

Cartagena, 25 de enero de 2022.

Señor.

JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE CARTAGENA
E.S.D

Referencia: Recurso de reposición contra el auto admisorio.

Acción: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Demandante: MARLENE ECHENIQUE CARRASQUILLA Y OTROS.

Demandado: CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P.

Radicado: 13001-31-03-001-2021-00231-00

FERNANDO LEON FERRER UCROS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.769.585 expedida en Soledad (Atl), con tarjeta profesional No. 72282 del CSJ, actuando en calidad de Apoderado General para asuntos judiciales y administrativos de la empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. ESP tal como consta en Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la cámara de comercio de Cartagena, (**ANEXO No. 1**), por medio del presente escrito y de manera muy respetuosa acudo a su Despacho la finalidad de interponer RECURSO DE REPOSICIÓN contra el Auto Admisorio de la Demanda notificado por conducta concluyente el día 26 de Enero de 2022, basado en las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES Y OPORTUNIDAD LEGAL PARA INTERPONER RECURSO

1. Mediante memorial presentado al despacho el día 26 de enero de 2022 se presentó ante su despacho una solicitud de nulidad del acto de notificación por parte de la demandante a la demandada como quiera que se hizo incumpliendo el procedimiento establecido en el código general del proceso y no bajo lo establecido en el decreto 806. Violándose las garantías a la demandada al no cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 291 y 292 del código general, configurándose así una indebida notificación.

2. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 301 del código general del proceso, estaríamos frente a una notificación por conducta concluyente a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de nulidad del acto de notificación.

3. Presentado el memorial el día 26 de enero de 2022, nos encontramos dentro del término legal de tres días para interponer el recurso de reposición del auto admisorio de la demanda, el cual sustentamos a continuación.

II. FUNDAMENTOS LEGALES.

2.1. DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

El presente recurso de reposición se fundamenta en el artículo 318 del Código General del proceso:

Que el Artículo 318 de la Ley 1564 de 2012 señala:

"ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen (...)."

2.2. FALTA DE JURISDICCIÓN DE LA JUSTICIA ORDINARIA DEBIDO A LA NATURALEZA JURIDICA DE UNO DE SUS DEMANDADOS.

Debido a la naturaleza jurídica de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P y su composición accionaria, la jurisdicción competente para analizar el presente asunto resulta ser la Contenciosa Administrativa y no la ordinaria civil.

Las acciones de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P, fueron adjudicadas por el Gobierno Nacional, el 20 de marzo de 2020, a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A E.S.P, siendo esta una empresa pública, ente descentralizado de propiedad del Municipio de Medellín, por lo que la naturaleza jurídica de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P resulta ser, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el una empresa de servicios públicos Mixta:

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%. (...) (Subraya y Negrilla fuera de Texto)

En el presente caso como se advirtió en párrafos anteriores, Empresas Públicas de Medellín E.S.P-EPM, es accionista de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P con un aporte correspondientes al 85% de su capital, lo que hace a mi representada una empresa de servicios públicos mixta, tal y como se prueba con certificación de aporte accionario que se adjunta (ANEXO No. 3), y la cual goza de reserva legal conforme al artículo 61 y Ss del Código de Comercio.

Conforme a lo anterior se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece la Cláusula de Competencia para los procesos relativos a la responsabilidad civil en los cuales este involucrada una entidad pública. Vemos:

"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.*

(...)

*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%." (subrayas y negrillas propias)*

De acuerdo con lo anterior, el criterio que define quién es sujeto de control por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es el orgánico y no el material. Por ello, y según la Ley 1437 de 2011., la Jurisdicción Contenciosa administrativa conocerá de todas las controversias relacionadas con entidades públicas, entendidas como tal, según el párrafo subrayado en precedencia, aquellas empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, como es el caso de CaribeMar, Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta (art. 14.6 de la Ley 142 de 1994¹), que cuenta con participación mayoritaria (el 85%) de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. – EPM, empresa Industrial y Comercial del Estado Colombiano 100% pública adscrita al Municipio de Medellín- Antioquia, por lo que, a la luz de la normativa traída a colación, se considera sin lugar a dudas a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. como una entidad pública, para los solos efectos de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

Así mismo lo ha interpretado el Consejo de Estado² al decidir la remisión a la jurisdicción contenciosa de ciertos asuntos, con fundamento en la Ley 1107 de 2006, así como en la exposición de motivos que tuvo el legislador queriendo dejar claro cuál es la jurisdicción competente para conocer de las controversias de las empresas de servicios públicos domiciliarios, evitando la cantidad de imprecisiones y contradicciones que se han presentado desde la expedición de la Ley 142 de 1994 y demás normas que la han reformado y modificado. De tal forma, en la decisión referida, después de hacer un largo análisis de la exposición de motivos, se señala en sus páginas 46 y siguientes:

"Luego de hacer este recorrido, en el contexto del debate legislativo, para la Sala es claro que el propósito del legislador fue darle solución a la polémica surgida entre las altas Cortes, a propósito de la jurisdicción competente para conocer de algunas controversias, así como para dilucidar, al interior del Consejo de Estado, sus propias dificultades para resolver con claridad los problemas de las Empresas de SPD, que sirvieron de base a la exposición de motivos del proyecto de ley, como también a todas las ponencias en cada uno de los debates.

¹ 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%

² al conocer del Recurso de Apelación interpuesto por "Aguas de la Montaña", en contra del auto del Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, y ordenó el envío del expediente a los jueces ordinarios, fundamentado, precisamente, en que la demandada (Aguas de Rionegro) es una empresa de servicios públicos domiciliarios. (Rdo. 1997-12637-01) (Expediente C. de E. 30-903. M.P. Dr. Enrique Gil Botero); decisión del Consejo de Estado del 8 de febrero de 2007.

Ante este panorama controversial, el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional" como factor de distribución de competencias, al "criterio orgánico" donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado. (subrayas propias)

Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no se incluyen las relacionadas con los ejecutivos de facturas del servicio, las cuales se continuarán tramitando ante la justicia ordinaria, en los términos previstos en el artículo 130 de la ley 142 de 1994.

Todo indica que esta misma filosofía la adopto España, según dice Oriol Mir Puigpelat, pues "Como ya sabemos los dos primeros preceptos coinciden en exigir, para que nazca la responsabilidad administrativa, que la lesión derive del 'funcionamiento (...) de los servicios públicos': La doctrina y la jurisprudencia dominantes vienen considerando, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, que por 'funcionamiento de los servicios públicos' debe entenderse, a efectos de la responsabilidad De la administración, toda la actividad típicamente administrativa, y no ya sólo el concreto sector, de tipo prestacional, denominado habitualmente "actividad e servicio público": Se efectúa, pues, una interpretación subjetiva del término 'servicios públicos puesto que es definido no en función de un concreto contenido material sino de un sujeto determinado: la Administración pública.'" (La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Ed. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 142 a 143).

Igualmente, el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir un conflicto negativo de competencias, suscitado entre el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, con ocasión del conocimiento de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoada por la Central Hidroeléctrica de Betania E.S.P. contra la Nación- Ministerio de Minas y Energía, acogió en su totalidad la tesis formulada en el citado auto del Consejo de Estado, para concluir que definitivamente el criterio imperante

es el orgánico y que las controversias de cualquier índole de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios son competencia de la Justicia Contenciosa.

Es evidente entonces, que en caso tal que continúe CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P como demandado en el presente proceso, el juez competente para conocer de la Responsabilidad civil extracontractual que se depreca, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y no la ordinaria civil.

2.3. SEGMENTACIÓN DEL MERCADO OPERADO ANTERIORMENTE POR ELECTRICARIBE S.A E.S.P. QUE DERIVA EN UNA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA POR PARTE DE CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P

La demandante de manera errónea induce en error al despacho a equiparar a dos personas jurídicas diametral mente distintas cómo lo son ELECTRICARIBE SA ESP-EN LIQUIDACIÓN y CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP. En ese sentido no es correcto desde ningún punto de vista afirmar como lo hace falazmente la demandante que ELECTRICARIBE SA ESP es hoy CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP. Para dilucidar cualquier duda sobre la confusión en la que cae la demandante con animo de hacer incurrir en error al despacho pasamos a hacer un breve resumen sobre lo ocurrido con la intervención de la empresa ELECTRICARIBE SA ESP:

1. Como es de conocimiento público, la Costa Atlántica atravesó una crisis en el servicio público de energía eléctrica, por ello, el Gobierno Nacional tomo la decisión en el año 2016 mediante resolución SSPD-20161000062785 de los bienes, haberes y, negocios de la sociedad Electrificadora del Caribe S.A. ESP, encargada de comercializar el servicio de energía en los departamentos de Atlántico, Magdalena, Guajira, Bolivar, Cordoba, Sucre y Cesar, designando para su administración un Agente especial, posteriormente en marzo de 2017 mediante resolución 20171000005985, se concluyó que la intervención realizada en el año 2016 sería con fines liquidatarios, adelantándose una administración temporal con la finalidad de garantizar la prestación del servicio de energía en la Costa.
2. Ante la necesidad de encontrar un nuevo operador y comercializador del servicio de energía³ la Agente especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos,

³ Artículo 61 de la Ley 142 de 1994. "CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una empresa de servicios públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio, para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Si no se toman las medidas correctivas previstas en el artículo 220 del Código de Comercio, la liquidación continuará en la forma prevista en la ley.

expidió Reglamento de Presentación de Ofertas Vinculantes (ANEXO 2), en el cual se estipularon los derechos y obligaciones dentro del proceso de vinculación de inversionistas, en esta se dejó contemplado la cesión de los activos y creación de nuevas sociedades para la atención del mercado que hasta ese momento era gestionado por la empresa ELECTRICARIBE, definiendo en el Capítulo I, así:

“Activos” significa los activos de Electricaribe necesarios para o destinados a la administración, operación y el mantenimiento del (i) sistema de distribución local y de transmisión regional atendido por Electricaribe en los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena y Sucre; y, (ii) Negocio de Comercialización Sol y Negocio de Comercialización Mar; salvo por los Activos Excluidos, tal como dichos Activos sean especificados en el Contrato de Adquisición de Acciones y sus anexos.

(...)

CaribeMar” significa la sociedad que será constituida para operar el sistema de distribución local y de transmisión regional, así como el Negocio de Comercialización Mar atendido por Electricaribe en las delegaciones definidas en el Contrato de Adquisición de Acciones, ubicadas principalmente en los departamentos de Bolívar, Córdoba, Sucre y Cesar”

En el Capítulo II punto 2.3 del Reglamento de Presentación de Ofertas Vinculantes se estipuló todo lo referente a la constitución de las nuevas empresas que prestarían el servicio, señalando en el numeral 5 lo siguiente:

“Si no se adjudican las Acciones de Nueva Caribe en la Adjudicación Conjunta, y se adjudica al menos una de las Nuevas Sociedades en una Adjudicación Individual, la totalidad del Negocio de CaribeSol y/o del Negocio de CaribeMar (incluyendo todos los Activos y los Pasivos Incluidos respectivos, será aportado, en o antes de la Fecha de Cierre, a la Nueva Sociedad adjudicada (...))”(Subraya y Negrilla Fuera de Texto).

La autoridad competente procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de servicios públicos para que sustituyan a la empresa en proceso de liquidación o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la prestación del servicio, en concordancia con la entidad fiduciaria designada en desarrollo del proceso de toma de posesión de la empresa en liquidación.”

3. El 20 de marzo del 2020 se adjudicó a (i) EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN EPM, las acciones correspondientes a la empresa CaribeMar de la Costa S.A.S. E.S.P., la cual como ya se dijo fue creada para prestar el servicio de energía en los departamentos de Bolívar, Cesar, Córdoba, Sucre, y 11 municipios de Magdalena, para ello el 30 de marzo las mismas partes suscribieron un Contrato de Adquisición de Activos, en donde se establecieron las distintas obligaciones y condiciones suspensivas para lograr el “Cierre” de la transacción y permitir la entrada en operación de CaribeMar de la Costa S.A.S. E.S.P., operación esta que quedó registrada en la Cámara de Comercio, identificación tributaria No. 901.380.930-2, tal y como se prueba con el Certificado de Existencia y Representación Legal, como fecha de constitución de la sociedad el 20 de abril de 2020 e inscrita el 23 de abril del mismo año.
4. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, mi representada CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P, entró en operación de distribución y Comercialización del servicio de energía, desde el 1º de octubre del año 2020, fecha hasta la cual tuvo acceso materialmente a los activos cedidos por la empresa ELECTRICARIBE.

De todo lo anterior se evidencian tres situaciones a considerar de acuerdo con la legitimación en la causa por pasiva así:

- (i) los hechos ocurrieron antes del nacimiento a la vida jurídica de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P
- (ii) los hechos ocurrieron antes de la entrada en operación de CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P
- (iii) En conclusión la apoderada de la demandante incurre en una confusión que induce en error al despacho al referirse a “ELECTRICARIBE hoy CARIBEMAR” como una misma persona jurídica o en sustituto la una de la otra, tratándose de dos personas jurídicas diferentes e independientes entre sí, sujeto de obligaciones cada una y de accionistas totalmente diferentes, ELECTRICARIBE es una sociedad anónima que se encuentra en liquidación, sin embargo es sujeto de cualquier obligación contraída en el periodo de tiempo en el que fue el prestador del servicio de energía.

Acorde a lo anterior, es pertinente lo indicado por la Corte Constitucional en relación con la configuración de la responsabilidad civil:

“En lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia especializada la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre la particular señala que: “como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció” [10]”.⁴

Ahora bien, frente a las actividades peligrosas, la Corte Suprema de Justicia ha estudiado además el deber de guardia sobre la cosa que causó el daño, para que pueda operar la responsabilidad civil, al respecto en sentencia se pronunció:

“No requiere el concepto que se examina que se tenga físicamente la cosa para ser guardián de ella pues lo fundamental es que se posea el poder de mando en relación con la cosa, lo que supone un poder intelectual de control y dirección de la misma. Asimismo, **debe recalcarse que la Corte pregona la calidad de guardián en quien obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual realiza la actividad caracterizada por su peligrosidad** (...)”⁵ (Negrita y subrayado propio)

En el presente caso es evidente que los hechos que llevaron a la presentación de la demanda son anteriores, inclusive a la adjudicación de la sociedad CaribeMar a Empresas Públicas de Medellín, por lo que la actividad de guardián sobre los activos cedidos se aplica a partir del 1º de octubre de 2020 fecha en la cual entró en operación la empresa, y que resulta posterior a la fecha de los hechos narrados en la demanda, por lo cual resulta improbable continuar el trámite de la presente acción contra CaribeMar de la Costa S.A.S E.S.P, por lo que se solicitará que sea excluida como

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 1008-2010, Referencia: expediente D-8146, Magistrado Ponente LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación No SC4750-2018, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco, Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

demandada en la presente demanda, dirigiéndola en su lugar al presunto responsable que es la empresa ELECTRICARIBE SA ESP.

III. SOLICITUDES.

Con fundamento en todo lo expuesto; solicito respetuosamente lo siguiente:

1. Sírvasse REVOCAR el auto admisorio de demanda de fecha 22 de noviembre de 2021, notificado por conducta concluyente a CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP el 26 de enero de la presente anualidad, y en consecuencia desvincular a CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP del proceso de la referencia, por ser una sociedad distinta a ELECTRICARIBE SA ESP.
2. En subsidio, sírvasse REVOCAR el auto admisorio de demanda de fecha 22 de noviembre de 2021, notificado por conducta concluyente a CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP el 26 de enero de la presente anualidad, y en consecuencia declarar la falta de jurisdicción, por ser un asunto que debe conocer la Jurisdicción Contenciosa administrativa al ser CARIBEMAR DE LA COSTA SAS ESP, una entidad pública en los términos del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

IV. PRUEBAS

1. Certificado de Existencia y Representación legal.
2. Reglamento de Presentación de Ofertas Vinculantes
3. Certificado de Composición Accionaria.

V. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Carrera 13B No 26 – 78 Edificio Chambacú Piso 3 de la ciudad de Cartagena (Bolívar), o al correo electrónico serviciosjuridicos@afinia.com.co

Cordialmente,



FERNANDO LEON FERRER UCROS
C.C. 8.769.585 de Soledad, Atlántico
T.P No. 72282 del C.S.J