

**JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, dieciocho de junio de dos mil veintiuno**

Proceso	Verbal (Contractual)
Demandante	EMGESA S.A. ESP
Demandado	XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.
Radicado	05001310300820190025700
Interlocutorio N°	524
Asunto	Resuelve excepciones previas

OBJETO DE DECISIÓN

Procede el Despacho a decidir las excepciones planteadas por el apoderado judicial de la parte demandada.

ANTECEDENTES

La Sociedad EMGESA SA ESP, a través de su apoderado, instauró demanda contra la Sociedad EXPERTOS DEL MERCADO – XM S.A. ESP, pretendiendo se declare el incumplimiento de contrato y en consecuencia, se ordene el pago de los perjuicios sufridos por la demandante.

La demandada al momento de su contestación, se opuso a la demanda proponiendo excepciones previas.

DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS

Se plantearon como tales, la falta de jurisdicción y/o competencia; inepta demanda por indebida escogencia de la acción y/o medio de control; caducidad del medio de control; incumplimiento del requisito de procedibilidad; falta de integración del litisconsorcio necesario; no haberse citado a persona que la ley dispone citar.

ARGUMENTOS DE LA PARTE EXCEPCIONANTE

Falta de Jurisdicción y Competencia (Artículo 100 numeral 1º C.G.P.).

Considera que el conocimiento del presente proceso no corresponde, ni a la jurisdicción ordinaria, ni a los juzgados civiles del circuito, sino que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en sede de tribunal en primera instancia.

Manifiesta en primer lugar, que debe precisarse tal y como se encuentra demostrado del expediente, que XM es una entidad pública, porque tiene una composición accionaria con una participación estatal superior al 50%, hecho que no admite discusión alguna.

Expuso que en el auto en el que se resolvió el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, este despacho citó sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 19 de junio de 2019, por el Consejero Ponente, doctor ALBERTO MONTAÑA PLATA, sin embargo la cita que se hizo está descontextualizada, pues cuando una de las partes en litigio es una empresa prestadora de servicios públicos de carácter público, el conocimiento del caso corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo, por la aplicación de la cláusula general de competencia.

Arguyó que la decisión en cita se produjo al amparo del C.C.A., luego de su modificación por la Ley 1107 de 2006, que introdujo un criterio orgánico para la determinación de la competencia, el que recoge en gran medida el CPACA, tal como lo alude el Consejo de Estado.

Sostuvo que históricamente XM ha dicho que no expide actos administrativos, ni que sus liquidaciones, ni sus facturas tienen esa naturaleza, posición que mantiene, sin embargo EMGESA en otros procesos que ha entablado contra XM, ha manifestado que XM expide actos administrativos, contrario a lo que afirmó en el memorial donde

describió el traslado del recurso de reposición frente al auto admisorio en este proceso.

Respecto del tema que se debate, manifestó que el Consejo de Estado en auto del 10 de diciembre de 2012, Consejero Ponente, doctor Enrique Gil Botero, al resolver una excepción previa dentro de un proceso donde era demandada XM, dijo que los actos liquidatorios expedidos por la parte pasiva eran verdaderos actos administrativos.

Concluyó con lo anterior, que si las liquidaciones proferidas por XM en relación con EMGESA, en el período de abril de 2015 a abril de 2016 son actos administrativos, este Despacho en atención a lo sustentado, es decir al decidir el recurso de reposición aludido, no tiene otra alternativa que declarar probada la excepción de falta de jurisdicción.

Inepta demanda por indebida escogencia de la acción y/o medio de control (Artículo 100 numeral 5 C.G.P.)

Considera que al ser la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a conocer de este proceso, el medio de control pertinente sería la nulidad y restablecimiento del derecho o el de controversias contractuales según el caso.

Caducidad del medio de control (artículo 100 numerales 5 y 7)

Reiteró que al ser dicha jurisdicción la competente para conocer de este asunto, habría operado el fenómeno de la caducidad sobre los medios de control mencionados en el párrafo anterior, de conformidad con lo establecido en el C.P.A.C.A.

Incumplimiento del requisito de procedibilidad (Artículo 100 numeral 5 C.G.P.)

Toda vez que no se agotó el requisito de procedibilidad de audiencia de conciliación prejudicial en debida forma, por cuanto debió

solicitarse ante la Procuraduría General de la Nación, quienes son los facultados para conocer de las conciliaciones en la que está involucrada una entidad pública como la demandada.

Indebida integración del contradictorio - litisconsorcio necesario (Artículo 100 numeral 9 C.G.P.)

Dijo que la demanda debió dirigirse contra todos los agentes que transaron energía entre los meses de abril de 2015 a abril de 2016, ya que en caso de una decisión de fondo que llegare a beneficiar a EMGESA, se extenderán a todos los agentes generadores y comercializadores que realizaron transacciones comerciales en el mercado de energía durante el período anotado.

No haberse citado a personas que la ley dispone citar (Artículo 100 numeral 10 C.G.P.)

Manifestó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 612 del Código General del Proceso, debió notificarse esta demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, independiente de la jurisdicción que conozca del proceso.

Del traslado del escrito de excepciones

Del escrito de excepciones previas, se dio traslado a la parte demandante, quien manifestó:

Que el extremo pasivo había presentado recurso de reposición, basado en la misma argumentación jurídica, recurso que fue resuelto desfavorablemente; solicitando al Despacho que conmine al extremo pasivo para que se abstenga de presentar solicitudes temerarias y de mala fe, como lo establecen los numerales 1º y 5º del artículo 78 del C.G.P.; igualmente solicitó se conmine a la parte demandada por no remitir las excepciones previas y la contestación, como lo obliga el decreto 806 de 2020, y numeral 14 del art. 78 del C.G.P.

Indicó que no es cierto que en este caso se configure una falta de jurisdicción como lo pretende hacer ver la parte demandada, aduciendo que este litigio debe resolverse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Dijo que la sociedad demandada, procede nuevamente a realizar una lectura parcial y equívoca al artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, y para tal fin sugiere tres preguntas, las que responde la demandante, de la siguiente forma, para evidenciar la improcedencia de la excepción previa propuesta.

El problema jurídico que se trae en este proceso es un conflicto particular o subjetivo entre contratantes, en otras palabras, es por incumplimiento de un contrato que no incluyó, ni debió incluir cláusulas exorbitantes.

Manifestó que lo anterior se prueba con el contrato de mandato que reposa en el expediente, y en el que no se observa, ni era necesaria la inclusión de cláusula que permita una interpretación, terminación unilateral, o una facultad para imponer multas de forma unilateral por alguna de las partes.

Expresó que el criterio orgánico que la sociedad demandada pretende aplicar al caso, ha sido atenuado por el legislador como en el presente caso, con el fin de evitar despropósitos que lleven a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conozca de todas las controversias que se presenten, y donde una de las partes sea una Entidad Pública, como sería el caso en el cual un Juez Administrativo conoce de un proceso de deslinde y amojonamiento o entrega de inmueble arrendado.

Cita el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y expuso que el legislador para evitar los despropósitos señalados, se vale de distintos mecanismos, como el de la diferencia entre ley especial y ley general.

Argumentó que el numeral 2° (***norma general***) establece que todos los procesos relativos a los contratos, sin importar su régimen, donde una de las partes sea una Entidad Pública, (criterio orgánico), serán conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que se pensaría que la excepcionante tiene la razón. Sin embargo, el numeral 3° (***norma especial***), hace referencia a que la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de los procesos relativos a los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios (sin importar si son públicas o privadas), en los cuales se incluyan o deban incluirse cláusulas exorbitantes.

Manifestó que la interpretación de la demanda, desconoce el principio constitucional que establece que "*donde la ley no distingue no le es dable al intérprete hacerlo*", siendo claro lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que todo contrato que no tenga o haya debido tener cláusulas exorbitantes será de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, es decir, del Juez Civil.

Concluye que la jurisdicción competente para conocer de este caso es la jurisdicción ordinaria, por no estar frente a un caso de ley especial sobre ley general, y por lo tanto no le asiste razón a la excepcionante.

En cuanto a que se configure las excepciones de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y/o medio de control; que el medio de control haya caducado; e incumplimiento a los requisitos de procedibilidad, manifestó que no es necesario hacer pronunciamiento alguno por cuanto la jurisdicción competente para conocer del asunto es la ordinaria.

Respecto a la indebida integración del contradictorio y que no se hayan citado las personas que establece la Ley, expuso que nuevamente la demanda comete el error al señalar que el artículo 83 del C.G.P., trata del litisconsorcio necesario, ya que lo dispuesto en el mencionado artículo, son los requisitos adicionales de la demanda, y que es el artículo 61 de dicho Estatuto el que regula esa situación.

Señalando el abogado que se hace necesario recordar que el objeto de este proceso es la declaratoria de incumplimiento por parte de la demanda del contrato de mandato celebrado únicamente por dicha Sociedad y EMGESA S.A. ESP., y por tal motivo no le asiste la razón a la petente, en cuanto a que se deben vincular a todos los agentes del mercado, básicamente porque el contrato de comodato tal y como el Despacho lo puede comprobar solo fue celebrado entre las partes de este proceso.

Finalmente, solicitó al Despacho decretar la improcedencia de todas y cada una de las excepciones previas propuestas por ser temerarias y por adolecer de fundamento Constitucional y Legal.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a través de su delegado, indicó que el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que esa Jurisdicción conocerá de los asuntos en los que estén involucradas entidades públicas o particulares cuando ejerzan funciones administrativas.

Por tanto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2º y el párrafo del artículo 104 del CPACA, la jurisdicción competente para conocer de los procesos donde se demanden controversias contractuales, en los que estén involucradas entidades públicas, tal como en el presente caso, es la contencioso administrativa, razón por la cual este Despacho deberá declarar la falta de competencia y remitir este proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Adujo el apoderado de la Agencia Nacional, que al efectuar el análisis respecto de la falta de competencia de este Juzgado para conocer el proceso, se tiene que la demanda se instauró contra la Sociedad XM Compañía de Expertos de Mercado S.A. E.S.P., empresa que dentro de

su composición accionaria tiene participación estatal superior al 50% de su capital, distribuido de la siguiente manera 61,481% de capital público y 38,518% de capital privado, situación que la enmarca dentro de la categoría de entidad pública de acuerdo a lo establecido en el parágrafo del mencionado artículo 104.

Manifestó que pudo constatar que no solo la sociedad demandada es considerada una entidad pública de acuerdo al parágrafo del artículo 104 del CPACA, sino que la sociedad demandante EMGESA S.A., también debe ser considerada una entidad pública dado que, dentro de su composición accionaria el 51.5135% de las acciones pertenecen al Grupo de Energía de Bogotá S.A. ESP, empresa que a su vez tiene el 65.68% de capital público cuyo accionista es el Distrito de Bogotá, según los documentos adjuntos, razón que refuerza el argumento planteado por esta entidad en el sentido que la jurisdicción competente para conocer de la presente controversia es la contencioso administrativo y no la ordinaria.

Considera que el sustento esbozado por este Despacho para decidir el recurso de reposición contra el auto admisorio, desconoció el mandato constitucional consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política.

Expresó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 104 del CPACA, los procesos de controversias contractuales donde estén involucradas entidades públicas, tal como sucede en el presente caso, es competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por cual, mal hace el operador jurídico en acudir a la jurisprudencia que es un criterio auxiliar para determinar la jurisdicción competente de un asunto.

Adicionó que este Despacho interpretó de manera equivocada la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, el 19 de junio de 2019, radicado 39800, teniendo en cuenta que dicha Corporación es clara al manifestar que en todos los casos en los que no se tenga claridad sobre qué jurisdicción debe conocer de un

proceso, bien sea, la contencioso administrativa o la ordinaria, debe resolverse con base en la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo consagrada en el artículo 104 del CPACA, norma que es clara en sus parámetros y aplicable al presente caso.

Dijo el apoderado de la Agencia, que en virtud de lo expuesto en su escrito, y dado que ambas entidades son públicas en los términos del mencionado parágrafo del artículo 104 del CPACA, este caso debe tramitarse ante dicha jurisdicción, remitiendo el proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia, según lo establecido por el numeral 4° del artículo 152 del CPACA.

Finalizó su escrito argumentando que, de acuerdo a lo manifestado esa Agencia reitera que el este Despacho carece de competencia para conocer del presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde al Despacho, determinar si deben declararse o no probadas las excepciones previas de **falta de jurisdicción y/o competencia- inepta demanda por indebida escogencia de la acción y/o medio de control- caducidad del medio de control- incumplimiento del requisito de procedibilidad- falta de integración del litisconsorcio necesario- no haberse citado a personas que la ley dispone citar-** alegadas por la demandada.

CONSIDERACIONES

Sabido es que jurisdicción no existe sino una.

"Se entiende por falta de jurisdicción (o falta de competencia por ramas) el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente de la civil: por ejemplo: laboral, contencioso-administrativa, familia, penal, mientras que la falta de competencia se

presenta cuando el conocimiento corresponde a una autoridad diferente". (López Blanco. Código General del Proceso. Parte General)

Respecto del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, el artículo 104 del C.P.A.C.A., establece:

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. *Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.*

CASO CONCRETO

Este Despacho, sostuvo en el auto que no repuso la admisión de la demanda, que el conocimiento de este proceso radicaba en la Jurisdicción Ordinaria, teniendo en cuenta para ese entonces, sentencia del Consejo de Estado que trataba un tema similar, y resaltando en esa oportunidad, que esa Alta Corporación tenía diferentes posiciones en cuanto a la jurisdicción de conocimiento del proceso.

Esto, por cuanto existía jurisprudencia que indicaba que cuando no debían incluirse cláusulas exorbitantes, o que los actos proferidos por las partes no eran verdaderos actos administrativos, conocían la jurisdicción de lo contencioso administrativo y otra, que la jurisdicción ordinaria. Entendió el Despacho en esa ocasión, que una de las más aceptadas, era la que otorgaba el conocimiento del proceso a la Ordinaria.

Ahora bien, en esta instancia, está acreditado, como bien lo expone la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que la sociedad XM Compañía de Expertos de Mercado S.A. E.S.P dentro de su composición accionaria cuenta con más del 50% de participación de capital público, razón por la cual ostenta la calidad de entidad pública de acuerdo a lo establecido en el parágrafo del artículo 104 del CPACA y que el 51.5135% de las acciones de La empresa Emgesa S.A. pertenecen al Grupo de Energía de Bogotá S.A. ESP, empresa que, a su vez, tiene el 65.68% de capital público cuyo accionista es el Distrito de Bogotá.

Es claro además que el contrato que suscita la controversia y respecto del cual se invoca incumplimiento no se encuentra regido por una norma especial que determine una jurisdicción específica de conocimiento.

En punto a ello, el Consejo de Estado en **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**, proferida el 3 de septiembre de 2020, por La Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente,

Doctor Alberto Montaña Plata, en proceso radicado: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003) Actor: Vigías de Colombia SRL Limitada y Granadina de Vigilancia Limitada Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., respecto de la Cláusula general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para conocer de las controversias de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, expresó en lo pertinente:

(...)

2.3.1. Conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la presente controversia

45. Presupuesto procesal indispensable para adoptar una decisión, en el presente caso, es si el conocimiento de este corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sobre el conocimiento, o no, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de controversias de naturaleza contractual o extracontractual de prestadores de los servicios públicos domiciliarios no ha existido una línea unívoca. Sin embargo, recientemente, existe una posición constante, aparentemente ausente de discusión, que encuentra solución en el derecho positivo.

(...)

50. Finalmente, y esta corresponde a la posición constante vigente que se adopta en esta sentencia, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. Cabe aclarar que la cláusula general de competencia difiere, evidentemente, de las normas de competencia contempladas en la Ley 142 de 1994.

(...)

2.5. Unificación de jurisprudencia

120. De las razones que sirven de sustento para la decisión que se adoptará en esta sentencia, de conformidad con la

solución del caso que precede, se extraen los siguientes puntos de unificación:

- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

(...)

PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los términos señalados en esta sentencia”.

Analizado lo expuesto, se concluye que cuando no exista norma expresa sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, se deberá acudir a la cláusula general de competencia, es decir, que el conocimiento del proceso deberá radicar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

En virtud de ello, para el caso concreto, corresponde acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tratarse de entidades públicas.

Bastan las anteriores consideraciones para advertir en esta oportunidad con suficiente claridad, que le asiste razón a la excepcionante y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en sus argumentos, pues de acuerdo a la jurisprudencia citada, en armonía con lo establecido en el numeral 2º y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, la competencia para conocer de este proceso es de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, este Juzgado declarará probada la excepción de **falta de jurisdicción o de competencia**, ordenando remitir este proceso

al Tribunal Administrativo de Antioquia para su conocimiento, en virtud de lo dispuesto por el por el numeral 4° del artículo 152 del CPACA.

La prosperidad de la excepción de la falta de competencia en cabeza de este Despacho impide pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas.

No habrá condena en costas. Art. 365 N° 1° C.G.P.

En virtud de lo esbozado, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

PRIMERO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de **FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA.**

SEGUNDO: No emitir pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones previas.

TERCERO: REMITIR el expediente al H. Tribunal Administrativo de Antioquia.

CUARTO: Sin costas.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



ISABEL CRISTINA MORENO CARABALÍ

JUEZ

(Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho)