

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CALI
Cali, catorce (14) de julio de dos mil veintitrés (2023).

PROCESO: VERBAL R.C.E.
DEMANDANDANTE: LAZARO PARRA PEDRAZA
JOSE ISRAEL CHILATRA MORENO
DEMANDADO: EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO EPSA ESP
hoy CELSIA COLOMBIA E.S.P.
UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO DAGUA
LLAMADOS: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA
SEGUROS DEL ESTADO
LITISCONSORTE NECESARIO: MUNICIPIO DE DAGUA VALLE.

AUTO INTERLOCUTORIO # 362

Procede el despacho a resolver la excepción previa de falta de jurisdicción y/o competencia propuesta por el MUNICIPIO DE DAGUA VALLE, en su calidad de litisconsorte necesario por pasiva, excepción que aparece coadyuvada por el llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

I. RECuento PROCESAL

Sustenta aquella excepción el apoderado judicial del Municipio de Dagua Valle, en que *“la competencia no está atribuida a la jurisdicción ordinaria, sino a la de lo contencioso administrativo, en virtud de los factores subjetivo y funcional ya que se vinculó como litisconsorte necesario a una entidad pública del orden municipal; en consecuencia, en el presente caso, si el Juez de conocimiento decidiera sobre la responsabilidad de mi representada existiría una clara vulneración al debido proceso, en tanto que no fue el juez natural quien instruyó y decidió sobre el asunto.”*

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de una entidad pública, manifiesta que es indispensable acudir a lo establecido en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011, normatividad que establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la encargada de conocer de aquellas controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones en las que estén involucradas dichas entidades o particulares que ejerzan funciones administrativas.

Por otro lado, sostiene que este Despacho judicial carece de jurisdicción y competencia para conocer de los asuntos de responsabilidad civil extracontractual donde se involucra una entidad pública, porque la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para *“vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen. El factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.”*

Por su parte el apoderado judicial del llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., coadyuva la presente excepción y solicita se declare probada, y en su defecto, se desvincule del proceso al Municipio de Dagua y a aquel llamado en garantía.

Corrido el traslado a que se refiere el artículo 101 del C.G.P, la parte actora sostuvo que: *“ya se encuentra establecida con suficiencia, por parte del Consejo de Estado, la viabilidad del llamamiento de oficio por parte del Juez de conocimiento, para conformar un litisconsorcio necesario, razón por la cual, transcribo lo establecido, como sustento para que se desechen, no solamente la excepción previa, sino las demás planteadas como excepciones de fondo, pues son argumentos ya establecidos, como jurisprudencia de obligatorio cumplimiento”*.

Sin lugar al decreto de práctica de pruebas por no ser necesario, por lo que se decide la excepción previa mediante esta decisión escrita y antes de adelantar la audiencia oral en este asunto (art. 101-2 CGP).

II.- Consideraciones.

1. El problema jurídico a resolver, se contrae a verificar si se configura la excepción previa de falta de jurisdicción alegada por el litisconsorte necesario vinculado por pasiva y la aseguradora llamada en garantía, conforme la motivación expuesta para el efecto.

Sea lo primero determinar, que las excepciones previas no atacan las pretensiones, sino que tienden a sanear el procedimiento, para que el litigio se enderece hacia una sentencia de fondo que finalice la contienda judicial, de donde se deduce que su objetivo fundamental estriba en el saneamiento inicial del proceso, a cargo del demandado.

El artículo 100 del C.G.P, consagra como excepciones previas las siguientes:

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el legislador patrio estableció cuales son las causales en las cuales se deben apoyar las excepciones previas, o lo que es lo mismo, que estas son de carácter taxativo, salvo norma en contrario que disponga otra cosa.

De cara a lo anterior, y con miras a resolver la mentada excepción debe traerse a colación lo establecido el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone:

“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%.”* (Lo subrayado es fuera del texto).

Así las cosas, debe advertir el Despacho que, si bien es cierto este litigio en un inicio se dirigió contra organizaciones o personas jurídicas de naturaleza privada, también lo es que, de manera oficiosa, bajo las facultades señaladas en el art. 61 del CGP, se vinculó al ente público MUNICIPIO DE DAGUA VALLE, en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, mediante decisión oral del 24 de mayo de 2022, debidamente ejecutoriada, y según las razones allí expuestas.

De igual manera, debe sopesarse para la decisión de la cuestión, lo referente a la existencia del contrato de concesión No. 073/2007, celebrado por aquella entidad territorial con la demandada UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO DAGUA, prueba documental arribada a solicitud del llamado en garantía SURAMERICANA SA (archivo 00, folios 154-161), contrato que asimismo y conforme a lo establecido en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es de carácter estatal, tal y

como se vislumbra a continuación:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...)

4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Conforme a aquella definición legal, este tipo de contratos de concesión alude esencialmente a una delegación que hace las entidades estatales en un concesionario de carácter privado para la construcción de una obra o la prestación de un servicio público por aquel, actividades que además en principio son funciones del estado y que el concesionario entra a desarrollar a cambio del pago de una contraprestación.

Así mismo, es menester indicar que, si bien es cierto el concesionario en el desarrollo de la actividad delegada, obra por su cuenta y riesgo, es decir, bajo su responsabilidad, también lo es que la entidad pública contratante o concedente no se desliga de su obligación legal de vigilancia y control sobre el desarrollo de la actividad por el concesionario.

En efecto, la jurisprudencia constitucional así lo ha determinado, como lo hace en la sentencia C-983 del 1° de diciembre del 2010, M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, en donde sostuvo lo siguiente:

*“Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario **y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante**, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”¹⁷¹*

De esta definición se deducen los siguientes elementos del contrato de concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción;

(iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; **(iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante;** (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada.

(...)

“32- Tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales^[9], **por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación.** Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión **comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión. Pero en todo caso es propio de la concesión que el Estado no transfiere el dominio al concesionario, ya que éste sigue siendo de titularidad pública.** (...) De otro lado, y ligado al interés público que acompaña este tipo de relaciones jurídicas, **las autoridades deben ejercer una permanente vigilancia sobre el concesionario a fin de que cumpla adecuadamente sus obligaciones,** “lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.”^[10] (...) por lo cual “aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de ésta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquélla consagra.”^{[11][12]} (Subrayas del Despacho).

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha fijado la postura reiterada acerca de que en la ejecución de un contrato de concesión en general, puede derivarse una responsabilidad patrimonial de la entidad pública concedente, precisamente por una falla en su función legal de vigilancia y control de lo ejecutado por el concesionario; en sentencia reciente del 17 de febrero del 2023, la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, precisó lo siguiente:

“35. Destaca la Sala que, a diferencia de otras tipologías contractuales, el contrato de concesión de obra pública, contemplado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁵, no se agota en la mera ejecución de la obra y su correlativo pago, sino que implica para el contratista concesionario la posibilidad de explotar un servicio público a cargo del Estado y obtener de allí una retribución económica²⁶, de ahí que los daños que se concreten y se relacionen con las actividades a su cargo²⁷, si bien se enmarcan en el alea del negocio, deben ser atendidos por el beneficiario de la concesión y no podrá comprometer a la entidad contratante o responsable del servicio público para el cual se ejecutó la obra por el hecho de su condición, sino cuando de ella se pruebe falla en su función de vigilancia o control de lo ejecutado por el contratista.”

En tales circunstancias, considera este juzgador que, y a pesar de que en la demanda que origina este proceso de responsabilidad civil extracontractual, no se menciona ningún hecho que endilgue directamente una responsabilidad patrimonial o extracontractual del ente MUNICIPIO DE DAGUA-VALLE DEL CAUCA, sino únicamente respecto de las organizaciones demandadas EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO EPSA ESP hoy CELSIA COLOMBIA E.S.P. y UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO DAGUA; aquel sustento fáctico queda conectado con la cuestión referida a la necesidad de definición de si existe o no una falla en la función de control y vigilancia de lo ejecutado, por parte del ente territorial contratante o concedente, y respecto del concesionario en el desarrollo de la actividad contratada de suministro del servicio de alumbrado público a cargo de éste último, ya que precisamente está relacionada aquella gestión con el hecho lesivo y/o el daño expuesto en la demanda e imputado a los accionados, sumado al hecho de que la red de alumbrado público comprometida en el siniestro es de propiedad de aquella entidad pública contratante, según el contrato de concesión suscrito entre aquellos, por lo que debe concluirse entonces que este litigio debe ser asumido y resuelto por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que la presunta responsabilidad extracontractual del litisconsorcio necesario MUNICIPIO DE DAGUA-VALLE, entidad pública del orden municipal, solo lo puede definir el juez administrativo por tratarse del juez competente para ese asunto (art. 104-1 CPACA).

Adicionalmente, es menester señalar que al caso opera el denominado fuero de atracción de la jurisdicción contenciosa administrativa, para conocer del proceso en donde la pasiva está integrada también por particulares, debido a que se reitera la presunta omisión de las obligaciones legales mencionadas y a cargo del contratante público, están relacionadas íntimamente con los hechos de la demanda, por lo que no pueden analizarse éstos de manera aislada sin definir también la existencia de una omisión o no de la entidad oficial en su función de vigilancia y control de la actividad del concesionario, la que a la par está relacionada directamente con el daño reclamado en la demanda, por lo que se concluye que en este caso si existe un fundamento serio para que opere aquel fuero de atracción.

En apoyo de lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de julio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera Ponente MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (Radicación número: 68001-23-31-000-2007-00128-01(51687), señaló:

“De todo lo anterior se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo.

Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

Se resalta que, para que opere el fuero de atracción, es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos²⁹, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes³⁰ que le permiten compartir la decisión del a quo de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, Comfenalco.”.

Por consiguiente, se encuentra probado los hechos que dan lugar a la excepción previa planteada por el MUNICIPIO DE DAGUA VALLE, en su calidad de litisconsorte necesario por pasiva, y coadyuvada por el llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., relacionada con una ausencia de jurisdicción por vincularse al proceso una entidad pública respecto de la cual debe definirse si ha ocurrido o no una falla en el cumplimiento de su función legal de control y vigilancia, lo cual determina que se deba remitir el expediente al juez administrativo y lo actuando conservará su validez, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el numeral 2-3 del art. 101 del CGP.

No habrá condena en costas por no haberse causado (art. 365-8 ibidem).

Por lo brevemente expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali,

RESUELVE:

- 1.- DECLARAR PROBADA la excepción previa de FALTA DE JURISDICCIÓN para continuar conociendo de este proceso, y de conformidad a lo considerado anteriormente.
- 2.- REMITIR el expediente a los Juzgados Administrativos de Cali-Reparto para que continúen el conocimiento del proceso, dentro del cual conserva lo actuado su validez. Para el efecto, se solicitará la colaboración de la Oficina Judicial de Cali.
- 3.- Sin lugar a condena en costas.

.

NOTIFÍQUESE,



ANDRÉS JOSÉ SOSSA RESTREPO
Juez

Juzgado 1o Civil del Circuito de Oralidad Secretaria Cali, 17 DE JULIO DEL 2023 Notificado por anotación en el estado No. 119 De esta misma fecha Guillermo Valdés Fernández Secretario
--