

Señores

JUZGADO 2° ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Atn. Señor(a) Juez EUGENIO RAFAEL FONSECA OVALLE

Referencia. Reparación Directa No. 080013333002**20200011900**

Demandante: JUAN CARLOS FONTALVO PIZARRO y Otros.

Demandado: CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA –
BARRANQUILLA S.A.S., AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA –ANI— y Otros.

Asunto. Excepciones previas frente al llamamiento en garantía formulado por
la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—

JOSÉ IGNACIO LEIVA GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.520.588, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 75.388 expedida por el C. S. de la J., actuando en mi condición de abogado inscrito de la firma CASTRO LEIVA RENDÓN ABOGADOS S.A.S., firma apoderada judicial¹ de la CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA – BARRANQUILLA S.A.S. (“Concesión” o “Concesionario”), de acuerdo con el poder y el certificado de existencia y representación legal que obran en el expediente, encontrándome en la debida oportunidad para ello, por medio del presente escrito me permito **proponer excepciones previas** frente al llamamiento en garantía formulado por la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante “ANI”) en contra de mi representada y que fue admitido mediante auto de fecha 24 de mayo de 2021, notificado por estado del estado del día 25 del mismo mes y año, conforme con las consideraciones, hechos y argumentos que se exponen a continuación:

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

El Parágrafo Segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA—, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en relación con la oportunidad y procedencia para la presentación de las excepciones previas remitió expresamente a la normativa prevista en el Código General del Proceso —CGP—, en los siguientes términos:

“Artículo 38. Modifíquese el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

¹ Artículo 75 del CGP: “Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.”

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

(...)." (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

A su turno, el artículo 101 del CGP contempla:

“ARTÍCULO 101. 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. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.”

En los anteriores términos, se tiene que el presente escrito resulta oportuno toda vez que se presenta dentro del término del traslado del llamamiento en garantía, de manera simultánea con la contestación al llamamiento en garantía, y, además, se formula en escrito separado conforme a la ordenado en la precitada normativa.

Adicionalmente, se pone de presente al Juzgado la normativa vigente y el cambio introducido por la Ley 2080 de 2021 en relación con la decisión de las excepciones previas, a saber, el Decreto 806 de 2020 estableció en materia contencioso administrativo el deber de resolver las excepciones previas antes de la audiencia inicial, y sobre aquellas que requieran la práctica de pruebas, indicó que se estudiarían en la audiencia inicial, con lo cual se buscó evitar, como ocurría antes, la suspensión de la audiencia inicial para practicar pruebas y/o ante el eventual recurso que formulara la parte desfavorecida contra la decisión de negar las excepciones previas y/o mixtas.

Asimismo, se tiene que el precitado Parágrafo 2° del artículo 175 del CPCA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, **ordena resolver las excepciones previas previo a la**

realización de la audiencia inicial, ello en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Así pues, lo que se quiere es dejar de presente que deberá el Juzgado en el presente asunto dar trámite a las disposiciones vigentes y aplicables introducidas por el Decreto 806 de 2020 y la Ley 2080 de 2021, en el sentido de decidir sobre las excepciones previas o mixtas de manera previa a la fijación y realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

2. CAUSALES DE EXCEPCIÓN PREVIA QUE SE INVOCAN. COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA Y FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De acuerdo con la ley procesal, las excepciones previas corresponden a las siguientes:

“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

- 1. **Falta de jurisdicción o de competencia.***
- 2. **Compromiso o cláusula compromisoria.***
- 3. Inexistencia del demandante o del demandado.*
- 4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
- 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*
- 6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.*
- 7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.*
- 8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.*
- 9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.*
- 10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*
- 11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En el presente asunto, de acuerdo con las razones de hecho y de derecho que se expondrán a continuación, se proponen las excepciones previas de cláusula compromisoria y falta de jurisdicción y competencia, como consecuencia de la existencia de un pacto expreso entre las Partes sobre el particular.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

En el curso del presente proceso, se configura una causal de excepción previa que impide de plano que este Despacho pueda conocer de la presente controversia —como modalidad de una falta de competencia—, la cual se encuentra contemplada en el numeral 2° del artículo 100 del CGP, en los siguientes términos:

“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.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Al respecto, como lo reconoce la doctrina jurídica especializada en la materia, se trata de un caso específico de falta de competencia, comoquiera que las partes, de mutuo acuerdo, determinaron como fórmula de solución de conflictos el arbitraje. Al respecto:

“El pacto arbitral que comprende el compromiso y la cláusula compromisoria, tal como lo prevé el art. 3 de la ley 1563 de 2012 se instituyó como causal de excepción previa y, en verdad, sólo constituye la tipificación de un caso específico de incompetencia, que ya había sido determinado por vía de doctrina, pero que el legislador, para prevenir cualquier discusión sobre el punto, resolvió señalarla como causal específica.

En efecto los contratantes pueden pactar que en caso de surgir alguna diferencia en cuanto al futuro desarrollo del convenio celebrado, en vez de llevar ante un juez la decisión de los puntos controvertidos, como es lo normal, los someterán a la consideración de árbitros, es decir, de personas que no teniendo la investidura permanente de jueces hacen sus veces, por cuanto la decisión que tomen tiene los mismos efectos (...)

Cualquiera que sea la situación que se presente, si un contratante pretende desconocer la cláusula compromisoria o el compromiso ya celebrado y acude a la justicia civil, es procedente la excepción.

En suma, mediante la cláusula compromisoria o el compromiso llamados genéricamente pacto arbitral, se obliga a someter la decisión de un conflicto a árbitros. Por tanto, si uno de los contratantes, haciendo caso omiso de la cláusula compromisoria o del compromiso procede a demandar ante un juez civil, el demandado podrá proponer la excepción previa respectiva, eso es, de incompetencia del funcionario, ya que en virtud de la existencia de tal acuerdo el juez deja de ser apto para conocer del proceso, y por ello es que este modo de excepción realmente forma parte de la causal primera del art. 100.”

Por su parte, en relación con la prueba a fin de acreditar la configuración de esta causal, en los términos de la cita anterior, expone el doctrinante lo siguiente:

La prueba de esta excepción es particularmente sencilla, puesto que la cláusula compromisoria debe constar siempre por escrito, es un acto jurídico solemne al igual que el compromiso, expresiones éstas dos que se engloban dentro del concepto general pacto arbitral, el cual de acuerdo con el artículo 4º de la ley 1563 de 2012 de constar en prueba documental.”

De este modo, en relación con el acuerdo o pacto arbitral, la legislación aplicable sobre la materia, esto es, 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.***

ARTÍCULO 4o. 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.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, por expreso pacto entre las partes, estas pueden determinar que sus diferencias sean resueltas mediante arbitraje lo cual, de suyo, implica la renuncia a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, entendiendo por esos aquellos investidos de forma permanente en la función de tal.

Así, en el caso concreto, a fin de evidenciar que en el presente asunto no es procedente traer a colación y menos aún resolver de fondo sobre la relación jurídica existente entre el Concesionario y la ANI, es preciso remitirnos a la Secciones 15.2 y 15.3 de la Parte General del Contrato de Concesión aportado por la ANI.

De esta manera, y en la medida que el fundamento del llamamiento en garantía es vincular al Concesionario en virtud de la Sección 14.3 de la Parte General que regula la Indemnidad y 4.5. que establece las obligaciones del Concesionario en la etapa de construcción, es de resaltar que la misma sólo puede hacerse valer por parte de la ANI en sede arbitral, y no en esta sede, teniendo en cuenta que se trata de una controversia frente a la cual las partes establecieron claramente su sometimiento a la jurisdicción arbitral.

En este sentido, si la ANI pretendía traer a colación el Contrato de Concesión como fundamento de sus pretensiones de garantía, debía hacerlo de manera precisa y clara, como si estuviese demandando en forma independiente. Lo anterior, toda vez que si bien la ley contempla la posibilidad de llamar en garantía con fundamento en la existencia de una relación legal o contractual a fin de que el mismo juez resuelva esa relación en un mismo proceso, **ello no releva al llamante en garantía de formular en debida forma y con las debidas pruebas, el supuesto incumplimiento de la relación jurídica que reprocha, en este caso, respecto del Contrato de Concesión.**

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior lo cierto es que, en todo caso, tal relación jurídica derivada del Contrato de Concesión no puede ser conocida ni resulta de fondo por este Despacho en el curso de este proceso, comoquiera que las partes del contrato determinaron que su jurisdicción lo sería la arbitral, la cual no puede ahora convenientemente desconocer la ANI, pretendiendo con ello eximirse de responsabilidad y sin ninguna prueba, de forma consecencial, en virtud de la eventual prosperidad de las pretensiones del Demandante, y sin encontrarse probados los presupuestos para dar aplicación a la cláusula de indemnidad.

3.2. LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Como consecuencia de lo anterior, se deriva a su turno, la presente excepción de falta de jurisdicción y competencia del juez contencioso administrativo.

Lo anterior, con fundamento en lo siguiente:

- El demandante pretende discutir en el curso de este proceso judicial la supuesta indemnidad por parte del Concesionario frente a la ANI, de acuerdo con los términos señalados en la Sección 4.5. y 14.3 de la Parte General.

Al respecto, se destaca entonces que se trata de una **controversia puramente contractual en el marco de un negocio jurídico celebrado entre la ANI y el Concesionario**, y en el que no participó el demandante, de manera que, a efectos de acometer el estudio jurídico que propone el demandante en este proceso, ello implica una valoración jurídica frente a la ejecución de las obligaciones contractuales pactadas, respecto de lo cual, el juez contencioso administrativo carece de absoluta competencia porque el asunto sometido a su conocimiento es de orden extracontractual y bajo títulos de imputación bien distintos para la entidad pública y para los particulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

- No obstante lo anterior, en el caso concreto, como ya se anticipaba, aun en el evento en el que el Despacho considere que puede conocer de este proceso en tanto, en principio, se encuentra involucrada una Entidad Pública, se pone de presente que dicha entidad pactó en el Contrato de Concesión una cláusula o pacto arbitral que no puede desconocerse como quiera que proviene del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

En este sentido, solicitamos que se desvincule al Concesionario como llamado en garantía, teniendo en cuenta que las causas o razones para hacerlo no pueden ser de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, y debe ser resuelto por la jurisdicción arbitral.

Adicionalmente, se precisa que en materia contencioso administrativa, la Ley 1437 de 2011 (CPACA) en su artículo 208 remite a las causales de nulidad de la legislación procesal civil, artículo 133 del CGP, disposición que contempla como una de las causales de nulidad en su numeral 1° la falta de jurisdicción o competencia.

Lo anterior, se justifica en la medida en que la falta de jurisdicción implica la carencia absoluta de potestad para administrar justicia y, específicamente en el evento de existir un pacto arbitral, ello implica que en un determinado asunto la competencia se ha asignado — por las partes— a otra autoridad de diferente jurisdicción.

4. PRUEBAS

Por economía procesal, y a fin de no generar duplicidad de documentos, solicito al Despacho tener como pruebas todas y cada una de las aportadas y solicitadas por el Concesionario con la contestación a la demanda y con la contestación al llamamiento en garantía, esto es, las documentales y testimoniales.

5. PETICIÓN

De conformidad con todo lo expuesto en precedencia, se solicita comedidamente al Despacho declarar probadas las excepciones previas contempladas en los numerales 1° y 2° del artículo 100 del CGP, denominadas, *falta de jurisdicción o de competencia y compromiso o cláusula compromisoria*, y en su lugar, desvincular a la sociedad CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA – BARRANQUILLA S.A.S. como llamada en garantía en el proceso de la referencia y condenar en costas al llamante en garantía en lo que corresponda.

6. NOTIFICACIONES

- La sociedad CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA – BARRANQUILLA S.A.S., recibirá notificaciones en la Carrera 24 # 1A-24 Edificio BC Empresarial Piso 18- Puerto Colombia, Atlántico y en el correo electrónico contacto@rutacostera.co.
- La firma CASTRO LEIVA RENDON ABOGADOS S.A.S. y el suscrito recibiremos notificaciones en la Carrera 7 No. 77-07 oficina 501 en Bogotá D.C. y en los correos electrónicos jileiva@castroleiva.com y lamaya@castroleiva.com.

Atentamente,


JOSÉ IGNACIO LEIVA GONZÁLEZ
C.C. No. 79.520.588

T.P. No. 75.388 expedida por el C. S. de la J.