

San Juan de Pasto, 25 de abril de 2024.

Dr. Javier Oswaldo Uscategui Ávila

Juez Cuarto Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto

E. S. D.

Medio de Control: Reparación Directa

Radicado: 52001 – 33 – 33 – 004 – **2022 – 00103 – 00**

Demandante: Milton Eliécer Velásquez Cerón y otros

Demandado: Nación – Instituto Nacional de Vías – Invias y otros

Asunto: Contestación al llamamiento en garantía.

Juan Antonio Barrero Berardinelli, identificado con C.C. No. 79.800.591, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional No. 123.437 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado de **Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.880.846 – 3, en obediencia de lo decidido en auto de 23 de febrero de 2024, notificado el 21 de abril de los corrientes, contesto el llamamiento en garantía formulado por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a la sociedad que represento, renuncio al término de traslado y en ese sentido, elevo las siguientes:

I.- Pretensiones

Primera: Se declare probada la excepción de existencia de cláusula compromisoria entre la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, contenida en el numeral 15.2 del Contrato de Concesión No 0015 de 2015.

Segunda: Se condene en costas a la entidad llamante en garantía, y a favor de mi representada, acorde con lo prescrito en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, y sean liquidadas, según lo consagrado en el artículo 366 del mismo compendio normativo.



II. Frente a las pretensiones de la demanda

Sin perjuicio de la sustentación jurídica que la Concesionaria presenta a lo largo del presente escrito, anticipadamente manifiesto mi oposición a la solicitud elevada por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, consistente en que *“se disponga la regulación de las prestaciones a cargo de la entidad llamada en garantía y a favor de LA AGENCIA”*¹. Lo anterior, teniendo en cuenta que entre la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, existe una cláusula compromisoria contenida en el numeral 15.2 del Contrato de Concesión No 0015 de 2015.

III. Frente a los hechos del llamamiento en garantía

Frente al primer hecho: Es cierto.

Frente al segundo hecho: Es cierto.

Frente al hecho tercero: No es un hecho, sino una interpretación del apoderado de la entidad llamante en garantía sobre el alcance de la indemnidad acordada en virtud del Contrato de Concesión No 0015 de 2015.

IV. Argumentos de derecho

Existencia de cláusula compromisoria

En consideración a que la figura procesal del llamamiento en garantía tiene como finalidad que, en un solo litigio, se resuelvan dos controversias, a saber, la que surge del vínculo entre parte actora y parte demandada, y la que nace del vínculo legal o contractual entre el demandado y llamado en garantía, debe expresarse que esta última controversia no podría ser zanjada en sede jurisdiccional, en virtud de la **cláusula compromisoria** pactada entre las partes en el mencionado Contrato de Concesión, como es la convenida en el capítulo

¹ Folio 5 del llamamiento en garantía.



XV².

Al respecto, deviene pertinente acotar lo precisado por el Consejo de Estado³ en providencia de unificación, referente a la vinculatoriedad de la cláusula compromisoria, que consiste en que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad convienen excluir de sus controversias contractuales, a la jurisdicción contenciosa, por lo que, si se pretende lo contrario, debe así pactarse por escrito, en atención al aforismo que *“en Derecho las cosas se deshacen, como se hacen”*:

Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, **teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.**

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que *“en derecho las cosas se deshacen como se hacen*.

² 15.1 Amigable Componedor.

(a) Las Partes acuerdan acudir a un panel de Amigables Componedores permanente para definir todas aquellas controversias que expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Componedor. (...)

15.2 Arbitraje Nacional

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

15.3 Arbitraje Internacional

(a) Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, cuando se configure alguno de los presupuestos señalados en el artículo 62 de la ley 1563 de 2012, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento internacional, de conformidad con lo previsto para el arbitraje internacional en 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.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 18 de abril de 2013. Expediente N° 17.859 (R-0035).



No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos – una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

2.5.2 La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes⁴. (negritas propias)

Sumado a lo anterior, es necesario informar al Despacho que la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. y la ANI ya han llevado esta misma discusión al Tribunal Administrativo de Nariño en varias ocasiones, Corporación que ha reiterado que el proceso contencioso administrativo no es el escenario para dirimir cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse del contrato celebrado entre mi poderdante y la citada entidad, precisamente, porque entre ellas existe una cláusula compromisoria.

En un primer pronunciamiento, expuso lo siguiente:

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 "XVSOLUCIÓN 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 Componentes, 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: (...)

(...) 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» (...)

(...) 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**

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871



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 10 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."

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.⁵ (negrillas propias)

En similar sentido, en providencia posterior, el Tribunal agregó:

En el presente asunto no es posible admitir la intervención de la concesionaria como llamado en garantía de la ANI, por cuanto **el fundamento de la misma es un contrato de concesión en el cual se pactó cláusula compromisoria a fin de dirimir las controversias que se susciten entre las mismas, luego, no sería competencia de esta jurisdicción examinar el grado de responsabilidad que le asiste a la Concesionaria frente a la ANI**, sino que ello le corresponde a un panel de amigables componedores o a un Tribunal de arbitramento nacional, según sea el caso. En ese orden **se revocará la decisión del a quo mediante la cual admitió el llamamiento en garantía de la Concesionaria Vial unión del Sur S.A.S. solicitado por la ANI** (negrillas propias)⁶

Esta postura ha sido constante y en una decisión más reciente, la misma Corporación aclaró que:

De acuerdo con lo reseñado, se puede extraer que el llamamiento en garantía, resulta viable siempre que el juez que tramita la causa principal, sea competente también para conocer la controversia que se suscite con la formulación del llamamiento en garantía, **circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues, revisado el contrato de concesión del 11 de septiembre de 2015, suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., se establece que entre las partes se pactó cláusula compromisoria en los siguientes términos: (...)**

⁵ Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 20 de febrero de 2019, radicado No 2017-00324, radicado interno 7270.

⁶ Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 13 de junio de 2019, radicado No 52-001-33-33-003-2018-00096-00, radicado interno No 7081.



Como se observa, las partes acordaron expresamente, que cualquier controversia suscitada entre ellas, debería resolverse mediante mecanismos alternativos como la amigable composición, ni se advierte que las partes hayan acordado modificar o derogar el acuerdo suscrito, con la finalidad de someter ante instancias judiciales, la definición de asuntos como el que nos ocupa.

En ese orden, se puede concluir que, si bien el llamamiento en garantía cumple con los requisitos del artículo 225 del CPACA para su procedencia, **no es posible tener a la Concesionaria Unión Vial del Sur S.A.S. como llamada en garantía, en virtud de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión, pues esta impide que la Jurisdicción Contencioso Administrativa dirima controversias al respecto.**

En consecuencia, **se revocará la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pasto en la que se decidió admitir el llamamiento formulado frente a la Concesionaria Unión Vial del Sur S.A.S.⁷** (negrillas propias)

Corolario de lo anotado, se recalca que no es de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa resolver las controversias surgidas entre la ANI y la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. surgidas con ocasión del mencionado Contrato de Concesión, debido a la cláusula compromisoria allí pactada, tal y como lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Nariño en cada discusión similar que ha conocido en esa instancia.

Recientemente, frente a un caso análogo⁸ en el que la ANI convocó a la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. como llamada en garantía, el Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto⁹ de 26 de enero de 2024 señaló que a mi representada no le era dable comparecer al proceso en calidad de llamada en garantía de la ANI, toda vez que la competencia para la resolución de los conflictos que surjan debido al Contrato de Concesión **radica en la justicia arbitral**, como consecuencia la cláusula compromisoria pactada entre las partes del aludido Contrato de Concesión:

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

⁷ Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 14 de julio de 2021, radicado 2019-00120, radicado interno 9030.

⁸ Tribunal Administrativo de Nariño, Reparación Directa 2017 - 00324 (7270).

⁹ Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Unitaria de Decisión, M.P. Sandra Lucía Ojeda Insuasty. Reparación directa Radicación: 52001-23-33-000-2020-01094-001.



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

Por lo anotado, debido a la cláusula compromisoria existente y vigente en el precitado Contrato de Concesión, la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para dirimir las controversias surgidas entre la ANI y la Concesionaria Unión Vial del Sur S.A.S. con ocasión del mismo.

Así las cosas, con base en los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado y por el Tribunal Administrativo de Nariño, solicito respetuosamente al señor Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto, declare probada la excepción de existencia de cláusula compromisoria entre la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, contenida en el numeral 15.2 del Contrato de Concesión No 0015 de 2015, y consecuentemente niegue la intervención de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. en calidad de tercero llamado en garantía.

Para efecto de acreditar lo argumentado, apporto las siguientes:

V- Pruebas

Se adjuntan, como tales, las copias de las 4 decisiones previas que el Tribunal Administrativo de Nariño ha tomado en casos similares al que nos ocupa. Se trata de las siguientes:

1. Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 20 de febrero de 2019, radicado No 2017-00324, radicado interno 7270.



2. Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 13 de junio de 2019, radicado No 52-001-33-33-003-2018-00096-00, radicado interno No 7081.
3. Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 14 de julio de 2021, radicado 2019-00120, radicado interno 9030.
4. Tribunal Administrativo de Nariño, providencia de 26 de enero de 2024, radicado 2020-001094.

Cordialmente,



Juan Antonio Barrero Berardinelli
Apoderado judicial
Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.

