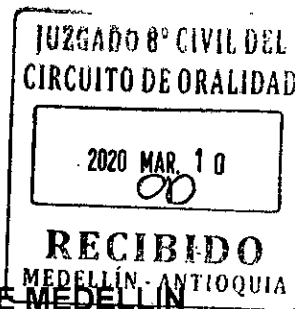


Medellín, marzo de 2020



CUMPLIR MAR 20 2020

Señores

JUZGADO OCTAVO (8) CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Dr. Carlos Arturo Guerra Higueta

E. S. D.

PROCESO:	Proceso Verbal
DEMANDANTE:	EMGESA S.A. E.S.P.
DEMANDADO:	COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.
RADICADO:	05001-31-03-008-2019-00257-00

**Asunto: EXCEPCIONES PREVIAS**

MARIA LIA MEJIA URIBE, mayor de edad, identificada conforme aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio, obrando en calidad de apoderada judicial principal de la sociedad XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., (en adelante simplemente XM), conforme poder otorgado que obra en el expediente, dentro del término conferido para ello, interpongo EXCEPCIONES PREVIAS conforme el siguiente esquema de trabajo:

- I. EXCEPCIONES PREVIAS
  1. FALTA DE JURISDICCION Y/O COMPETENCIA
  2. INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION Y/O MEDIO DE CONTROL
  3. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL
  4. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD
  5. FALTA DE INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.
  6. NO HABERSE CITADO A PERSONAS QUE LA LEY DISPONE CITAR
- II. PRUEBAS Y ANEXOS
- III. PETICION

**I. EXCEPCIONES PREVIAS**

**1. FALTA DE JURISDICCION Y/O COMPETENCIA (artículo 100 numeral 1 CGP)**

Dentro de las excepciones previas previstas en la normatividad procesal, se encuentra consagrada en el numeral 1° del artículo 100 del C.P.G. la excepción previa de "1. Falta de jurisdicción o de competencia", la cual podrá interponerse por la parte demandada dentro del término del traslado de la demanda.

La finalidad de la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia es determinar si el juzgado que adelanta el trámite de un proceso está investido de la potestad para ello por virtud de la ley; y, si tiene la facultad para conocer del litigio respectivo.

Para XM es claro que, con base en las razones que se plantean a continuación, el conocimiento del presente proceso no corresponde ni a la jurisdicción ordinaria, ni a los juzgados civiles del circuito. El conocimiento del asunto debe ser, conforme el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia vigente en la materia, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en sede de tribunal en primera instancia.

El artículo 104 del C.P.A.C.A. determina las controversias y litigios que son del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo así:

**“Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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%.** (Subraya y negrilla intencional)

De acuerdo con la norma trascrita, y atendiendo la fundamentación dada por el Juzgado de conocimiento en el auto del pasado 4 de febrero de 2020 al momento de decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda, en el cual concluyó que la competencia es de la jurisdicción ordinaria, son tres las inquietudes más relevantes que se deben resolver para el caso concreto, a saber:

- ¿Qué efecto tiene que la empresa de servicios públicos demandada, XM, sea una entidad pública (Párrafo inicial y parágrafo del art. 104 C.P.A.C.A.)?
- ¿Qué aplicación se debe dar del Numeral 2 del artículo 104 C.P.A.C.A. en el caso concreto?
- ¿Qué aplicación se debe dar del Numeral 3 del artículo 104 C.P.A.C.A. en el caso concreto?

Lo primero que se debe precisar, tal como ya se encuentra demostrado dentro del expediente, prueba que se reitera y amplía en el presente escrito, es que XM es una entidad pública, en tanto que tiene una composición accionaria con una participación estatal superior al 50%.

La composición accionaria de XM, es la siguiente:

ACCIONISTA	PARTICIPACIÓN (%)	PUBLICO	PRIVADO
Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – ISA	99,7303%	61,4139%	38,3164%
Corporación Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico del Sector Eléctrico – CIDET	0,0674%	0,0000%	0,0674%
Fondo de Empleados de Isa – FEISA	0,0674%	0,0000%	0,0674%
Financiera de Desarrollo Nacional S.A.	0,0674%	0,0674%	0,00000%
Bolsa de Valores de Colombia – BVC	0,0674%	0,0000%	0,0674%
<b>Total capital suscrito y pagado en porcentaje de XM</b>	<b>100,00%</b>	<b>61,481%</b>	<b>38,519%</b>

De acuerdo con esta composición de capital, XM tiene una participación de capital estatal equivalente al 61,481%, situación que de acuerdo con el parágrafo del artículo antes transcrito la encasilla como entidad pública, hecho que no admite discusión alguna.

Ahora bien, en el auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto por XM contra el auto admisorio de la demanda, el despacho indicó que los Altos Tribunales tienen diferentes posiciones en cuanto a la jurisdicción competente cuando en el litigio comparece una empresa de servicios públicos, “...siendo la más aceptada, la que otorga dicho conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria, siempre y cuando en los contratos no se incluyan, ni deban incluirse cláusulas exorbitantes; la entidad no profiera actos administrativos; o el contrato no deba regirse por la Ley 80 de 1993.”<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Tomado del primer párrafo de la página 5 – folio 235- del Auto del 4 de febrero de 2020.

afirmación que no es de recibo, en tanto que la jurisprudencia reciente donde se debaten casos iguales o similares al que nos ocupa, asume una posición contraria, clara e inequívoca.

En efecto, la jurisprudencia actual acepta que en las controversias donde participa una empresa de servicios públicos con capital mayoritariamente estatal, se debe aplicar la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del CPACA (párrafo inicial y parágrafo), que establece que si hay una entidad pública en la litis, el conocimiento del proceso le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (jurisdicción preferente con criterio orgánico).

Ahora bien, para sustentar la decisión tomada en este proceso por el Juez de conocimiento, al negar el recurso de reposición, mediante auto del 4 de febrero de 2020, el Despacho trajo a colación una reciente Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 19 de junio de 2019 por el C. P. Alberto Montaña Plata<sup>2</sup>; sin embargo, la cita que hace de la misma está descontextualizada y en esa medida, no aplica para el tema en estudio.

Veamos por qué:

El juez cita el numeral 2.6. de las consideraciones de la sentencia, el cual se refiere al régimen sustancial aplicable a los actos y contratos que celebran las empresas prestadoras de servicios públicos, pero **omite citar** el numeral 2.1. del mismo capítulo de consideraciones, que se refiere concreta y exclusivamente a la jurisdicción y competencia que conoce del litigio.

Visto lo dispuesto en esa decisión por el Consejo de Estado en el mencionado numeral 2.1., **no cabe duda alguna que la jurisdicción bajo la cual se debe tramitar el asunto donde participa una empresa prestadora de servicios públicos, con mayoría de capital estatal, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

Veamos lo que se señala el Consejo de Estado en la sentencia invocada por el juzgado en el numeral 2.1. de las consideraciones, aparte que repetimos fue pasado por alto por el despacho en el auto decisorio del recurso:

## **"2. CONSIDERACIONES**

*Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia - 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto - 2.4. Sobre el régimen jurídico del contrato celebrado - 2.5. Sobre la cláusula que contiene la condición resolutoria y la terminación unilateral del contrato regido por el derecho privado - 2.6. Sobre las actuaciones de las empresas regidas por el derecho privado, la naturaleza de sus actos y los vicios derivados de la falta de competencia - 2.7. Sobre la declaratoria del siniestro por parte de empresas públicas regidas por el derecho privado - 2.8. Sobre la*

---

<sup>2</sup> Sentencia del diecinueve (19) de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Alberto Montaña Plata. Radicado 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800) Demandante Liberty Seguros. Demandado Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal y Otros.

pretensión de restitución de los dineros que se hubieran pagado o llegaren a pagarse – 2.9. Sobre la condena en costas

## **2.1. Jurisdicción y competencia**

1. El conocimiento de los litigios (contractuales y extracontractuales) de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios ha sido un aspecto controvertido en la doctrina y la jurisprudencia, en el que no ha existido, en absoluto, una línea unívoca; sin embargo, en época reciente ha obtenido, en opinión de esta Sala, una posición coherente, aparentemente ausente de discusión, que encuentra solución en el derecho positivo.

2. El problema tuvo origen en un vacío normativo. En efecto, la Ley 142 de 1994, contenedora de un régimen jurídico mixto, y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó sobre el juez de las controversias de los sujetos prestadores, en general, y se limitó a presentar, para situaciones muy concretas, soluciones de competencia en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en ocasiones, de la jurisdicción ordinaria<sup>3</sup>.

3. Frente a este vacío, y con el trasfondo lógico de la, no poco frecuente, fundamentación histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez de los servicios públicos, esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimos de síntesis se pueden recoger tres:

4. En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado, su conocimiento correspondería a la jurisdicción ordinaria, mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>4</sup>.

5. En un segundo momento y, circunscrito, exclusivamente, para controversias de naturaleza contractual, se indicó que, cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>5</sup>. Vale la pena recordar que esta tesis exigía del juez el reconocimiento de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, en materia de controversias relativas a cláusulas excepcionales, debidamente incorporadas en contratos celebrados por prestadores de servicios públicos domiciliarios (artículo 31); o el ejercicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas (artículo 33); dispuso que su conocimiento sería de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por su parte, para el caso de procesos ejecutivos adelantados por prestadores de servicios públicos domiciliarios para hacer efectivo el pago de sus acreencias (artículo 130) se dispuso que su conocimiento sería de la jurisdicción ordinaria.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 8 de febrero de 2001, expediente 16.661.

a la luz de la jurisprudencia de entonces, en atención a la existencia de capital público en todas las empresas de servicios públicos mixtas y, en muchas oportunidades, aún en las privadas<sup>6</sup>.

6. **Finalmente, y esta se entiende como la posición vigente, 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 que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. En virtud de esto, de la aplicación de la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede resultar que la controversia sea de su conocimiento y, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria que es la regla general<sup>7</sup> de conocimiento en los distintos órdenes jurisdiccionales que existen en Colombia.**

7. **La cláusula general de competencia vigente para la época del caso objeto de conocimiento era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA) con la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006. Esta última norma le imprimió un talante prevalentemente orgánico a esta importante norma del CCA, en virtud del cual, si el sujeto prestador de servicio público domiciliario involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

8. **En el presente caso la EAAY, en su condición de parte pasiva de este litigio, detentaba la condición de empresa industrial y comercial del estado y, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, motivo por el cual el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción.**

9. Sumado a lo anterior, **el Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.**  
(...) (Subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con el aparte relativo específicamente al estudio de la jurisdicción y competencia del proceso traído a colación, **es enfático el Consejo de Estado en advertir que hoy día hay acuerdo jurisprudencial sobre lo siguiente: cuando una de las partes en litigio es una empresa prestadora de servicios públicos de carácter público, el conocimiento del caso le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por aplicación de la cláusula general de competencia.**

<sup>6</sup> La naturaleza de entidad pública de todas las empresas de servicios públicos donde se constatará la presencia de capital público, fue señalada primero por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703) y luego por la Corte Constitucional (Sentencia C-736 de 2007).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 27.673.

Ahora bien, la anterior decisión se produjo al amparo del C.C.A., luego que se diera la modificación por la Ley 1107 de 2006, que introdujo un criterio orgánico para la determinación de la competencia, mismo criterio que recoge en gran medida el C.P.A.C.A., tal como lo menciona el Consejo de Estado.

En todo caso, la tesis de la Alta Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya en vigencia del artículo 104 del C.P.C.A. se mantiene, y corolario de ello, es lo decidido el fallo de tutela proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en primera instancia, el 19 de septiembre de 2019, C.P: Alberto Montaña Plata<sup>8</sup> donde se define:

## **“2.2. Problema jurídico**

(...)

19. *Corresponde a esta Sala determinar si existió o no, vulneración al derecho fundamental de la sociedad accionante, con ocasión del Auto de 8 de diciembre de 2018, por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió un conflicto de competencias y remitió una demanda a la Jurisdicción Ordinaria.*

(...)

49. *Así las cosas, es preciso señalar que, en el proceso está demostrado que, ISA E.S.P., es una empresa de servicios públicos, mixta, constituida como sociedad anónima de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía<sup>9</sup> y con una participación/inversión pública equivalente al 61,58%<sup>10</sup>, razón por la cual, de conformidad con la regla general de competencia del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, aquella tiene el carácter de empresa pública<sup>11</sup> y sus controversias contractuales, sea cual sea el régimen aplicable (derecho público – derecho privado), serán de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

50. *En suma, en la resolución de este tipo de litigios, entiéndase las de dirimir los conflictos de jurisdicción en materia de controversias de servicios públicos domiciliarios, no basta con revisar si el contrato tuvo o debió tener cláusulas exorbitantes (excepcionales en los términos de la Ley 80 de 1993), sino también la naturaleza de la empresa de servicios públicos, así como las normas especiales que sobre jurisdicción y competencia el particular ha dictado el legislador, en ese caso, la Ley 142 de 1994.*

51. *Ahora bien, de no existir claridad sobre la jurisdicción de conocimiento desde la mencionada Ley 142 de 1994, tal como se indicó en precedencia, deberá*

---

<sup>8</sup>Sentencia de Tutela de primera instancia del diecinueve (19) de septiembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente Alberto Montaña Plata, radicado 11001-03-15-000-2019-03497-01. Accionante: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., Accionada: Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Disciplinaria.

<sup>9</sup> Folios 27 a 50.

<sup>10</sup> Folio 51.

<sup>11</sup> De conformidad con el párrafo del artículo 104 del CPACA.

acudirse a la cláusula general de competencia contenida en el artículo 104 del CPACA, que para un caso como el presente, contempla inequívocamente que la jurisdicción debe ser la de lo Contencioso Administrativo.

52. No sobra aclarar, que esta interpretación, no riñe con lo consagrado en el numeral 3 del inciso 2 del artículo 104 *ibídem*, ya que, en él, lo que se señala es un criterio adicional para determinar la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, referido expresamente a que, las controversias sobre contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sea cual sea su naturaleza (oficial, mixta o privada<sup>12</sup>), en los cuales se hayan o debieron haberse pactado cláusulas exorbitantes. En ese orden de ideas, no puede entenderse que, en materia de servicios públicos domiciliarios, solo los litigios antes descritos, sean de conocimiento del juez de lo contenciosos administrativo, pues aquella regla debe interpretarse de forma sistemática con el resto de la norma, según la cual, esa jurisdicción también conoce de otros pleitos en la materia, por un criterio orgánico [párrafo 34].

53. Por lo anterior, se concluye que en la providencia enjuiciada se configuró un defecto sustantivo por la indebida aplicación del mencionado artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, razón suficiente para conceder el amparo del derecho al debido proceso.” (Subraya y negrilla intencional).

En el fallo antes citado confluyen similares elementos, sino idénticos, a los que tiene el presente proceso:

- Tanto ISA como XM son empresas de servicios públicos con capital mayoritariamente estatal, lo que les da la condición de entidades públicas;
- El contrato sobre el cual versa el litigio, tanto en el proceso que se invoca por la tutelante ISA, como el que nos convoca en el presente proceso, no tiene una norma especial que determine una jurisdicción específica de conocimiento, y por tanto se debe acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por ser entidades públicas;
- No resulta aplicable el numeral 3 del artículo 104 del C.P.A.C.A para indicar que, como el contrato no tiene pactadas cláusulas exorbitantes, se entiende que su conocimiento es de la jurisdicción ordinaria, cuando lo que precisa ese numeral es que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de todos los contratos donde se pacten esas cláusulas por una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, independientemente de si su naturaleza es privada, pública o mixta, más no por ello, permite concluir que todos los demás contratos que celebre cualquier empresa de servicios públicos, incluidas las entidades públicas, serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

La anterior decisión fue ratificada en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. Oswaldo Giraldo López<sup>13</sup>, quien indica que al ser parte una

<sup>12</sup> Ver: Ley 142 de 1994, artículo 14, numerales 14.5, 14.6 y 14.7.

<sup>13</sup> Sentencia de Tutela de segunda instancia del doce (12) de diciembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Oswaldo Giraldo López, radicado 11001-03-15-000-2019-



entidad pública debe darse aplicación a la cláusula general que confiere competencia para conocer de los asuntos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así.

*“5.6.2. Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que la providencia acusada incurrió en defecto sustantivo, toda vez que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no aplicó debidamente el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone lo siguiente:*

*(...)*

*Al respecto, frente a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, observa la Sala que no le asiste razón al apoderado del señor Gustavo de León Montero por cuanto **el precitado artículo 104 del CPACA, establece una cláusula general de competencia soportada en el criterio orgánico.** Así las cosas, aun cuando “las servidumbres son de la esencia del derecho civil”, ello no es óbice para sustraer de la Jurisdicción Contencioso Administrativo el conocimiento de un asunto que verse sobre un contrato de imposición de servidumbre en el que es parte una entidad pública.*

*(...)*

*En este orden de ideas, es claro que el objeto del litigio que se desprende de las pretensiones de la demanda está relacionado con un contrato de constitución de servidumbre de telecomunicaciones, en el cual, una de las partes es Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., empresa que como quedó acreditado en el plenario tiene una participación superior al 50% de capital estatal, por lo que, en concordancia con el parágrafo del artículo 104 del CPACA, debe entenderse que se trata de una empresa pública y, por lo tanto, encuadra en lo preceptuado la cláusula general de competencia.*

*(...)*

**De acuerdo con la posición hoy pacífica del Consejo de Estado sobre la jurisdicción competente para conocer de los casos como el que nos ocupa, donde se aplica un criterio orgánico a partir de la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, solicitamos se de aplicación a la posición predominante de la jurisprudencia y se declare probada la excepción previa de falta de jurisdicción.**

No obstante lo anterior, de persistir el despacho en su posición de dar una aplicación que no corresponde al numeral 3 de artículo 104 del C.P.A.C.A, en contravía con la jurisprudencia unánime actual, debe precisarse que el presente litigio también genera una inquietud importante en este punto, en la medida que, tal como se concluye de los hechos y pretensiones de la demanda, lo que ataca EMGESA son las liquidaciones realizadas por XM como ASIC desde abril de 2015 hasta abril de 2016, y de allí que su pretensión quinta consista en buscar que se ordene hacer una reliquidación.

Pues bien, volviendo a lo dispuesto en el auto del 4 de febrero del 2020, el despacho señaló que la posición más aceptada por los Altos Tribunales, es que el conocimiento

lo tiene la jurisdicción ordinaria, siempre que, entre otros puntos, la entidad no profiera actos administrativos, punto que aún genera bastantes dudas y discusiones.

Históricamente XM ha sostenido que no expide actos administrativos y que ni sus liquidaciones ni sus facturas tienen esta naturaleza, posición que mantiene. Sin embargo, EMGESA en otros procesos que ha entablado contra XM por motivos diferentes a los que debate en este proceso, ha señalado que XM expide actos administrativos<sup>14</sup>, posición que contradice abiertamente en el memorial que describió el traslado del recurso interpuesto por XM contra el auto admisorio de la demanda.

Independientemente de la discusión de los sujetos procesales sobre la naturaleza de los actos que expide XM, y la tesis que tiene esta última empresa, ya en el pasado el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre ello, y concretamente en Auto del 10 de diciembre de 2012 el C.P. Dr. Enrique Gi Botero<sup>15</sup>, al resolver sobre una excepción previa dentro de un proceso donde era demanda XM, determinó:

*Por el contrario, la Sala advierte que si bien la acción adecuada era la relativa al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la misma era procedente no en razón de lo expuesto por la sociedad demandada en la apelación – que buscaba la nulidad de las resoluciones expedidas por la CREG-, sino en razón a que los actos liquidatorios expedidos por la sociedad X.M. S.A. E.S.P. pertenecen a la categoría de actos administrativos, en cuanto expresan la voluntad de la administración al aplicar las formulas establecidas en las resoluciones expedidas por la CREG, que a su vez se expidieron en razón al procedimiento previsto en las resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía dentro del marco de racionamiento de gas naturales en el país.*

*Así las cosas, en aplicación del principio iura novit curia, según el cual el juez es el llamado a interpretar adecuadamente el derecho, la excepción de indebida escogencia de la acción está llamada a prosperar por la interpretación hecha en esta instancia y no por lo argumentado por el apelante y lo resuelto por el tribunal.*

*En ese orden, como se precisó anteriormente, contrario a lo expuesto por la sociedad demandada XM S.A. E.S.P., los actos liquidatorios que la misma expidió son verdaderos actos administrativos.(...)”*

Así las cosas, si las liquidaciones proferidas por XM en relación con EMGESA en el periodo de abril de 2015 a abril de 2016 son actos administrativos, el juzgado en

---

<sup>14</sup> Para el caso remitirse a los procesos con radicados 050012331000200601567, 050012331000200601568, 050012331000200600346500 y 0500123310002006036000 que se adelantaron ante el Tribunal Administrativo de Antioquia por parte de EMGESA contra XM donde se demanda la nulidad y restablecimiento de “Actos Administrativos” expedidos por XM donde demanda facturas. En las pruebas se adjunta copia de la demanda y el auto admisorio de la misma con radicado 050012331000200600346500.

<sup>15</sup> Auto proferido en segunda instancia el 10 de diciembre de 2014 por Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, radicado 05001-23-31-000-2012-00655-01 (51.692). Demandante: Ecopetrol S.A. Demandada: XM S.A. E.S.P.

atención a lo ya sustentado al decidir el recurso de reposición contra el auto admisorio, no tiene otra alternativa que declarar probada la excepción de falta de jurisdicción.

Por último, cabe anotar que en el tema de competencia, el conocimiento del proceso no correspondería a los Juzgados Administrativos del Circuito, sino al Tribunal Contencioso Administrativo.

## **2. INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION Y/O MEDIO DE CONTROL (artículo 100 numeral 5 CGP)**

En consideración a que la jurisdicción competente para conocer del presente proceso es la de lo contencioso administrativo, la acción y el medio de control que invoca el demandante se deben ajustar a lo establecido en el C.P.A.C.A. con respecto a los medios de control que proceden en dicha codificación.

Por un lado, si se parte de la posición adoptada por algunos despachos judiciales, tal como ya se expuso anteriormente, que es la misma posición adoptada por EMGESA en otras demandas instauradas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra XM, los actos de liquidación que realiza, publica y ejecuta el ASIC son verdaderos actos administrativos que expide en virtud de las normas y facultades que le otorga la CREG, y por tanto el medio de control que procede contra ellos sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme el artículo 138 del C.P.A.C.A. que consagra:

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

***“ARTÍCULO 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.***

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”*

Por otro lado, si se adopta la posición según la cual las liquidaciones no son actos administrativos, sino operaciones que se dan en el marco de un contrato de mandato celebrado entre las partes, el medio de control procedente es el de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del C.P.A.C.A. que establece:

*“Artículo 141. Controversias contractuales*

*Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

Ahora bien, la parte accionante acudió ante la jurisdicción ordinaria bajo el proceso verbal de mayor cuantía, invocando un supuesto incumplimiento contractual de la parte demandada por efecto de unas liquidaciones efectuadas por XM de las transacciones de energía realizadas por EMGESA desde el mes de abril de 2015 hasta el mes de abril de 2016.

Es evidente que EMGESA busca, con ello, esquivar la caducidad que ya operó, bien si demandara por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, o bien si lo hiciera por el medio de control de controversias contractuales.

En todo caso, sea por un medio de control o por el otro, es claro que la demanda instaurada por EMGESA es inepta y no cumple los requisitos legales, por haberse planteado ante la jurisdicción equivocada, ante un juez que no es competente, mediante una acción inadecuada para resolver el conflicto que ocupa a las partes.

### **3. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL (artículo 100 numerales 5 y 7)**

Al estar inmersos en el ámbito de conocimiento del proceso por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la consecuencia inmediata que se deriva de ello es que el medio de control que se debe acoger para efectos de adelantar el proceso debe estar consagrado en el C.P.A.C.A., tal como se expuso anteriormente,

En el caso objeto de estudio, toda vez que las peticiones de la demanda se dirigen a reclamar sobre los “actos liquidatorios” expedidos por XM entre abril de 2015 y abril de 2016 por la energía entregada por EMGESA al SIN; y/o a que se declare un incumplimiento contractual, podría resultar procedente o bien invocar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o bien el medio de control de controversias contractuales, según se entienda la naturaleza de los actos liquidatorios que expide XM.

Cada uno de los medios de control mencionado tiene un plazo definido para que se pueda interponer la demanda, de manera que si la parte demandante omite ejercer el derecho de acción en ese término o plazo, opera el fenómeno de la caducidad, que es de orden público y obligatorio cumplimiento.

Con respecto al término para que opere la caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. indica:

***“ARTICULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:***

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

(...)

*d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;*

(...)"

Así, si el medio de control elegido es la nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo se encuentra caducado frente a todas y cada una de las liquidaciones que fueron realizadas y publicadas por XM, con respecto a los periodos de abril de 2015 a abril de 2016. Las liquidaciones de cada mes son publicadas por XM al mes siguiente, por lo tanto, los cuatro (4) meses del término de caducidad de la liquidación de cada mes se cuenta de manera independiente desde el momento en que se dio su publicación.

Tomando la última publicación de la última liquidación que se dio en el mes de mayo de 2016 con respecto a las transacciones de energía correspondientes al mes de abril de 2016, los cuatro (4) meses para instaurar la acción vencieron en septiembre de 2016, es decir, más de dos años antes de que fuera interpuesta la solicitud de conciliación y la demanda.

Frente a las publicaciones de "actos liquidatorios" anteriores al mes de mayo de 2016, la consecuencia es evidentemente la misma, incluso el término de caducidad fue anterior a septiembre de 2016.

Por otro lado, sobre los términos de caducidad del medio de control de controversias contractuales, el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. consagra:

***"ARTICULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:***

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

(...)

*j) En las relativas a contratos, el término para demandar será de dos años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho a que les sirvan de fundamento.*

(...)"

Así las cosas, con la publicación de cada liquidación mensual, empezaría a correr de manera independiente el término de caducidad de dos (2) años por las liquidaciones efectuadas desde el mes de abril de 2015 y hasta el mes abril de 2016, término que, para el caso de la última liquidación, esto es, de la publicación de la liquidación del mes de abril de 2016 en mayo de 2016, caducó en mayo de 2018.

Po lo tanto, si se revisa la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, y que habría eventualmente interrumpido el término de caducidad, ello

ocurrió en el mes de febrero de 2019, cuando ya habían transcurrido casi 10 meses desde que operó la caducidad de la acción.

De esta manera, la solicitud de conciliación NO SUSPENDIÓ NI INTERRUMPIÓ el término de caducidad, al haber sido presentada mucho tiempo después de operada la caducidad tanto para el medio el control de nulidad y restablecimiento del derecho, como para el medio de control de controversias contractuales.

Menos aún, si se tiene en cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial no se presentó ante la Procuraduría General de la Nación, que era la entidad competente para presidir la conciliación con una entidad pública como lo es XM.

Los hechos antes señalados evidencian que, si bien la parte actora pretende pasar por alto la caducidad de la acción contractual que ya operó en relación con todas y cada una de las liquidaciones emitidas entre los meses de abril de 2015 y abril de 2016 y que son el objeto de discusión en este proceso, instaurando una acción de naturaleza ordinaria, la jurisdicción a la que debe someterse la presente controversia es la de lo contencioso administrativo y las normas que sobre caducidad que le resultan aplicables son las contenidas en el C.P.A.C.A., lo cual obliga al operador jurídico competente a declarar esta caducidad, la cual como ha sido establecido por la ley y la jurisprudencia, es de orden público y de obligatorio cumplimiento.

En efecto, tal y como lo explica claramente el Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia 2003-00801 del 26 agosto de 2011, MP Dr. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren:

*“La caducidad es un fenómeno jurídico taxativo de naturaleza procesal que se presenta en los casos expresamente señalados en la ley, de orden público, a diferencia de la prescripción, de naturaleza sustancial, que extingue el derecho por no hacerse uso del mismo; **de tal manera que respecto de la caducidad, las partes no pueden variar sus perfiles legales, ni renunciar a ella.** La caducidad se refiere a la pérdida de la oportunidad de ejercer una acción para el reconocimiento de un derecho y como tal escapa a la autonomía de la voluntad, **por manera que las acciones extinguidas por este concepto no pueden ser revividas, al ser como se dijo una institución de estricto orden público.**”*

Esta decisión resalta dos fenómenos importantes a la hora de estudiar el presente caso:

Por un lado, el hecho de que la caducidad extingue la acción, de manera que ésta no puede ser revivida, significa que una vez transcurre el término fijado en la ley, su consolidación es inevitable y su efecto se produce por ministerio de la ley sin requerir declaración alguna.

Por otro lado, las partes no pueden pretender variar sus perfiles legales a efectos de evadir la caducidad, situación que claramente ha pretendido realizar EMGESA en el presente caso, llevando la discusión a la jurisdicción ordinaria, cuando son las normas correspondientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo las aplicables en este caso, dada la naturaleza jurídica de XM, como hemos ya explicado y demostrado.

Esta jurisprudencia fue ratificada en decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 10 de mayo de 2018, expediente No. **68001-23-31-000-1999-01452-01(41186)**, MP Dra. **Stella Conto Díaz del Castillo**, en los siguientes términos:

*“La presentación oportuna constituye uno de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción, en tanto el término de caducidad permite racionalizar su ejercicio y limita el acceso a la justicia, para darle estabilidad a las relaciones jurídicas. La caducidad no se suspende ni interrumpe por ningún motivo, su causación es objetiva sin consideración a las partes. Es así como la doctrina y la jurisprudencia la han considerado como un fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho para acceder a la jurisdicción, con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio, por parte del juez, cuando verifique su ocurrencia”.*

Así, la caducidad es un fenómeno jurídico-procesal objetivo, que no tiene en cuenta la decisión o deseo a las partes, de manera que, tratándose XM de una entidad de naturaleza pública, y siendo claro que tanto el medio de control de nulidad y el restablecimiento del derecho, como el de controversias contractuales son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el término de caducidad de cuatro (4) meses o dos (2) años respectivamente, corre y opera independientemente de la voluntad de las partes y de su consideración.

#### **4. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD (artículo 100 numeral 5 CGP)**

El requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación prejudicial no fue agotado en debida forma por la parte demandante, en la medida en que correspondía haberse solicitado ante la Procuraduría General de la Nación, , quienes son los competentes de conocer las solicitudes de conciliación prejudicial en aquellos casos en los que está involucrada una entidad pública como XM.

Se resalta que dicha situación fue puesta en conocimiento del Notario ante quien se surtió el trámite de conciliación prejudicial, mediante memorial presentado por XM, absteniéndose dicho Notario de pronunciarse de fondo y resolver dicha solicitud, y limitándose a dejar constancia de la citación y asistencia de las partes a la audiencia fijada, por considerar que se trataba de una decisión que debía ser tomada en sede judicial.

En la constancia emitida por el mencionado funcionario, se dejó plasmado que:

"LA SECRETARIA TECNICA DEL COMITÉ DE CONCILIACION DE XM COMPANIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. NIT.No.900.042.957-1. HACE CONSTAR: Que en reunión de Comité de Conciliación No.30 XM COMPANIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A E.S.P., realizada el día 26 de febrero de 2019, el Comité en pleno y por unanimidad decidió **NO CONCILIAR**, en la Audiencia de Conciliación convocada por la **NOTARIA ONCE DEL CIRCULO DE BOGOTÁ**.....

Lo anterior, por cuanto la participación accionaria en el capital de **XM S.A. E.S.P.**, es mayoritariamente pública, razón por lo cual son los Procuradores Judiciales Delegados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los funcionarios competentes para adelantar el procedimiento de conciliación prejudicial.....

Es claro que XM, siendo una entidad con capital mayoritariamente público, debe acogerse a las normas imperativas que regulan la jurisdicción competente para el conocimiento de los conflictos, sea que estos emanen de actos administrativos, contratos, o sea que emanen de otro tipo de situaciones, jurisdicción por su especialidad y ante la cláusula general de competencia, es preferente.

Anexamos a este escrito copia del memorial, así como copia del Acta del Comité de Conciliación No.30 mencionados, de los cuales no sólo se reitera que la jurisdicción que debe conocer de cualquier controversia es la de lo contencioso administrativo, sino que además se evidencia que XM al ser una entidad pública, tiene conformado su Comité de Conciliación de acuerdo con el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, Decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.4.3.1.1.14 y siguientes.

Pero adicionalmente, el trámite de conciliación extrajudicial padece de otra irregularidad, y es que la solicitud que se presentó por parte de EMGESA, no fue puesta previamente en conocimiento por parte de esta empresa convocante a la ANDJE, de conformidad con la exigencia contenida en el artículo 613 del C.G.P. que estipula:

*"**ARTÍCULO 613.** Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario **deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación**, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente. No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.  
(...)"*

En cumplimiento de lo establecido en la ley, en el Decreto 1365 de 2012, hoy compilado en el Decreto 1069 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, se consagra:

*"**ARTÍCULO 2.2.3.2.1.4 Entrega de copia de solicitud de conciliación extrajudicial a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** En desarrollo del artículo 613 de la Ley 1564 de 2012, el peticionario que solicite conciliación extrajudicial deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia*



*cuando el asunto involucre intereses litigiosos de la Nación, en los términos previstos en el párrafo del artículo 2º del Decreto-ley 4085 de 2011 y el presente capítulo*

La entrega de una copia de la solicitud de conciliación extrajudicial a la ANDJE previamente a su radicación ante la Procuraduría es un mandato de imperativo cumplimiento y la no ejecución de dicha regla procesal acarrea la nulidad de cualquier trámite, diligencia o constancia que se de dentro del procedimiento de conciliación extrajudicial.

## **5. INDEBIDA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO - LITISCONSORCIO NECESARIO (artículo 100 numeral 9 CGP)**

El artículo 83 del Código General del Proceso establece:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; sino se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (Subraya y negrilla intencional)*

La naturaleza y estructura del mercado de energía en Colombia, así como las interrelaciones que surgen entre los distintos agentes que en el mismo intervienen, obligan en el presente asunto a vincular a todos los agentes del mercado, concretamente a los generadores y comercializadores, que participaron vendiendo y comprando energía en el MEM, y frente a quienes se liquidó y facturó las transacciones correspondientes a los meses transcurridos entre abril de 2015 y abril de 2016, agentes que según la norma arriba citada, son litisconsortes necesarios, en la medida en que las decisiones que pudieren llegarse a tomar de acuerdo con la pretensión quinta de la demanda sobre reliquidación, afectarían directamente la liquidación y facturación de energía frente a todos ellos.

La demanda que nos ocupa debió dirigirse contra TODOS los agentes que transaron energía entre los meses de abril de 2015 a abril de 2016, que son los meses frente a los cuales se plantean las pretensiones de reliquidación por la parte actora.

El Despacho al resolver el recurso de reposición interpuesto por XM contra el auto admisorio de la demanda, se abstuvo de ordenar la integración del litisconsorcio en ese momento afirmando que la presente controversia tenía por objeto establecer si hubo o no incumplimiento del contrato de mandato suscrito entre las partes demandante y demandado, y en esa medida, bastaba con que ambas partes contractuales estuvieren vinculadas.

Es importante tener en cuenta que si bien en este proceso la parte actora plantea una discusión de responsabilidad por incumplimiento contractual, también es cierto que su

pretensión consiste en que le sean reliquidadas en el mercado, las transacciones de energía que fueron realizadas durante los meses de abril de 2015 a abril de 2016, por lo cual los efectos de una decisión de fondo, en caso de llegar a beneficiar a EMGESA, se extenderían a todos los agentes generadores y comercializadores que realizaron transacciones comerciales en el mercado de energía durante el período anotado y así lo entiende el Demandante, conforme lo solicitado en la pretensión 5 de la demanda.

Nótese que según puede evidenciarse de las pretensiones de la demanda y se explica con claridad y profundidad en la respuesta a la demanda, una eventual reliquidación no puede hacerse solo en relación con EMGESA, en la medida en que las ventas de energía que se determinan en la Bolsa de Energía para un agente generador, se entienden celebradas con cada uno de los comercializadores o incluso generadores que resultaron con compras de energía través de la misma Bolsa, y dichas transacciones de conformidad con la reglamentación vigente, se hacen a través de una prorrata entre los mismos agentes. **En consecuencia, cualquier modificación que surja en la venta horaria de un generador en la Bolsa de Energía, afecta directamente a todos los agentes generadores y comercializadores que tuvieron ventas y compras en la bolsa en el mismo periodo, en la proporción que corresponda.**

Por lo anterior, la decisión sobre si hay o no litisconsorcio necesario en este proceso no puede ser tan simple como limitarse a validar cuáles son las partes del contrato de mandato cuyo incumplimiento se alega, pues necesariamente debe mirar más allá, sobre el efecto que una decisión de fondo podría llegar a tener sobre los demás agentes del MEM que participaron en las transacciones en el período de tiempo en estudio, y que como eventuales afectados directos de una decisión, tienen el derecho constitucional de participar en este proceso y ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

#### **6. NO HABERSE CITADO A PERSONAS QUE LA LEY DISPONE CITAR (artículo 100 numeral 10 CGP)**

Tal como se ha venido precisando, el hecho de que XM sea una entidad pública genera diferentes consecuencias, una de ellas implica que debe darse la correspondiente notificación a la ANDJE, tanto del trámite de conciliación extrajudicial, tal como ya se analizó en el numeral 4, como del proceso judicial, aspecto que hasta la fecha ha sido omitido tanto por la parte demandante como por el despacho de conocimiento del proceso.

El artículo 612 del Código General del Proceso consagra:

***“ARTÍCULO 612. Modifíquese el Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:***

*Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del*

*Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.*

(...)

**En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los mismos términos y para los mismos efectos previstos en este artículo. En este evento se aplicará también lo dispuesto en el inciso anterior.**

**La notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se hará en los términos establecidos y con la remisión de los documentos a que se refiere este artículo para la parte demandada.** (Subraya y negrilla intencional)

Conforme lo anterior, al estar la demanda dirigida contra una entidad pública del orden nacional, como lo es XM, independientemente de la jurisdicción, se tiene la obligatoriedad de notificar del auto admisorio de la demanda a la ANDJE, aspecto que se ha omitido en el presente proceso, y que es de obligatorio cumplimiento.

Ni la parte actora podía voluntariamente omitir la vinculación de la ANDJE, ni tampoco el Despacho podía hacerlo.

## II. PRUEBAS Y ANEXOS

### 1. PRUEBAS DOCUMENTALES:

- 1.1. Certificación de composición accionaria de XM expedida por el contador.
- 1.2. Copia del contrato de mandato suscrito entre INTERCONEXION ELECTRICA S.A. ESP y EMGESA S.A. E.S.P.
- 1.3. Contrato cedido a XM S.A. E.S.P. mediante acuerdo del 1 de octubre de 2005.
- 1.4. Memorial presentado ante el Notario en trámite de conciliación prejudicial.
- 1.5. Copia del Acta del Comité de Conciliación No. 30.
- 1.6. Certificación emitida por XM S.A. E.S.P. en la que se informa cuáles fueron los agentes que participaron en el mercado de energía en los meses de abril de 2.015 y abril de 2.016.
- 1.7. Copia de la demanda presentada por EMGESA contra XM por nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 05001-23-31-000-20060-03465-00.
- 1.8. Sentencia del diecinueve (19) de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Alberto Montaña Plata. Radicado 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800) Demandante Liberty

Seguros. Demandado Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal y Otros.

- 1.9. Sentencia de Tutela de primera instancia del diecinueve (19) de septiembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente Alberto Montaña Plata, radicado 11001-03-15-000-2019-03497-01. Accionante: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., Accionada: Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Disciplinaria.
- 1.10. Sentencia de Tutela de segunda instancia del doce (12) de diciembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Oswaldo Giraldo López, radicado 11001-03-15-000-2019-03497-01. Accionante: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., Accionada: Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Disciplinaria. Copia del Auto proferido en segunda instancia el 10 de diciembre de 2014 por Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, radicado 05001-23-31-000-2012-00655-01 (51.692). Demandante: Ecopetrol S.A. Demandada: XM S.A. E.S.P.

## 2. TESTIMONIO

Con el fin de probar la excepción previa de "No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios", con ocasión de la afectación directa que los agentes del MEM, tanto generadores como comercializadores, tendrían en caso de que en el presente proceso se llegasen a acoger las pretensiones de la demanda, y en específico, la pretensión quinta donde se solicita a XM que reliquide todas las transacciones del MEM entre abril de 2015 y abril de 2016, para que con base en ello, recaude de los agentes aquellos dineros que EMGESA dejó de percibir, solicito se reciba el testimonio de:

2.1. **ANCIZAR PIEDRAHÍTA AGUDELO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.265.684, quien se desempeña como Director de Regulación en XM, y como tal, tiene el conocimiento pleno del funcionamiento del Mercado de Energía y la regulación aplicable en todos los asuntos objeto de discusión del presente proceso, y por tanto depondrá sobre el impacto que cualquier reliquidación genera para los demás generadores y comercializadores que participaron en el mercado de energía entre abril de 2015 y abril de 2016, y en general todos los temas que interesan a esta discusión de las excepciones previas.

Dirección: Calle 12 sur Nro 18-168 PBX 3172244 Medellín  
Correo electrónico: [info@xm.com.co](mailto:info@xm.com.co)

2.2. **DIEGO FELIPE GARCÍA GOMEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.600.197, quien se desempeña como Director de Programación de la Operación en XM, y como tal, tiene el conocimiento pleno sobre el impacto que cualquier reliquidación tiene para los generadores y comercializadores que participaron en el mercado de energía entre abril de 2015 y abril de 2016, y en general todos los temas que interesan a esta discusión.

Dirección: Calle 12 sur Nro 18-168 PBX 3172244 Medellín  
Correo electrónico: [info@xm.com.co](mailto:info@xm.com.co)

**III. PETICION**

En virtud de todo lo expuesto, se solicita se declare la procedencia de todas las excepciones previas presentadas, y las respectivas consecuencias que de las mismas se derivan.

Cordialmente,



MARIA LIA MEJIA URIBE

Apoderada XM

C.C. No. 43.583.991

T.P. No. 91.671 del C. S. de la J.