

Magistrada Sustanciadora:
ANA ESTHER SULBARÁN MARTÍNEZ

| | |
|--------------|----------------------------|
| Radicado: | 08001315301020210001101 |
| Rad. Interno | 43600 |
| Asunto: | Verbal – Apelación de auto |
| Demandante: | Álvaro Sánchez Pinzón |
| Demandado: | Triple AAA SA ESP |
| Decisión | Confirma auto apelado |

Barranquilla, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Se resuelve por este proveído el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado judicial por el extremo demandado, contra el auto de fecha septiembre 07 de 2021, proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso verbal promovido por Álvaro Sánchez Pinzón; contra la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP.

I. ANTECEDENTES

1.1. Decidió la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP, en su condición de demanda y dentro de la oportunidad legal para ello, llamar en garantía al Municipio de Baranoa- Atlántico, al Departamento del Atlántico y a SBS Seguros Colombia SAS, con fundamento en los siguientes vínculos relacionales, respectivamente:

- Contrato de operación celebrado el 07 de junio de 2015 entre el municipio de Baranoa y la Triple A SA ESP.
- Inversión de dieciocho mil millones de pesos del Departamento del Atlántico para el plan de saneamiento básico del Municipio de Baranoa, y
- Póliza de seguro expedida por SBS Seguros Colombia SA, No. 1000012, en el que figura como beneficiaria la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP.

1.2. Frente al anterior pedimento se pronunció el Juez A quo por auto del 07 de septiembre de 2021, admitiendo el llamamiento respecto de SBS Seguros Colombia SA y negando el del Municipio de Baranoa y el del Departamento del Atlántico; en tanto, del contrato anexo para validar la intervención de Baranoa se extrae que quienes figuran como contratantes son Asiser ESP y Aguas del Norte SA ESP y que el Municipio de Baranoa en realidad solo actúa como testigo, por lo que no existe relación legal o comercial de la cual derivar su vinculación.

Lógica también aplicada al Departamento del Atlántico, de quien no se adujo vínculo alguno, pero frente a quien aclaró que la sola inversión de recursos no crea un nexo jurídico del que se pueda apoyar el llamamiento en garantía que se hace.

1.3. Inconforme, la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación aduciendo que, entre el Municipio de Baranoa, el Departamento del Atlántico y dicha sociedad existen una relación legal que se sustenta en el artículo 2 y ss. de la ley 142 de 1994.

Recordó que la prestación de los servicios públicos domiciliarios se encuentra en cabeza del Estado y si bien dicha empresa se encarga de operar dicho servicio, las obras de las que deviene el presunto hecho dañoso estuvieron a cargo y con recursos de los entes territoriales llamados, por lo que negar su participación violentaría su derecho de defensa, pues ante una eventual condena respondería sola por los perjuicios.

Adujo que, respecto del Municipio de Baranoa no solo existe la citada relación legal, sino también un vínculo contractual, que surge del convenio interadministrativo que entre los municipios de Baranoa y Polonuevo se celebró para contratar con terceros la prestación del servicio público en sus territorios, contrato de operación que inicialmente fue celebrado por Asiser ESP con Aguas

del Norte SA ESP, de quien es cesionaria la Triple A SA ESP desde el 07 de junio de 2005.

Reiteró que, el Departamento del Atlántico invirtió una fuerte suma de dinero en el Plan de Saneamiento Básico de Baranoa, por lo que es totalmente procedente el llamamiento a la luz de la relación legal que existe para la prestación del dicho servicio público.

1.4. Acto seguido, el Juzgado de primera instancia resolviendo el recurso de reposición indicó que, si bien la prestación de los servicios públicos se encuentra en cabeza del Estado, la ley 142 de 1994 alude a un Estado que interviene en dicha prestación como interventor o vigilante, lo cual no implica la existencia de una relación legal de la que se pueda derivar que, el Municipio de Baranoa o el Departamento del Atlántico están llamados a responder por la condena que eventualmente quede a cargo del llamante.

En lo que toca a la relación contractual, consideró que no estaba demostrado que la empresa Asiser ESP haya sido creación del convenio interadministrativo celebrado entre Baranoa y Polonuevo, pues de los documentos aportados no se logra determinar el origen de dicha empresa, supuesto al que se suma que Asiser ESP no actúa en nombre ni en representación del Municipio de Baranoa, sino que lo hace como una empresa con personería jurídica distinta del ente territorial convocado.

Agregó que, en la cláusula 37 del contrato operativo con inversión No. 1 de 2003 se estipula que el contratista (Asiser Esp) no es responsable frente a terceros por las obligaciones que asume o debe asumir el operador (Triple A SA ESP), ni por los daños que este cause directa o indirectamente en el cumplimiento de su objeto contractual, por lo que aun cuando existiera una relación contractual entre el municipio de Baranoa y la demandada, la cláusula antes mencionada la eximiría de responsabilidad frente a terceros.

Finalmente anotó que, el hecho de que el Departamento del Atlántico haya invertido recursos para la construcción de redes recolectoras en el Municipio de Baranoa es algo que se encuentra contemplado en la ley y en la cláusula 15 del contrato de operación, sin que ello genere un nexo jurídico entre el llamante y el llamado, pues lo único que prueba es la intervención del Estado a que alude el artículo 3 de la plurimencionada ley 142 de 1994.

1.5. Así, siendo negado el recurso de reposición, concede el Juez a quo el recurso de apelación presentado, por lo que, llegado el asunto a esta superioridad se procede a resolver, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. Es la figura del llamamiento en garantía, una forma procesal a través de la cual el legislador valida la intervención de terceros a la relación jurídico procesal que se consolida entre demandante y demandado dentro de una causa judicial

Dicha intervención que, valga decir tiene como objeto transferir al llamado las consecuencias pecuniarias desfavorables que por cuenta del proceso se inserten en la sentencia en contra del llamante, debe tener su fundamento en la ley o en relación contractual, pues es con base a dicho fundamento que el convocante puede obtener eventualmente el reembolso total o parcial de la condena a él impuesta.

Ahora, respecto al fundamento del llamamiento pertinente resulta traer en cita el siguiente aparte jurisprudencial,

El llamamiento en garantía es un instrumento procesal por el cual se provoca la comparecencia forzosa de un tercero a un proceso en curso, intervención que tiene su germen en la citación que le formula una de las partes en dicha

contienda, con fundamento en la relación de garantía de naturaleza personal entre ellos existente, que le confiere el derecho de exigirle que corra con las consecuencias perjudiciales que deba soportar en el evento de resultar vencida en el juicio, de ahí que lo llame a afrontar la pretensión de regreso que introduce para que sea considerada in eventum, es decir, en el caso de perder el pleito. En otras palabras, lo trae al proceso para que se resuelva sobre la obligación legal o contractual que tiene de reembolsarle o indemnizarle las pérdidas económicas que experimente en el caso de un sentenciamiento adverso. Corte Suprema de Justicia, SCJ SC 16 de diciembre de 2006 rad. 2000-00276-01.

Precisado lo anterior y volviendo sobre el asunto que convoca la atención de la suscrita, se advierte que el apelante pretende fundamentar el llamado que hace al Municipio de Baranoa y al Departamento del Atlántico en dos supuestos, esto es, la relación contractual que aduce tener con el primero y la relación legal que insiste tiene respecto de ambos.

2.2. En ese orden, abordará el despacho primeramente lo relativo al nexo contractual que dice tener la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP con el Municipio de Baranoa.

Bajo la lógica del apelante, la laguna de oxidación, de la que se pretende derivar el hecho dañoso acá demandado, es producto y comprende la ejecución del contrato operativo celebrado entre Asiser ESP y la Sociedad Aguas del Norte SA ESP – de quien es la Triple A SA ESP cesionaria-

Que, Asiser ESP a su vez es derivada del acuerdo interadministrativo celebrado entre el Municipio de Polonuevo y Baranoa y que por tanto es evidente que entre la Triple A SA ESP y el Municipio de Baranoa existe un contrato que da lugar a su llamado.

A su vez, aportó el impugnante como prueba de la aludida relación contractual los siguientes documentos:

- Contrato de operación con inversión No. 1 de 2003 celebrado entre la empresa Asiser ESP y la Sociedad Aguas del Norte SA ESP
- Acuerdo de Cesión del contrato de operación con inversión No. 1 de 2003 suscrito entre la Sociedad Aguas del Norte SA ESP y AAA Atlántico SA ESP
- Otrosí al contrato de operación con inversión No.1 de 2003 suscrito entre la empresa Asiser ESP y AAA Atlántico SA ESP
- Anexo No. Técnico Operativo y el,
- Convenio Interadministrativo entre el Municipio de Baranoa y Polonuevo para la asociación intermunicipal de servicios públicos regional No. 4 y transformación en empresa industrial y comercial del Estado.

Después de revisar los anteriores anexos y de verificar su alcance y contenido, puede concluir este Despacho que, entre Asiser ESP (contratante) y la Sociedad Aguas del Norte SA ESP (operador) existió una relación contractual, relación que en este momento suscite empero, con la Triple A SA ESP por cesión realizada por el operador.

También es cierto que, entre el Municipio de Baranoa y el Municipio de Polonuevo se celebró un convenio interadministrativo y aunque en dicho aparte el documento - *Convenio Interadministrativo entre el Municipio de Baranoa y Polonuevo para la asociación intermunicipal de servicios públicos regional No. 4 y transformación en empresa industrial y comercial del Estado*- es ilegible y se encuentra incompleto, se tiene que existía un establecimiento público que se transformó en empresa Industrial y Comercial del Estado y que el nombre de dicha empresa es, Asociación Intermunicipal de Servicios Públicos No. 4 Baranoa-Polonuevo Esp -ASISER Esp-

Ahora, dicha empresa (Asiser ESP) tiene un órgano de dirección denominado asamblea general, tiene su propio patrimonio y tiene un director ejecutivo que es la persona encargada de llevar su representación legal, director ejecutivo que si bien tiene el carácter de servidor público es distinto de quienes detentan la representación de los Municipios que hacen parte del convenio interadministrativo.

En ese sentido, salta a la vista lo siguiente, en efecto la Triple A SA ESP tiene un vínculo negocial con Asiser ESP, sin embargo, de dicho vínculo no se puede derivar que entre la apelante y el Municipio de Baranoa existe una relación contractual, porque, primero el contrato se celebró con Asiser ESP, entonces, de haber lugar al llamamiento en garantía este debió formularse contra dicha empresa y segundo, el Municipio de Baranoa no hace parte de dicho acuerdo, pues a más que las veces que intervino lo hizo en calidad de testigo, no se puede confundir la personalidad jurídica de Asiser ESP con la de quienes la conformaron.

Señala el artículo 85 de ley 489 de 1998 que,

Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Capital independiente, *constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.*

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2o., 4o., 5o., 6o., 12, 13, 17, 27, numerales 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., y 183 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, siendo claro que Asiser ESP como empresa Industrial y Comercial del Estado, integrante de la rama ejecutiva del poder público del sector descentralizado por servicios, es una entidad completamente diferente tanto del Municipio Baranoa como del Municipio de Polonuevo, no hay lugar a enervar el auto apelando en lo que a la inexistencia de una relación contractual para fundar el llamamiento del Municipio de Baranoa, se refiere.

2.3. Continuando con el estudio de los fundamentos esgrimidos por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP, para fundar el llamado que hace tanto del Municipio de Baranoa como el Departamento del Atlántico, compete analizar la relación legal por la que aduce dichos entes territoriales estarán llamados a responder en el presente juicio.

Afirma el memorialista que, el derecho legal que tiene para formular el anterior llamamiento se encuentra en el artículo 2 y siguientes de la ley 142 de 1994, que recuerdan que la prestación de los servicios públicos es una función que corresponde netamente al Estado.

A fin de resolver sobre dicho planteamiento, oportuno encuentra este despacho traer en cita el artículo 365 de la Constitución Política, el cual determina en torno a la prestación de los servicios públicos que,

*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.
Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, **podrán ser prestados por el Estado**, directa o indirectamente, **por comunidades organizadas, o por particulares**. En todo caso, el Estado **mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios**. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Destáquese de la anterior regulación varias cosas, la primera es que la prestación de los servicios públicos no es una actividad que deba desarrollarse de manera privativa por el Estado, pues, de conformidad con la norma constitucional, no es en esencia una función que corresponda directamente a la administración, en tanto, esta *puede* ser prestada por el Estado (directa o indirectamente), por comunidades organizadas o por particulares.

Lo siguiente a resaltar es que, impreciso es afirmar que a la Triple A SA ESP le asiste derecho legal para llamar en garantía al Municipio de Baranoa y al Departamento del Atlántico con fundamento en la ley porque, como se ha visto la apelante no actúa en nombre del Estado, ni tampoco ejerce una función administrativa, sino que, como particular, autorizado por la ley, decidió desarrollar como objeto social la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, así como el tratamiento y aprovechamiento de residuos.

Ahora, lo que sí es un deber del Estado es *asegurar la prestación eficiente* de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio y es por ello que se reservó la función de regular, controlar y vigilar todo lo relativo a dichos servicios, funciones que en extenso son explicadas y desarrolladas en la forma indicada en los artículos 2 y 3 de la ley 142 de 1994, los cuales describen la intervención del Estado y los instrumentos a través de los cuales se materializa dicha intervención en el siguiente orden,

ARTÍCULO 2o. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

ARTÍCULO 3o. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

3.1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos.

3.2. Gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios.

3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.

3.4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.

3.5. Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.

3.6. Protección de los recursos naturales.

3.7. Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos.

3.8. Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.

3.9. Respecto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.

Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta.

Entonces, es en desarrollo de dicha intervención y el cumplimiento, ahora sí, de esa función pública de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, que se encuentra justificado que los entes territoriales participen activamente en la prestación de tales servicios y que hagan con dicha finalidad inversiones en las obras desarrolladas por las empresas que de manera particular e independiente prestan el servicio.

Sin que, bajo ningún fundamento pueda derivarse de dicha participación que, a la Triple A SA ESP le asiste derecho legal para reclamar del Estado, representado en los entes territoriales llamados, el desembolso del monto de la condena a la cual hipotéticamente se vea enfrentada, porque se repite, lo que es obligación del Estado es garantizar la prestación eficiente del servicio, no de manera directa o indirecta su prestación, pues el mismo constituyente permitió que la prestación de tales servicios se pudiera desarrollar de manera autónoma por particulares.

Bajo tal óptica, esto es, que carece la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP de fundamento legal y contractual

para llamar en garantía al Municipio de Baranoa y al Departamento del Atlántico, no puede adoptar esta Magistrada decisión distinta a la de confirmar en su integridad el auto apelado.

Así mismo, se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida por no haberse causado, esto es, no haberse presentado por el extremo demandante contradicción alguna.

Debido a lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto de fecha septiembre 07 de 2021, proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso verbal promovido por Álvaro Sánchez Pinzón; contra la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla SA ESP.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Remitir la actuación al juzgado de origen, una vez ejecutoriado este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ANA ESTHER SULBARÁN MARTÍNEZ
Magistrada Sustanciadora

Ana Esther Sulbaran Martinez

Magistrado(a)

Tribunal Superior Sala Civil-Familia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **baacce17a8a95319c48be52a13e698fe5277ed3cf2b7cc8fb265561831b3e73b**

Documento firmado electrónicamente en 31-03-2022

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>