



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Pasto, veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve  
(2019)

### **Reparación Directa**

2017 - 00324 (7270)

**Gladys Marlene Yacelga Guancha Vs.**

**Agencia Nacional de Infraestructura -**  
**Concesionaria Unión Vial del Sur y otros**

**Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de**  
**Pasto**

### **APELACIÓN AUTO**

Decide la Sala, el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**, contra la providencia que, el 23 de octubre de 2018, profirió el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto**, a través de la cual se rechazaron por extemporáneos los llamamientos en garantía que formulara la mencionada **Concesionaria**, en relación con la **Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia**, la **Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. Y Seguros Confianza S.A.**, y se aceptó el llamamiento que, en su contra, efectuó la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**.

### **ANTECEDENTES**

La señora **Gladys Marlene Yacelga Guancha** quien, en su condición de abogada, actúa a nombre propio, en ejercicio del medio de control de reparación directa presentó demanda en contra del **Ministerio de Transporte**, del **Instituto Nacional de Vías**, de la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, de la **Concesionaria Vial Unión del Sur** y de la **Aseguradora de Fianzas S.A.** en procura de que se las declare responsables administrativa, solidaria y patrimonialmente por los perjuicios que a ella se le ocasionaron, el 6 de junio de 2016, cuando por esparcimiento de aceite en la carretera que del **Municipio de Iles** conduce al **Municipio de Pasto**, ocurrió un accidente, por el cual se produjeron daños en el vehículo de placas AYW-304, de su propiedad.

Por reparto correspondió el conocimiento del asunto al **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto**, el cual, mediante auto del 14 de febrero de 2018 admitió la demanda, y ordenó correr traslado a la parte contraria, para que conteste la demanda.

El 15 de febrero de 2018, la Secretaría del Juzgado Séptimo del Circuito de Pasto informó, que la dirección de correo electrónico de la **Concesionaria Vial Unión del Sur** que se menciona en el certificado de la Cámara de Comercio no existe, en consecuencia no se realizó la notificación personal del auto admisorio mediante mensaje de datos.

El 14 de marzo de 2018, el juzgado de conocimiento ordenó notificar personalmente a la **Concesionaria Vial Unión del Sur**, del auto admisorio de la demanda, esta notificación se surtió el 22 de marzo de 2018.

El 6 de junio de 2018, la **Concesionaria Vial Unión del Sur** contestó la demanda, y llamó en garantía a la *Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia* y a la *Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. - Seguros Confianza S.A..*

Mediante auto de 23 de octubre de 2018, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto rechazó por extemporáneos los llamamientos en garantía que realizó la **Concesionaria Vial Unión del Sur** y, aceptó el llamamiento que en su contra realizó la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**.

Para emitir su decisión, manifestó que conforme lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el término de traslado de la demanda, la parte demandada puede, entre otras, llamar en garantía.

El traslado de la demanda se surtió entre el 22 de marzo y el 15 de mayo de 2018, la **Concesionaria Vial Unión del Sur** contestó la demanda y llamó en garantía a la *Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia* y a la *Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. - Seguros Confianza S.A.* el 6 de junio de 2018, esto es por fuera del término legal, por esta razón consideró que son extemporáneos, los llamamientos que se efectuaron.

Encontró que se acreditaron los presupuestos formales para aceptar el llamamiento en garantía que realizó la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** respecto de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

#### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el señor apoderado de la **Concesionaria Vial Unión del Sur** interpuso recurso de



564/1

apelación, el cual sustentó con argumentos como los siguientes:

Adujo que la demanda se notificó personalmente a la **Concesionaria Vial Unión del Sur** el 22 de marzo de 2018, y en consecuencia, a partir de ese momento la demandada contaba con cincuenta y cinco (55) días para contestar la demanda y llamar en garantía, cincuenta y cinco (55) días que corresponden a veinticinco (25) de traslado de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, y treinta (30) que prescribe el artículo 172 del mismo compendio normativo, término que se extendió hasta el 20 de junio de la misma anualidad.

En consecuencia, la contestación de la demanda y los llamamientos en garantía que se efectuaron el 6 de junio son oportunos, y esta circunstancia se debe reconocer.

Por otra parte, manifiesta su inconformidad con la decisión de aceptar el llamamiento en garantía que en contra de su representada realizó la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, por dos razones:

La **Concesionaria Vial Unión del Sur** interviene en el presente asunto como demandada, lo cual impide que pueda actuar, además de parte, como tercero interviniente.

Además, afirma que en el evento en que exista alguna discusión de orden legal entre la **Concesionaria Vial Unión del Sur** y la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** ésta no se podría resolver por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la cláusula compromisoria que se pactó entre las partes, en el Contrato de Concesión que sirve como base para el llamamiento.

Corolario de lo anterior, solicitó el recurrente se revoque el auto apelado y, en su lugar, se acepte el llamamiento que la **Concesionaria Vial Unión del Sur** realizó respecto de la **Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia**, la **Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. - Seguros Confianza**, y niegue el llamamiento que en contra de la **Concesionaria Vial Unión del Sur** realizó la **Agencia Nacional de Infraestructura**.

#### TRASLADO A LA PARTE DEMANDANTE

Conforme el contenido del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, del recurso de apelación que interpuso la **Concesionaria Vial Unión del Sur** se corrió traslado a las partes, las cuales no realizaron ningún pronunciamiento.

Mediante auto de 27 de noviembre de 2018, el *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto* concedió, en el efecto suspensivo, el recurso, de conformidad con el contenido del artículo 226 de la Ley 1437 de 2011.

#### CONSIDERACIONES

##### A. Competencia

Toda vez que la primera instancia procesal está a cargo de uno de los juzgados administrativos de esta jurisdicción territorial, en aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde al *H. Tribunal Administrativo de Nariño* decidir sobre la apelación que interpusiera el apoderado de la **Concesionaria Vial Unión del Sur** contra el auto que el 23 de octubre de 2018 profirió el *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto*, mediante el cual se rechazaron unos llamamientos en garantía, y se aceptó otro.

##### B. Problema Jurídico

Se debate en esta instancia, si existe la viabilidad jurídico-fáctica de admitir los llamamientos en garantía de la *Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia*, la *Compañía Aseguradora de Finanzas S.A.* y *Seguros Confianza S.A.*, formulado por la **Concesionaria Vial Unión del Sur** y, aquel que la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI** propusiera, respecto de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

La **Concesionaria Vial Unión del Sur** apeló el auto de 23 de octubre de 2018, mediante el cual el *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto* rechazó por extemporáneo el llamamiento en garantía que ésta formulara en relación con la *Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia*, la *Compañía Aseguradora de Finanzas S.A.* - *Seguros Confianza S.A.* y, admitió el llamamiento en garantía que en su contra efectuó la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**.

Alega el recurrente, que los llamamientos en garantía se formularon oportunamente, dentro del término previsto en el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por tal razón se deben admitir por el Juzgado de conocimiento y, por otra parte, señala que no es posible admitir el



65 /

llamamiento en garantía que la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** realizó en contra de su representada, toda vez que entre ellas se pactó una cláusula compromisoria, que impide que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conozca de cualquier conflicto que se suscite entre ellas.

Sobre el objeto del recurso, en los artículos 172 y 199 de la Ley 1437, se dispone:

**"ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA.** De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, **llamar en garantía**, y en su caso, presentar demanda de reconvención.

(...).

**ARTÍCULO 199. NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL AUTO ADMISORIO Y DEL MANDAMIENTO DE PAGO A ENTIDADES PÚBLICAS, AL MINISTERIO PÚBLICO, A PERSONAS PRIVADAS QUE EJERZAN FUNCIONES PÚBLICAS Y A PARTICULARES QUE DEBAN ESTAR INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.** El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda.

Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, **sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación.** Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso. (...).".

En el presente asunto se advierte, que la **Concesionaria Vial Unión del Sur** se notificó personalmente de la demanda el 22 de marzo de 2018, es decir que, de conformidad con lo dispuesto en la norma parcialmente transcrita, a partir de ahí se comienzan a contar los veinticinco (25) días a que se refiere el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, y una vez expire ese término, se deben contar los treinta (30) días para contestar la demanda y, como en este asunto, llamar en garantía a un tercero.

En consecuencia, el término de treinta (30) días de traslado de la demanda a la **Concesionaria Vial Unión del Sur** se debe contabilizar a partir del 4 de mayo de 2018, es decir, hasta cuando corrió el término de veinticinco (25) días, lo cual significa que la demandada tenía hasta el 20 de junio de 2018 para contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención.

La contestación de la demanda y los llamamientos en garantía en relación con la **Compañía de Seguros Chubb Seguros de Colombia, la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. - Seguros Confianza S.A.** se presentaron el 6 de junio de 2018, esto es, dentro del término legal, razón por la cual se revocará el ordinal primero del auto de 23 de octubre de 2018.

Ahora bien, en el recurso de apelación también se cuestiona que se admitiera el llamamiento en garantía que la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** realizó respecto de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**, por dos razones, la primera de ellas, porque no es posible llamar en garantía a quien ya ostenta la calidad de parte dentro del proceso, y porque entre el llamante y el llamado se pactó, previamente, una cláusula compromisoria que impide que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conozca de los conflictos que se susciten entre quienes la acordaron.



561

Respecto del primer reparo, la Subsección "B" de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en providencia de 10 de mayo de 2018, con ponencia de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo (E), decidió:

"Por otro lado, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se ha inclinado por aceptar la procedencia del llamamiento en garantía frente a quien también ostenta la calidad de demandado en el proceso. Así se indicó en la sentencia con radicado interno No. 31015<sup>1</sup>:

"Para despejar ese interrogante, la Sala retoma los argumentos expuestos en un asunto similar al de la referencia, en el que señaló que sí es posible que en un mismo proceso una parte tenga en forma simultánea la condición de demandado y llamado en garantía. En efecto, en dicha providencia se indicó que, independiente de que una entidad ya tenga dentro del proceso la calidad de demandada, nada impide que en el mismo asuma también la condición de llamada en garantía, habida cuenta que las situaciones de demandado y llamado, por derivar de distintas fuentes, deben someterse también a diferentes enfoques de juzgamiento."

Así entonces, nada obsta para que el llamamiento proceda respecto del sujeto que, a su vez, aparece como parte pasiva de la demanda, siempre y cuando se acrediten los requisitos del llamamiento en garantía, **podrá tener la doble condición de demandado y llamado**, de esta manera garantiza que en un solo litigio se resuelvan las dos controversias, evitando desgaste y congestión judicial. Adicionalmente, **no existen normas procesales que impidan la coexistencia de la calidad de demandado y de llamado en garantía**, ya que, si bien en ambos casos se busca la vinculación de una persona al proceso, el primer mecanismo tiene por finalidad la declaratoria de responsabilidad del demandado como directo responsable, mientras en el segundo el llamante en garantía busca incorporar al proceso a un tercero en virtud de una relación legal o contractual que los liga. En cada situación, el alcance de los poderes del juez es distinto." (Negrilla de la Sala)

Por consiguiente, no existe prohibición legal para que la **Concesionaria Vial Unión del Sur** acuda al presente asunto en calidad de demandada y de llamada en garantía.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad. 880012331000199800003 - 01 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Por otra parte, el 21 de mayo de 2018, la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** llamó en garantía a la **Concesionaria Vial Unión del Sur**, con fundamento en las cláusulas 12.1 y 12.7 del Capítulo "XII- GARANTÍAS Y MECANISMOS DE COBERTURA DE RIESGOS" del contrato de Concesión No. 015 de 11 de septiembre de 2015 que se celebró entre las partes.

Sin embargo, en el contrato de concesión al cual se hizo referencia, las partes suscribieron un pacto arbitral, en virtud del cual renunciaban a someter ante los jueces de la República las controversias que se derivaran del mencionado contrato.

En efecto, en el acápite 15.2 del capítulo "XV- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS" se puede leer:

"15.2 Arbitraje Nacional.

- a) Las controversias que surjan entre las Partes con ocasión del presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Composedores, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen: (...)"

Sobre este particular, la Subsección "A" de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, a través de providencia que el 6 de agosto de 2015 se emitió, con ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón, dentro del expediente No. 85001-23-31-000-2011-00117-01(45126), estableció:

"Acerca de la naturaleza y características del pacto arbitral, se tiene que el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 lo define como el acuerdo por medio del cual las partes deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción; asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 118 del mismo Decreto<sup>2</sup>, la cláusula

<sup>2</sup> "CLAUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

"Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la



67/

compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto, que, de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de árbitros habilitados por las partes.

Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral, su alcance y su finalidad. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

"1. El pacto arbitral

Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

(...).

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que ésta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente"<sup>3</sup>.

Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala Plena de la Sección Tercera precisó:

"Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las

---

solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

"Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente".

<sup>3</sup> Sentencia del 8 de junio de 2006. Exp: 32.398, Ruth Stella Correa Palacio.

competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación.

En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como pacto arbitral el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto género puede materializarse a través de una cláusula compromisoria o un compromiso (...) "<sup>4</sup>.

(...).

Revisado el acervo probatorio, es dable concluir que la cláusula compromisoria no fue modificada por las partes y que el alcance que el Consorcio Rubiales Monterrey C.R.M. y la Sociedad Oleoducto de los Llanos Orientales S.A. le dieron a ésta, se extiende a toda controversia que guardara relación con el contrato No. 3223, por lo cual se entiende incluida la obligación contenida en la cláusula 10.1 del acta de liquidación y terminación del contrato, la cual -se reitera- señaló que el Consorcio debía responder por los daños y perjuicios ocasionados a los propietarios o poseedores de los predios que no firmaron el paz y salvo.

En cuanto al llamamiento en garantía, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que su objeto consiste en "que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a reembolsar, y al igual que el denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento"<sup>5</sup>.

Como ya se dijo, la Sociedad Oleoducto de los Llanos Orientales llamó en garantía al Consorcio Rubiales

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 33. 670. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente No. Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01406-01(18108), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



68/

Monterrey C.R.M., en razón a que las pretensiones presentadas por el señor Buitrago Ballesteros se encontraban encaminadas a buscar la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionaron con la ejecución del contrato celebrado entre las mencionadas entidades y debido a que el demandante suscribió el paz y salvo con salvedades<sup>6</sup>, situación que coincide con la obligación adquirida en la cláusula 10.1 del acta de liquidación y terminación del contrato 3223 de 2008 por parte del Consorcio llamado en garantía<sup>7</sup>.

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." (Negrillas y subrayas del texto original).

Y, en sentencia que sobre el particular tema que se decide emitió la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado el 8 de marzo de 2018, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, dentro del expediente radicado con el número 11001-03-15-000-2017-02707-00(AC), se estableció:

"En efecto, en el expediente se demuestra que la parte accionante llamó en garantía a la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena- Clínica Nueva,<sup>8</sup>

<sup>6</sup> A folio 77 del cuaderno del llamamiento en garantía se encuentra el "PAZ Y SALVO FINAL EN DESARROLLO DE LOS TRABAJOS DE CONSTRUCCION DEL OLEODUCTO DE LOS LLANOS ORIENTALES POR EL CONSORCIO RUBIALES MONTERREY", dentro del cual el señor Buitrago Ballesteros advirtió que únicamente firmaba por los daños causados por el sobreancho en la servidumbre.

<sup>7</sup> "El CONTRATISTA y sus socios SPIECAPAG de Colombia e ISMOCOL de Colombia, sin perjuicio del acuerdo de transacción sobre las sumas de dinero y sin invalidar las obligaciones pactadas en el Contrato No. 3223, se obligan específicamente a: 10.1. Responder por los daños y perjuicios causados a los propietarios o poseedores de predios que NO firmaron paz y salvo, y frente a terceros que puedan haber resultado afectados, hasta por el término de prescripción legal que corresponda". (Negrillas por el Despacho).

<sup>8</sup> Folios 22 a 24

solicitud que fue aceptada por el Juzgado 32 Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Tercera mediante auto del 24 de mayo de 2017.<sup>9</sup> Posteriormente, dicha providencia fue impugnada por la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena - Clínica Nueva, bajo el argumento que existe cláusula compromisoria.<sup>10</sup>

Asimismo, el recurso fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A, a través del auto proferido el 21 de septiembre de 2017, donde revocó la decisión de primera instancia contenida en el ordinal 5.º al considerar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer y resolver las diferencias o conflictos derivados del contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre el llamante y llamado en garantía, pues acordaron que el conocimiento debe ser solucionado por un árbitro.

En lo referente con la competencia de la justicia arbitral, debe precisarse que quien la otorga son las mismas partes contratantes, cuando por su voluntad y de mutuo acuerdo se obligan a someter a arbitraje las controversias que surtan entre ellas en virtud de un contrato.<sup>11</sup>

Ahora bien, puede suceder que se presenten, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo,<sup>12</sup> pretensiones fundamentadas en controversias que involucra

<sup>9</sup> Folios 41 a 46

<sup>10</sup> Como se desprende de los autos de 2 de agosto de 2017 y 21 de septiembre de 2017 (folios 47 a 56)

<sup>11</sup> Conforme a los artículos 3.º y 4.º de la Ley 1563 de 2012, que expresan:  
«[...] Artículo 3.º. Pacto arbitral. El pacto arbitral es 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.  
En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.  
Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.  
Artículo 4.º. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.  
La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere. [...]»  
Se aclara que conforme al artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, la misma entró en vigencia 3 meses después de su promulgación (12 de octubre de 2012) y reguló que sólo se aplicaría a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Por lo tanto, si las partes del contrato (Compensar o la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena- Clínica Nueva) llegaren a presentar el proceso arbitral (conforme al artículo 12 ibidem) esta normativa es la que rige para el mismo.

<sup>12</sup> Se aclara que también puede ser ante la jurisdicción ordinaria, sin embargo, para el asunto objeto del presente asunto, sólo estudiará frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



569 /

un contrato donde se pactó cláusula compromisoria, caso en el cual el juez deberá declarar probada la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria<sup>13</sup> y en consecuencia, la terminación del proceso,<sup>14</sup> o en su defecto, en caso de haber continuado con el proceso, declarar la nulidad del mismo.<sup>15</sup>

Frente a este asunto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado,<sup>16</sup> en sentencia de unificación, consideró que cuando las partes celebran un pacto compromisorio queda habilitada la competencia de los árbitros para conocer los litigios que surjan entre ellas y por consiguiente, queda derogada la de los jueces institucionales, por ende, estos deben rechazar la demanda con fundamento en que carece de jurisdicción y competencia, sin esperar que el extremo pasivo proponga la excepción respectiva, so pena de que sus actuaciones se afecten de nulidad. Igualmente, argumentó que esta posición se estructura en el hecho que fueron las mismas partes las que decidieron sustraer el conocimiento de esta jurisdicción, para someterlo a la justicia arbitral, por lo que ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar de manera unilateral de acudir a una u otra jurisdicción.

<sup>13</sup> Artículo 100 del Código General del Proceso: «[...] Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

[...]

2. Compromiso o cláusula compromisoria. [...]»

Artículo 101 ibidem: «[...] Oportunidad y trámite de las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan.

[...]

Si prospera la de compromiso o cláusula compromisoria, se decretará la terminación del proceso y se devolverá al demandante la demanda con sus anexos. [...]»

<sup>14</sup> Artículo 90. Admisión, inadmisión y rechazo de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.

Parágrafo primero. La existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva.

<sup>15</sup> Artículo 133 del CGP: «[...] Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia. [...]»

Artículo 138 ibidem: «[...] Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse. [...]»

<sup>16</sup> Sentencia del 18 de abril de 2013, proferida dentro del proceso radicado 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), demandante: Julio Cesar García Jiménez, demandado: departamento de Casanare.

Por otro lado, si la pretensión fundamentada en controversias que involucra un contrato donde se pactó cláusula compromisoria se presenta ante la justicia arbitral; el Tribunal de Arbitramento debe evaluar su competencia conforme lo establece el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012.<sup>17</sup> Asimismo, en caso de conocer un proceso que al mismo tiempo se encuentra en trámite en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe acudir al procedimiento consagrado en el artículo 29 ibidem.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> «[...] Artículo 79. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.

El acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje.

Las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, deberá oponerse tan pronto como sea planteada, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones de incompetencia o de que el tribunal arbitral ha excedido su competencia, como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

Si el tribunal arbitral desestima cualquiera de las citadas excepciones como cuestión previa, la decisión correspondiente solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra el laudo que ponga fin al arbitraje, en los términos del artículo 109.

Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato, cualquiera de las partes, dentro del mes siguiente al recibo de la notificación de dicha decisión, podrá impugnarla mediante recurso de anulación en los términos del artículo 109 y contra esta resolución no cabrá ningún recurso o acción.

Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato como cuestión previa, pero solo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión que admitió la incompetencia o el exceso en el encargo solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia [...]

<sup>18</sup> «[...] Artículo 29. Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contencioso administrativa. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez. [...]



570

Ascendiendo al caso sub examine, se observa que la controversia se origina en virtud del llamamiento en garantía que hizo Compensar a la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena - Clínica Nueva dentro del proceso de reparación directa adelantado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo tanto, la decisión de aceptar o negar el llamamiento en garantía es de competencia de esta jurisdicción, como se desprende de los artículos 226 y 243 (ordinal 7.º) del CPACA y 66 del CGP.

Ahora bien, la solicitud fue denegada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el argumento que carecía de jurisdicción y competencia para resolver de fondo lo relacionado con el llamado en garantía,<sup>19</sup> al advertir la existencia de una cláusula compromisoria que lo llevó a considerar que las diferencias o conflictos debían ser resueltos por la justicia arbitral.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte accionante en lo referente al defecto orgánico, debido a que la falta de competencia a que alude el Tribunal accionado es de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no de la arbitral, aunado a que en la decisión cuestionada no se ordena el conocimiento a la justicia arbitral, ni mucho menos fija los alcances de la cláusula compromisoria, como lo afirma la entidad accionante, sino que se limitó a resolver la admisibilidad o no del llamamiento en garantía invocado.”.

Es indudable, que como la cláusula compromisoria no se suscribió con el tercero que demanda, la **Concesionaria Vial Unión del Sur** si podía ser vinculada como demandada, pero no la podía llamar en garantía aquella entidad con la que pactó el compromiso.

Así las cosas, conforme el contenido de los apartes jurisprudenciales citados, teniendo en cuenta que entre el llamante y el llamado en garantía se acordó un pacto arbitral, es imperativo para la Sala revocar el ordinal segundo del auto de 23 de octubre de 2018, para en su lugar declarar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para conocer del llamamiento en garantía que la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** solicitó respecto de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Administrativo de Nariño**, Sala Unitaria de Decisión,

<sup>19</sup> Como puede deducirse del inciso 2.º y el párrafo del artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012.

**RESUELVE**

**PRIMERO.** - Revocar el ordinal primero del auto que el 23 de octubre de 2018 profirió el *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto*, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora **Gladys Marlene Yacelga Guancha** y otros, en contra de la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI la Concesionaria Vial Unión del Sur** y otros, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.** - Revocar el ordinal segundo del auto que el 23 de octubre de 2018 profirió el *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto*, únicamente en lo relativo a la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

**TERCERO.** - **DECLARAR** que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para admitir el llamamiento en garantía que la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI** efectuó, respecto de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

**CUARTO.** - Ordenar al *Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto* que decida lo que en derecho corresponda respecto de los llamamientos en garantía que formuló la **Concesionaria Vial Unión del Sur**.

**QUINTO.** - Reconocer personería adjetiva para actuar, como apoderado de la **Concesionaria Vial Unión del Sur**, al abogado **Andrés Fernando Ortega Ordoñez**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.085'277.335, y tarjeta profesional número 218.687 del Consejo Superior de la Judicatura.

**SEXTO.** - **Vuelva** el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo, de lo cual Secretaría dejará las constancias y realizará las anotaciones a las que hubiera lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN**  
Magistrada

Reparación Directa 2017 - 00324 (7270)  
Gladys Marlene Yacelga Guancha Vs.  
Agencia Nacional de Infraestructura - Concesionaria Vial del Sur y otros  
Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pasto