

Medio de Control: Reparación directa
Radicación: 52001-23-33-000-2020-01094-00¹.
Demandantes: Cecilia Mesa Torres y Otros
Demandados: Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Otros
Referencia: Resuelve excepción – Niega intervención de tercero.
Temas: Llamamiento en garantía
Pacto arbitral – clausula compromisoria
Niega intervención de tercero

Auto Interlocutorio N° D003-17-2024

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY

Pasto, veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024) 2

1. Asunto.

Procede la Sala a pronunciarse sobre la intervención de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. dentro del asunto (en adelante la Concesionaria), como llamada en garantía de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI), atendiendo la cláusula compromisoria pactada en el contrato APP 015 de 2015 y la excepción previa propuesta por la citada concesionaria.

2. ANTECEDENTES.

¹ El Gobierno Nacional en virtud de los Decretos 417 de 17 de marzo de 2020 y 637 del 6 de mayo de 2020, declaró Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en el marco de los cuales se expidieron varios decretos legislativos, con el fin de conjurar los efectos de la emergencia e impedir la extensión de sus efectos. Lo anterior, tuvo como consecuencia la suspensión de términos según lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en los siguientes acuerdos, así:

- Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020: Suspendió términos desde el 16 hasta el 20 de marzo de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020: Suspendió términos desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11526 de 22 de marzo de 2020: Suspendió términos desde el 4 hasta el 12 de abril de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11532 de 11 de abril de 2020: Suspendió términos desde el 13 hasta el 26 de abril de 2020.
- Acuerdo PCSJA2011546 de 25 de abril de 2020: Suspendió términos desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020: Suspendió términos desde el 11 hasta el 24 de mayo de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020: Suspendió términos desde el 25 de mayo hasta el 8 de junio de 2020.
- Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020: Suspendió términos desde el 9 hasta el 30 de junio de 2020.

Mediante Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, también se dispuso levantar la suspensión de términos a partir del 1 de julio de 2020. En vista de las anteriores circunstancias, el Consejo Superior de la Judicatura, dispuso de un plan de digitalización, aquel se inició el 21 de enero de 2021 con tan solo 15 procesos, lo que obligó al Despacho a escanear los expedientes, pese a no poseer los equipos ni el personal necesario. Así una vez se cuenta con el proceso escaneado por parte del despacho, se procede a decidir lo pertinente.

² La ortografía y redacción son responsabilidad exclusiva de la Magistrada Ponente.

2.1. La demanda (Carpeta 15/PDF Reforma de demanda).

A través del medio de control de reparación directa, los señores Rafael Antonio Galván Díaz y Cecilia Mesa Torres, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor Jased Camilo Galván Mesa, y los señores Policarpo Galván Torres, Alba Rocío Galván Díaz y Ligia Torres de Mesa, propusieron demanda de reparación directa en contra de las siguientes entidades:

- Agencia Nacional de Infraestructura ANI
- Ministerio de Transporte
- Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.
- Sacyr Concesiones Colombia S.A.S.
- Herdoiza Crespo Construcciones Colombia S.A.S. - HCC Colombia S.A.S.
- Instituto Nacional de Vías – INVIAS
- Desarrollo Vial De Nariño S.A. - DEVINAR S.A.
- Departamento De Nariño.
- Municipio De Tangua.

Los libelistas demandan por el presunto daño especial que sufrieron con ocasión de la construcción de la doble calzada Catambuco - Rumichaca llevada a cabo por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI en conjunto con la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. en el sector del municipio de Tangua, donde, según se relata en la demanda, se edificaron muros de contención en la parte frontal y principal en los remanentes de 3 predios identificados con matrícula inmobiliaria N° 240-159701, 240-167355 y 240-162339 pertenecientes a los demandantes, dejando los bienes sin acceso vehicular y peatonal, por ende, fuera del comercio.

2.2. El llamamiento en Garantía (Carpeta 27/PDF 4.1.).

En el término de contestación de la demanda, la ANI formuló llamamiento en garantía en contra de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., exponiendo:

“La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, celebró con la sociedad Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. el contrato de concesión N°. 015 de 2015, que tiene por objeto “el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1. “La financiación,

construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento y reversión del corredor Rumichaca Pasto, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices Técnicos del Contrato”.

Por su parte, el mismo Contrato de Concesión 015 de 2015, en su cláusula 4.5 de la Parte General se establecen las obligaciones del concesionario en la etapa de construcción, señalando entre otras las siguientes:

(h) Organizar y realizar los trabajos de tal forma que los procedimientos utilizados cumplan con las disposiciones ambientales aplicables. Cualquier contravención a la Ley Aplicable en materia ambiental será responsabilidad del Concesionario. El Interventor o la ANI podrán ordenar la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos, por esta causa, sin que ello implique ampliación de los plazos contractuales ni genere compensación alguna a favor del Concesionario.

(i) Evitar la imposición de multas a la ANI por incumplimiento imputable al Concesionario de las disposiciones ambientales y/o de gestión social y/o cualquier otra Ley Aplicable al Proyecto, y en caso de presentarse alguna sanción, multa o indemnización a cargo de la ANI como consecuencia del incumplimiento del Concesionario deberá mantener indemne a la ANI por cualquiera de estos conceptos. (se subraya)

Igualmente, en la cláusula 8.4. del Apéndice Técnico No. 7 de dicho instrumento contractual establece que, dentro de la Gestión Predial, el acá llamado en garantía se obliga a lo siguiente:

“El Concesionario mantendrá indemne a la ANI por las reclamaciones judiciales o acciones de terceros relacionadas con la Gestión Predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con el reconocimiento de factores sociales, estudio de títulos, valoración de terceros y construcciones, pago de los predios y correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra la Agencia Nacional de Infraestructura durante el periodo de la concesión por acciones, hechos u omisiones que de manera directa tengan que ver con la gestión predial del Concesionario, así como aquellas interpuestas después de terminado el Contrato y con ocasión de las actividades desplegadas por el Concesionario en ejecución de éste”.

*Es así, como en virtud del referido contrato el Estado trasladó al Concesionario la totalidad de la responsabilidad de los daños que se causen a terceros por la ejecución del mismo y en caso de una eventual condena, esta deberá dirigirse en contra del titular de la obligación que, en el presente caso, como se evidencia, es directamente **CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.**”*

Lo demanda de llamamiento en garantía fue admitida en Sala Unitaria de Decisión, mediante auto del 14 de junio de 2023, atendiendo el vínculo contractual que liga a la ANI con la Concesionaria materializado en el contrato APP 015 de 2015 (PDF 71).

2.3. Contestación del llamamiento en garantía (PDF 79).

La Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. contestó dentro del término el llamamiento en garantía³. Como excepción previa, planteó la existencia de **cláusula compromisoria en el contrato 015**, con el argumento de que no es de competencia de esta jurisdicción resolver las controversias surgidas entre la ANI y la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. en tanto que, en el Contrato de Concesión suscrito entre ellas⁴, existe dicha cláusula.

En adición, solicitó condenar en costas a la ANI por virtud del llamamiento en garantía propuesto.

3. ARGUMENTACIÓN.

3.1. Consideración previa sobre la competencia de la Sala para decidir sobre la excepción previa propuesta por la Concesionaría Vial Unión del Sur S.A.S. como cláusula compromisoria.

En inicio, se dirá que el llamamiento en garantía encuentra asidero en el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, al disponer que: *“Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.*

³ PDF 84 Constancia Secretarial

⁴ Numeral 15.2 del Contrato de Concesión No 0015 de 2015.

A su turno, el artículo 227 de la misma obra, modificado por el artículo 85 de la Ley 2080 de 2021, establece que: “en lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código General del Proceso”.

Así, se tiene que el art. 66 del C. G. P.⁵ explica que en un solo escrito el convocado al proceso a través de esa figura, podrá contestar la demanda y el llamamiento en garantía. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado que: “(...) **el llamado en garantía tiene la posibilidad de contestar la demanda y/o el llamamiento, lo que naturalmente implica que las excepciones que se pueden proponer en uno u otro caso son diferentes, pues atacan relaciones sustanciales distintas**”⁶ (Negrillas propias).

En tal virtud, el llamado en garantía enfile está habilitado para proponer la excepción previa denominada cláusula compromisoria en relación con su llamante, la cual se establece en el numeral 2 del artículo 100 del C. G. P.⁷

Ahora bien, en el presente asunto, la Concesionaria, como llamada en garantía, invocó la existencia de **cláusula compromisoria** en el contrato APP 015-2015⁸, aludiendo que no es de competencia de esta jurisdicción resolver las controversias surgidas entre la ANI y aquella en tanto que, en el mentado contrato suscrito entre ellas, existe ese pacto que veda a la justicia contencioso administrativa la posibilidad de pronunciarse sobre la relación contractual surgida entre esos entes.

En principio, como se trata de una excepción previa el **competente para proferir el auto conforme a los arts. 125 y 243 del CPACA modificados por la Ley 2080 de 2021, es el Ponente y no la Sala**⁹.

Sin embargo, acoger la excepción en los términos planteados por la Concesionaria, varía la competencia del ponente hacia la Sala, pues, al prosperar,

⁵ “ARTÍCULO 66. TRÁMITE. Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.

El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía.

PARÁGRAFO. No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de alguna de las partes”

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00124-02(62102). Actor: FABRICACIÓN AISLAMIENTOS Y MONTAJES S.A.S. Y OTROS. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.

⁷ “ARTÍCULO 100. 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”.

⁸ Numeral 15.2 del Contrato de Concesión No 0015 de 2015.

⁹ Únicamente son de Sala, los autos que se indican en el art. 243 numerales 1º a 3º y 6º, esto es: el que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo; el que por cualquier causa la ponga fin al proceso; el que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales y el que niega la intervención de terceros.

niega la intervención de esta como tercera llamada en garantía, por existir una cláusula que traslada la competencia al Tribunal de Arbitramento.

Lo anterior encuentra fundamento en el ya citado artículo 125, pues señala que las Salas dictarán las providencias enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 del mismo estatuto adjetivo cuando se profieran en primera instancia. Así, por virtud del numeral 6 en cita, es de Sala el auto que niegue la intervención de terceros, como lo es la Concesionaria en calidad de llamada en garantía cuya intervención en esa calidad se negaría, insiste la Sala, por prosperar el medio exceptivo planteado.

3.2. Respetto del pacto arbitral en el trámite de llamamiento en garantía.

Inicialmente, impone señalar que el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. 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”.*

Igualmente, el párrafo del artículo 21 de la misma normativa prevé que *“La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.*

Ahora bien, **en providencia del 13 de agosto de 2020** la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre la admisión del llamamiento en garantía cuando existe

cláusula compromisoria en el contrato celebrado entre el llamante y el llamado en garantía, expuso lo siguiente:

“Esta Corporación adoptó la postura enunciada en el auto del 6 de agosto de 2015¹⁰, en el que se afirmó 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.>>

12.4.- No obstante, la Sala pone de presente que existen posturas que se oponen a la anterior conclusión. Por ejemplo, en el auto de 17 de junio de 2010¹¹, el Consejo de Estado afirmó que era competente pese a la existencia de una cláusula compromisoria. En esa oportunidad, la Corporación dijo:

<<...No obstante lo anterior, estima la Sala que en el caso objeto de estudio no se presenta la misma situación fáctica y jurídica que permita afirmar que la citada cláusula compromisoria excluya a esta jurisdicción del conocimiento, pues la controversia no tiene origen en un contrato estatal y en este sentido, la competencia para evaluar la legalidad del acto administrativo y sus eventuales perjuicios, es exclusiva de esta Jurisdicción.

(...) Insiste la Sala en que en el caso sub judice, si bien es cierto existe un contrato de seguros de responsabilidad civil profesional expedido a favor de ISA S.A. por Suramericana de Seguros S.A. para proteger el objeto del

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de agosto de 2015, exp. 45126, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 17 de junio de 2010, exp. 2002-04710-03, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

contrato de mandato celebrado entre EMGESA S.A e ISA, contra los perjuicios que esta última pueda ocasionar a la primera de las nombradas, no lo es menos que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es en contra de los actos expedidos por ISA S.A. y, no propiamente, por el presunto incumplimiento del contrato de mandato, lo que impone que sea esta Jurisdicción al momento de evaluar la legalidad de los actos administrativos quien conozca del llamamiento en garantía.>>

12.5.- La Sala adoptará la primera postura, porque considera que la controversia entre el hospital y la institución educativa nace del contrato de prestación de servicios que dichas instituciones celebraron y porque es evidente que se trata de dos relaciones jurídico procesales distintas. Una es la que surge entre las víctimas y el hospital y otra la que surge entre el hospital y la ERUM. Las víctimas demandan a quien consideraron responsable del daño; si el hospital es condenado a repararlo, está legitimado para reclamar de la ERUM el reembolso total o parcial de lo pagado, al amparo de la relación contractual existente entre ellos. Al existir una cláusula compromisoria, es evidente que tal demanda no puede ser formulada dentro del mismo proceso acudiendo al llamamiento en garantía, que está establecido simplemente como un instrumento de economía procesal que permite resolver dos relaciones jurídico procesales, siempre y cuando el Juez sea competente para ello¹²”.

En adición, la misma Corporación había referido las posturas relacionadas con el trámite de llamamiento en garantía cuando, entre llamante y llamado existe un contrato y en este se pactó una cláusula compromisoria¹³. Las mismas se desarrollaron en el siguiente esquema, siendo la posición mayoritaria dentro del medio de control de reparación directa, la que niega la demanda de llamamiento, bajo el siguiente razonamiento:

Tesis 1	Tesis 2
<i>Se debe negar el llamamiento en garantía</i>	<i>Se debe acceder al llamamiento en garantía</i>
<i>Porque las partes al suscribir el contrato dentro del cual pactan una</i>	Porque la cláusula compromisoria únicamente genera efectos

¹² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02078-01(43650). Actor: MIGUEL ÁLVARO CASTILLO VÉLEZ Y OTRO. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - HOSPITAL DEPARTAMENTAL CENTENARIO DE SEVILLA.

¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 08 de marzo de 2018. Radicado: 11001-03-15-000-2017-02707-00(AC)

cláusula compromisoria se entiende que en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad estas acuerdan ir a un Tribunal de Arbitramento para resolver los eventuales conflictos que se presentaran en virtud del mismo, **y como quiera que con el llamamiento en garantía se pretende que en el evento de que el llamante sea condenado al pago de los perjuicios causados al demandante, éste pueda hacer efectivo lo pactado en el contrato, en cuanto le asiste un derecho contractual para hacerlo exigible, resulta aplicable la cláusula compromisoria pactada. (Destaca la Sala).**

interpartes (demandado y llamado en garantía), por ello, no puede ser oponible al demandante (tercero) quién inició la contienda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, la controversia del proceso ordinario no tiene origen en dicho contrato, ni gira en torno al presunto incumplimiento del mismo. En este sentido, la competencia para evaluar las pretensiones del demandante y sus eventuales perjuicios, es exclusiva de esta jurisdicción, por lo que la cláusula compromisoria no puede suprimir las competencias legalmente establecidas.

Del mismo modo, la cláusula compromisoria se pactó para dirimir las controversias suscitadas entre las partes del contrato (responsabilidad contractual) y no los que refieren a la responsabilidad extracontractual o a solicitud de declaratoria de nulidad de actos administrativos, que se juzga en el proceso ordinario que se adelante en esta jurisdicción.

Finalmente, debido a que la ley señala los requisitos formales que deben cumplirse para acceder al llamamiento en garantía y sólo faculta para negarlo en el evento que no se reúnan los mismos, sin indicar que puede negarse cuando exista cláusula compromisoria, por lo tanto, la responsabilidad que eventualmente les asista a los llamados, sólo es posible definirlo al momento de dictar sentencia.

			<i>En consecuencia, el examen de responsabilidad o el alcance del derecho contractual del llamante, es un asunto de fondo que se examina y resuelve al momento de dictar sentencia, en caso de que el llamante resulte condenado.</i>			
Sección	Fecha	Radicado interno	Sección	Fecha	Radicado interno	
<i>Tercera – Subsección A</i>	<i>06-08-2015</i>	<i>45126</i>	<i>Tercera – Subsección B</i>	<i>17-01-2017</i>	<i>37342</i>	
<i>Tercera</i>	<i>19-07-2007</i>	<i>33474</i>	<i>Primera</i>	<i>15-05-2014</i>	<i>2006-00131-02</i>	
	<i>22-03-2007</i>	<i>33259</i>				<i>2004-05440-01</i>
	<i>12-10-2006</i>	<i>27930</i>				
		<i>28599</i>				
	<i>13-03-2006</i>	<i>29375</i>			<i>17-06-2010</i>	<i>2002-04710-03</i>
		<i>28298</i>				
	<i>08-09-2005</i>	<i>30090</i>	<i>Tercera</i>	<i>19-02-2004¹⁴</i>	<i>26048</i>	
	<i>26-05-2005</i>	<i>25614</i>				
	<i>23-09-2004</i>	<i>26043</i>	<i>Cuarta</i>	<i>28-08-2003</i>	<i>1999-00528-03 (AG)</i>	
	<i>10-06-2004</i>	<i>25614¹⁵</i>				
	<i>25010¹⁶</i>	<i>Segunda – Subsección A</i>	<i>18-07-2002</i>	<i>1999-2177-01 (AG-44)</i>		

En adición, impone destacar que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en una providencia del año 2014 también había referido:

“Así pues, si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y

¹⁴ Posición que fue rectificada el 10 de junio de 2004 (expediente 25010)

¹⁵ Resuelve recurso de reposición interpuesto contra el auto del 26 de mayo de 2005.

¹⁶ En esta decisión, la Sección Tercera rectificó «[...] la tesis sostenida en la providencia proferida el 19 de febrero de 2004, expediente No. 26.048, mediante la cual en un caso similar, sí se aceptó el llamamiento en garantía que se hizo a compañías aseguradoras, a pesar de haber solicitado que se declarara la misma excepción. [...]»

escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, lo cual permite resaltar que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, cada parte podrá ocurrir -sic- entonces ante la justicia arbitral en procura de una decisión que dirima las controversias o litigios existentes para con su contraparte, sin que tal facultad signifique que esa parte interesada en una solución de índole judicial pueda escoger válidamente entonces y de manera unilateral y a su libre albedrío entre formular su demanda ante los jueces institucionales de lo contencioso administrativo o, porque sencillamente así lo prefiera y lo decida, solicitar la convocatoria del tribunal de arbitramento.

(...)

Ciertamente, 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: sólo tienen un camino a seguir y ese es el de someterse a la decisión arbitral¹⁷ (Destaca la Sala).

Con lo expuesto, quedan claras las dos posturas contrapuestas que ha sostenido la Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del tema¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado. Auto del 12 de febrero de 2014. Radicado: 25000-23-26-000-2002-01054-01(28951)

¹⁸ Entre ellas véase: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 13001-23-31-000-2004-01336-01(41411). Actor: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS. Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA). CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02707-00(AC). Actor: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMPENSAR. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C., seis (6) agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 85001-23-31-000-2011-00117-01(45126). Actor: ORLANDO BUITRAGO BALLESTEROS. Demandado: ECOPETROL S.A. Y OLEODUCTO DE LOS LLANOS ORIENTALES S.A. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (AUTO)CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILA MORENO. Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04710-03. Actor: EMGESA S.A. E. S. P. Demandado: INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. – ISA. Referencia: APELACIÓN AUTO.

La Sala en el presente asunto tomará la postura que niega el llamamiento en garantía pues, como se explica en el caso concreto, la controversia se suscita por virtud del contrato estatal y, en este, se pactó una cláusula compromisoria. Además, porque resulta ser la posición mayoritaria del Consejo de Estado.

4. CASO CONCRETO.

Descendiendo al llamamiento en garantía formulado por la ANI en contra de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., se tiene que este **efectivamente** se sustenta en que la llamante trasladó a la llamada la totalidad de la responsabilidad de los daños que se causen a terceros por la ejecución del contrato APP 015-2015 y, en caso de una eventual condena, según agrega, esta deberá dirigirse en contra del titular de la obligación que, en el presente caso, sería la plurimentada concesionaria.

Preliminarmente, se tiene que el objeto del contrato APP 015 de 2015, es el siguiente:

*“El presente contrato de concesión bajo el esquema de asociación público privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, **tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el proyecto.** El alcance físico del proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1”¹⁹. (Negrillas ajenas al texto).*

Asimismo, el alcance del proyecto de acuerdo con la parte especial del contrato APP 015 de 2015, es: **“la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento y reversión del corredor Rumichaca - Pasto, de acuerdo al Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices Técnicos del Contrato”²⁰. (Negrillas ajenas al texto).**

Por su parte, sobre el propósito del proyecto, el apéndice técnico 1 del contrato APP 015 DE 2015, establece:

“El propósito fundamental del proyecto es convertir la infraestructura existente en una vía de altas especificaciones en doble calzada, mejorando las comunicaciones de todo el Suroeste del País entre Cali, Popayán Pasto y

¹⁹ Carpeta 27/pdf 3.1/ pág. 47.

²⁰ Carpeta 27/pdf 3.2/ pág. 9.

*la frontera con Ecuador. **El objeto del proyecto es la duplicación de la calzada existente, mediante la construcción de una nueva 2ª calzada. El proyecto también contempla el mejoramiento de la calzada existente, adaptándola para la circulación en un solo sentido, en los tramos en que la duplicación transcurra sobre ella***". ²¹ (Negrillas ajenas al texto).

Tal como lo señaló la ANI en su escrito de llamamiento, el apéndice técnico No. 7 del contrato APP 015 de 2015, señala en su cláusula 8.4.²² lo siguiente:

*"El Concesionario mantendrá indemne a la ANI por las reclamaciones judiciales o acciones de terceros relacionadas con la Gestión Predial que asume, **en especial en lo que tiene que ver con el reconocimiento de factores sociales, estudio de títulos, valoración de terceros y construcciones**, pago de los predios y correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. **Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra la Agencia Nacional de Infraestructura durante el periodo de la concesión por acciones, hechos u omisiones que de manera directa tengan que ver con la gestión predial del Concesionario, así como aquellas interpuestas después de terminado el Contrato y con ocasión de las actividades desplegadas por el Concesionario en ejecución de éste**".* (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, dentro del contrato APP 015 de 2015 se tiene que en su numeral 15.2²³, se establece que las controversias que surjan entre las partes, que no sean del conocimiento de los amigables componedores (numeral 15.1²⁴), serán resueltas por un Tribunal de arbitramento nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012²⁵:

"Las controversias que surjan entre las partes con ocasión del presente contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Componedores, 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

²¹ Carpeta 27/pdf 3.3/ pág. 3.

²² Carpeta 27/pdf 3.6/ pág. 76.

²³ Carpeta 27/pdf 3.1/ pág. 194 a 196.

²⁴ Carpeta 27/pdf 3.1/ pág. 194 a 196.

²⁵ "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones".

*2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen (...)*²⁶

En el mismo numeral además se pacta la forma para llevar a cabo el procedimiento arbitral.

Ahora bien, los libelistas achacan el presunto daño especial a la ANI porque en el desarrollo del proyecto en el sector de Tangua (N) se edificaron muros de contención en la parte frontal y principal en los remanentes de 3 predios de su propiedad, dejando los bienes sin acceso vehicular y peatonal, por ende, fuera del comercio.

Para la Sala, la controversia nace en virtud de la ejecución del contrato de concesión APP 015 de 2015 que dichas entidades celebraron, es decir, si la ANI es condenada a reparar el daño sufrido, está legitimada para reclamar a la Concesionaria el reembolso total o parcial de lo pagado, al amparo de la relación contractual existente entre ellas, dadas las cláusulas arriba citadas, que dejan claro el alcance del acuerdo de voluntades y los escenarios cuando ocurra un acontecimiento que implique la responsabilidad de la ANI.

Al existir una cláusula compromisoria, es evidente que tal pretensión no puede ser formulada dentro del mismo proceso acudiendo al llamamiento en garantía, que está establecido simplemente como un instrumento de economía procesal que permite resolver dos relaciones jurídico procesales, siempre y cuando el Juez sea competente para ello, lo que no ocurre en el presente asunto, por cuanto la controversia surge a raíz del contrato y en este se pactó asistir a la justicia arbitral.

Colige la Sala que las discusiones surgidas entre la ANI y la concesionaria llamada en garantía en lo que atañe al contrato, deben zanjarse en un panel de amigables componedores o en un tribunal de arbitramento cuando no se someta a los primeros.

Por lo tanto, se declarará probada la excepción de existencia de cláusula compromisoria propuesta por la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S., llamada en garantía por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA; en consecuencia, se negará el llamamiento en garantía y, en virtud del inciso 4 del

²⁶ Allegado por la ANI en los anexos del llamamiento en garantía. (FL. 194 del PDF-11 de la Carpeta 62)

numeral 2 del artículo 101 del C.G.P.²⁷, se terminará el proceso para la Concesionaría Vial Unión del Sur como llamada en garantía, no así, como demandada dentro del asunto.

5. COSTAS.

Respecto a la condena en costas solicitada por la Concesionaria, se tiene que el numeral 1 del artículo 365 del C. G. P. dispone que se condenará en costas *“a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”*.

En consecuencia, por cuanto la prosperidad de la excepción previa no encuadra en ninguno de los presupuestos antes referido, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la ANI.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Nariño, en Sala Segunda de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLÁRESE probada la excepción de existencia de cláusula compromisoria propuesta por la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S., llamada en garantía por la demandada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – NIÉGUESE la intervención de la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S., como llamada en garantía de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, dentro del presente asunto. En consecuencia, se termina el proceso para la Concesionaría Vial Unión del Sur en calidad de llamada en garantía, no así, como demandada en el mismo.

²⁷ El artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, contempla que el trámite para resolver las excepciones previas será aquel previsto en los artículos 100 y 101 del Código General del Proceso.

TERCERO. - NO CONDENAR en costas de acuerdo a lo expuesto en el acápite motivo de este fallo.

CUARTO. - NOTIFÍQUESE la presente providencia a través de su inserción en estados electrónicos de conformidad con el art. 201 del C.P.A.C.A. y por mensaje dirigido al correo electrónico de las partes de acuerdo a lo señalado en los artículos 50²⁸ y 52²⁹ de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de fecha.



SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
MAGISTRADA



ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA
Magistrada

(Ausente con permiso)

PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA
Magistrado

²⁸ Artículo 50. Modifíquese el inciso tercero del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así: Las notificaciones por estado se fijarán virtualmente con inserción de la providencia, y no será necesario imprimirlos, ni firmarlos por el secretario, ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva, y se enviará un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales.

²⁹ **Artículo 52.** Modifíquese el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así: Artículo 205. Notificación por medios electrónicos. La notificación electrónica de las providencias se someterá a las siguientes reglas: 1. La providencia a ser notificada se remitirá por el Secretario al canal digital registrado y para su envío se deberán utilizar los mecanismos que garanticen la autenticidad e integridad del mensaje. 2. La notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. 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. De las notificaciones realizadas electrónicamente se conservarán los registros para consulta permanente en línea por cualquier interesado.