



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente, MARÍA CLAUDIA ROJAS LASO

Bogotá D.C.,

Ref.: Expediente 2002-02365-04  
AUTORIDADES NACIONALES  
Actora: EMGESA S.A. E.S.P.  
Nulidad y restablecimiento del derecho

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las sociedades ZONA FRANCA CELSIA S.A. ESP (antes Colinversiones ZF S.A. E.S.P., antes Termoflores S.A. E.S.P.) y CELSIA S.A. E.S.P. (antes Colinversiones S.A. antes MERIELÉCTRICA S.A. y CIA E.S.P.) llamadas en garantía, contra el auto de 2 de abril de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia (Sala Quinta de Decisión), que rechazó el llamamiento en garantía de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ y la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., admitió el llamamiento en garantía de veinte (20) sociedades, y, ordenó sus citaciones.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 6 de noviembre de 2001, EMGESA S.A. E.S.P., por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó a INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P - Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (en adelante ISA).

## II. ACTUACIÓN

ISA por medio de apoderado, contestó la demanda y solicitó llamar en garantía a ciento nueve (109) sociedades. Sin embargo con posterioridad, modificó el llamamiento, en el sentido de reducir las llamadas en garantía a las veintidós (22) siguientes empresas:

- Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.
- Centrales Eléctricas de Nariño S.A. E.S.P.
- Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P.
- Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P.
- AES Chivor & CIA S.C.A. E.S.P.
- Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.
- Emgesa S.A. E.S.P.
- Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.
- Empresa Urrá S.A. E.S.P.
- Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
- Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P.
- Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.
- Flores III S.A & CIA S.C.A. E.S.P.
- Isagen S.A. E.S.P.
- Merilétrica S.A.& CIA S.C.A. E.S.P.
- Proeléctrica S.A.& CIA S.C.A. E.S.P.
- Termocandelaria S.C.A. E.S.P.
- Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P
- Termocartagena S.A. E.S.P.
- Termotasajero S.A. E.S.P.
- Compañía Suramericana de Seguros S.A.
- Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.

Alegó que su representada y las veintiún sociedades referidas celebraron distintos contratos de mandato comercial con el objeto de realizar y ejecutar, entre otros actos, a nombre de las llamadas en garantía, los siguientes: “(i)

*realizar la liquidación de energía, potencia y servicios complementarios de las transacciones realizadas en el mercado mayorista; (ii) elaborar y presentar mensualmente las facturas a los compradores para el recaudo de los dineros correspondientes a las transacciones en la bolsa de energía y; (iii) elaborar y presentar mensualmente las liquidaciones a los vendedores para la transferencia de los dineros correspondientes a las transacciones en la bolsa de energía.”.*

También solicitó llamar en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con ocasión de la celebración de dos (2) de pólizas de seguros, una de responsabilidad civil por los actos de los directores y administradores de empresas de servicios públicos<sup>1</sup> y otra por la responsabilidad civil extracontractual<sup>2</sup>.

### **III. EL AUTO APELADO**

Por auto de 2 de abril de 2009, el Tribunal Administrativo de Antioquia, rechazó el llamamiento en garantía de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ y la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., admitió el llamamiento en garantía de veinte (20) sociedades, y ordenó sus citaciones.

En ese sentido, dispuso la citación de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., Centrales Eléctricas de Nariño S.A. E.S.P., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P., AES Chivor & CIA S.C.A. E.S.P., Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. E.S.P., Emgesa S.A. E.S.P., Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P., Empresa Urrá S.A. E.S.P., Empresas Públicas de Medellín E.S.P., Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., Flores III S.A & CIA S.C.A. E.S.P., Isagen S.A. E.S.P., Merilétrica S.A.& CIA S.C.A. E.S.P., Proeléctrica S.A.& CIA S.C.A. E.S.P., Termocandelaria S.C.A. E.S.P., Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., Termocartagena S.A. E.S.P., Termotasajero S.A. E.S.P.

---

<sup>1</sup> N°0037435-0

<sup>2</sup> N° 1200093-7.

Consideró que la solicitud reunía los requisitos de los artículos 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto entre las llamadas en garantía e ISA existen distintos contratos de mandato.

Respecto del llamamiento en garantía de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ, el Tribunal consideró que no era procedente, toda vez que ISA no aportó contrato de mandato ni certificado de existencia y representación que demuestren sumariamente el derecho a efectuar el llamamiento.

Finalmente, rechazó el llamamiento en garantía de la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., toda vez que las pólizas de seguros de responsabilidad civil por los actos de los directores y administradores de empresas de servicios públicos y de la responsabilidad civil extracontractual no estaban vigentes durante el periodo que pretendía garantizar ISA.

#### **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Las sociedades CELSIA S.A. E.S.P. y ZONA FRANCA CELSIA S.A. E.S.P. sostuvieron que el llamamiento en garantía no es procedente por las siguientes consideraciones.

Manifestaron que según lo establece el artículo 146 del C.C.A en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho no es procedente el llamamiento en garantía, pues dicha norma contempla la intervención de terceros exclusivamente para coadyuvar o impugnar la demanda. En este caso, ellas no reúnen dichas calidades.

Indicaron que los 90 días previstos en la ley para la notificación del llamamiento en garantía se encuentran vencidos, ya que entre el momento en que se notificó por estado el auto que admitió el llamamiento y la fecha en que éste les fue notificado, transcurrieron más de 90 días.

Finalmente, expusieron que en efecto celebraron un contrato de mandato con la parte actora, sin embargo, en dicho contrato no hay una cláusula en la cual queden obligadas a indemnizar por los errores en que hubieran podido incurrir.

## V. CONSIDERACIONES

Solicitaron las sociedades recurrentes revocar la providencia de 2 de abril de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, rechazó el llamamiento en garantía de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ y la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., admitió el llamamiento en garantía de veinte (20) sociedades, y, ordenó sus citaciones.

De otra parte, ISA fundamentó su solicitud de llamamiento en garantía de las sociedades citadas, en que celebró contrato de mandato comercial para las siguientes actividades: (i) realizar la liquidación de energía, potencia y servicios complementarios de las transacciones realizadas en el mercado mayorista; (ii) elaborar y presentar mensualmente las facturas a los compradores para el recaudo de los dineros correspondientes a las transacciones en la bolsa de energía y; (iii) elaborar y presentar mensualmente las liquidaciones a los vendedores para la transferencia de los dineros correspondientes a las transacciones en la bolsa de energía.

El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo es del siguiente tenor:

***“ART. 217.—Subrogado. D.E. 2304/89, art. 54. Denuncia del pleito, llamamiento en garantía y reconvención. En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”***

Según la norma transcrita, el llamamiento en garantía procede en los procesos contractuales y de reparación directa más no en los de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, los artículos 19 y 20 de la Ley 678 de 2001 (3 de agosto) que reglamentaron la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, disponen:

***“Artículo 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho,***

*la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.*

**Parágrafo.** *La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.*

**Artículo 20. Procedencia del llamamiento.** *La entidad pública demandada o el Ministerio Público podrán realizar el llamamiento hasta antes de finalizar el período probatorio.*

*En los casos en que se haga llamamiento en garantía, éste se llevará en cuaderno separado y paralelamente al proceso de responsabilidad del Estado.”*

Por su parte, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil aplicable al momento de la interposición del presente recurso dispone que puede llamarse en garantía quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

La jurisprudencia<sup>3</sup> apoyada en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, aceptó que la Administración podía, dentro del proceso en que figurara como parte demandada y concretamente dentro del término de fijación en lista, pedir la vinculación, por la vía del llamamiento en garantía o de la denuncia del pleito, de quien con su conducta dolosa o gravemente culposa pudiera ser causa de su futura condena.

Pero, advirtió, que la admisión del llamamiento no implica aún el juzgamiento del llamado, porque la entidad que lo hizo tendrá que demostrar no sólo que la conducta del funcionario fue dolosa o gravemente culposa, sino que ella fue precisamente la que comprometió la responsabilidad del ente público o incidió en la misma.

Para que proceda el llamamiento en garantía deben cumplirse a cabalidad los requisitos formales y sustanciales de que tratan los artículos 54 a 57 CPC,

---

<sup>3</sup> Sentencia de 6 de octubre de 1994, expediente 9803, Sección Tercera, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

concretamente los del artículo 54, el cual exige prueba siquiera sumaria, que sea demostrativa de la existencia del vínculo jurídico sustancial que fundamenta la vinculación pretendida del tercero.

Se observa en el caso *sub examine*, que la entidad demandada aportó copia de los contratos de mandato celebrados con las sociedades llamadas en garantía, en esa medida existe un vínculo de carácter contractual para que dichos terceros concurren al proceso a fin de determinar el grado de responsabilidad que eventualmente llegaren a tener en el presente asunto.

Sobre este punto, los recurrentes afirmaron que en efecto celebraron un contrato de mandato con la parte demandada, sin embargo, en dicho contrato no hay una cláusula en la cual queden obligados a indemnizar por los errores en que hubieran podido incurrir.

Se debe advertir que según lo expuesto con anterioridad la figura del llamamiento en garantía no implica aún el juzgamiento del llamado, en esa medida será al final del proceso el momento en el cual se examinará si existió o no alguna responsabilidad de las llamadas en garantía y en qué grado.

De otra parte, en cuanto al argumento de que el llamamiento en garantía no es procedente en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho porque el artículo 146 del C.C.A., contempla que la intervención de terceros en estos procesos se da exclusivamente para coadyuvar o impugnar la demanda, olvida el recurrente que según los citados artículos 19 y 20 de la Ley 678 de 2001 (3 de agosto) en los procesos en contra del Estado (incluidos los de nulidad y restablecimiento del derecho), el Estado puede llamar en garantía a aquellos agentes frente a los que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad y, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil dispone que puede llamarse en garantía quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación<sup>4</sup> ha sostenido que:

---

<sup>4</sup> Sentencia de 30 de agosto de 2001, expediente 1999-6080-01, Sección Segunda, M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

*“Se contrae el sub lite a establecer si es procedente llamar en garantía a la aseguradora COLSEGUROS S.A., llamamiento que fue negado por el Tribunal, en primer lugar, porque el artículo 90 de Constitución Política dispone que es el Estado quien debe responder por los daños jurídicos que le sean imputados como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de un agente suyo; y, en segundo término, porque COLSEGUROS S.A., es una persona jurídica de derecho privado. El llamamiento en garantía tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, lo cual no significa que desde este mismo momento se vislumbre responsabilidad de la parte demandada y menos aún, que el llamado en garantía tenga que responder por la eventual condena. **Y si bien es cierto que el artículo 217 del C.C.A. modificado por el Decreto 2304 de 1989, consagra la posibilidad de realizar el llamamiento en garantía sólo en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, ya la jurisprudencia ha definido que también es posible utilizar esta institución procesal en los procesos adelantados en virtud de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.** Ahora bien, los requisitos y trámite que debe imprimirse al llamamiento en garantía, no cuentan con una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, por lo que deben aplicarse los artículos 55, 56 y 57 del C. de P.C., en virtud de la remisión expresa que para ese tipo de eventos prevé el art. 267 del estatuto contencioso. Se tiene entonces, que el llamamiento en garantía ocurre cuando la persona citada por razón de una disposición de orden legal o de carácter contractual se encuentra obligada a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago que sea impuesto en la sentencia.”*

En consecuencia, es procedente el llamamiento en garantía para esta clase de procesos.

En cuanto al cargo según el cual los 90 días previstos en la ley para la notificación del llamamiento en garantía se encuentran vencidos, no existe prueba alguna para sostener dicha afirmación.

Vale la pena recordar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, las partes se encuentran en la obligación de probar los hechos del caso y sus afirmaciones, de lo contrario no prosperarán sus pretensiones.

El citado artículo consagra que: *“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”*

Finalmente, los recurrentes exponen una serie de argumentos tendientes a controvertir el auto admisorio de la demanda, es del caso resaltar que este no es el momento oportuno para para cuestionar dicho acto procesal, pues en esta etapa se está debatiendo sobre otro auto, el que admitió los llamamientos en garantía.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, considera la Sala que hay lugar a confirmar el auto apelado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

**RESUELVE:**

**CONFÍRMASE** el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
Consejera de Estado