o practicar, de ahí que el art. 64 tan solo exige que en la demanda se "afirme tener derecho legal o contractual". (...) El pronunciamiento del juez acerca de las eventuales obligaciones del llamado frente al llamante, están supeditadas a que en la sentencia y como conclusión y análisis de la situación jurídica entre las partes demandante y demandada surja obligación o perjuicio, cuyo resarcimiento corresponda al llamado>>¹⁰

12.- En el caso concreto, la sociedad llamante afirmó que el llamamiento objeto de análisis se basa en la relación contractual derivada de la póliza de cumplimiento 11367 y de los anexos correspondientes, en la que figura como tomadora INGETEC S.A.S., y afirmó que pretende que esta <<(...) responda directamente por la condena, o en subsidio se le imponga la obligación de reembolsarle (...) la cantidad que ella deba pagar (...)>>. La decisión sobre tales pretensiones debe adoptarse en el fallo.

13.- En el auto recurrido, el tribunal afirma que, de conformidad con la póliza, el contratista demandado es quien puede llamar en garantía a la compañía de seguros y no al revés: y esta es una determinación que debe adoptarse en la sentencia. En el evento de que en dicha providencia se condene a la compañía de seguros, el tribunal, con base en la póliza y en las disposiciones legales, resolverá si la citada compañía tiene el derecho a que se ordene el reembolso que está pidiendo. Esa decisión no puede tomarse al momento de resolver sobre la *admisión* del llamamiento, porque -se itera- es una decisión de fondo que se pronuncia sobre el *derecho* del llamante y solo puede adoptarse en la sentencia.

⁹ Henry Sanabria Santos, Derecho Procesal Civil General (Bogotá: Universidad Externado, 2021).

¹⁰ Hernán Fabio López Blanco, Código General del Proceso, Parte General (Bogotá: DUPRE Editores, 2019) p. 376 y 380



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el auto proferido el 25 de abril de 2022 por el Tribunal Administrativo del Cauca que rechazó de plano el llamamiento en garantía. En su lugar, **ADMÍTESE** el llamamiento en garantía formulado por JMalucelli Travelers Seguros S.A. contra INGETEC S.A.S. el 29 de enero de 2020.

SEGUNDO: CÓRRASE TRASLADO del escrito contentivo del llamamiento en garantía a la sociedad INGETEC S.A.S. por el término de quince (15) días, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 225 del CPACA.

TERCERO: La presente providencia será notificada mediante estado electrónico. Se advierte a los sujetos procesales que deberán indicar cualquier modificación en los canales de comunicación a la dirección ces3seccr@consejodeestado.gov.co

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado