



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, cinco (05) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	VERBAL - R.C.C.
DEMANDANTE	AURES BAJO S.A.S. - E.S.P.
DEMANDADA	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.
RADICADO	05001 31 03 002 2020 00267 00
ASUNTO	REPONE AUTO.

Vencido como se encuentra el término de traslado del recurso de reposición elevado por el mandatario judicial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM, en contra del auto del 22 de enero de 2021, por el cual se admitió la demanda incoada por AURES BAJO S.A.S. - E.S.P., se pasa a resolver el mismo.

I. ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado judicial, la sociedad Aures Bajo S.A.S. - E.S.P. presentó demanda Verbal de Responsabilidad Civil Contractual en contra de EPM, argumentando que es propietaria de la central hidroeléctrica ubicada en las veredas Naranjal y La Habana, del municipio de Sonsón - Antioquia.

Indicó que la central comenzó a construirse en julio de 2015, entró en operación comercial en diciembre de 2018 y su costo ascendió a \$158.000.000.000; que por su alto costo realizó sondeos de potenciales compradores de energía, razón por la cual, el 28 de enero de 2015 solicitó a EPM información sobre su intención de compra; entidad que el 04 de febrero de 2015 efectuó oferta de compra de energía, señalando el período de vigencia, la modalidad de suministro, el precio de compra y demás condiciones de un eventual contrato de adhesión a celebrar; oferta que fue aceptada por la sociedad demandante el 18 de febrero de 2015.

Con base en lo anterior, las partes celebraron el contrato de suministro de energía No. CT-2015-000363 bajo el esquema de "pague lo generado"; que obligaba a entregar la energía generada sin cantidades ni tiempo específicos o determinados.

Refirió que la manifestación de interés como son oferta y aceptación, y la celebración del contrato se acompañaron de una serie de tratativas preliminares, aunque ellas no consten en los documentos.

Agregó que la forma en que se determinó el precio del contrato acorde a la cláusula tercera del mismo, dependía del funcionamiento de la central Hidroeléctrica Hidroituango, la cual tuvo un retraso en su construcción por exceder el límite regulatorio impuesto por la CREG de no generar mas del 25% de la oferta disponible de energía para evitar el oligopolio y, además, en abril de 2018 en la obra ocurrieron eventos que paralizaron transitoriamente la construcción, y como consecuencia no se puede saber con certeza cuando entrará en operación.

Afirmó que dichos atrasos afectaron las proyecciones previstas, puesto que se había determinado que en la fijación del precio la variable esencial sería el exceso de oferta que se originaría con la entrada en operación de la central hidroeléctrica Hidroituango y, por ende, el impacto que ello tendría en el precio del kilovatio hora en el mercado; situación que afectó los márgenes de rentabilidad del contrato para una parte, e incidiendo de manera grave en la otra. Circunstancias que fueron puestas en conocimiento de EPM mediante comunicación del 30 de agosto de 2019, explicándole la necesidad de revisar los términos de ejecución del contrato con relación a los precios; obteniendo como respuesta el 01 de octubre de 2019, que los resultados comerciales derivados de los compromisos contractuales permanecían iguales sin modificación alguna, y tampoco presentaron beneficios en razón al atraso del proyecto.

Por lo antelado, pretende la nulidad relativa del contrato de suministro de energía No. CT-2015-000363. Subsidiariamente que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada al faltar a su deber de buena fe contractual y, en consecuencia, se ordene la resolución del contrato. Que subsidiariamente se declare la nulidad absoluta del contrato. Que subsidiariamente se ordene la revisión del precio pactado en el contrato de suministro y que el mismo sea el que se venía reconociendo hasta el 31 de diciembre de 2019, hasta que la central hidroeléctrica Hidroituango comience a funcionar. Subsidiariamente que se declare que EPM incurre en un enriquecimiento sin causa sobre los valores reducidos del precio del contrato de suministro desde el primero de enero de 2020 y hasta que entre en operación Hidroituango.

Como pruebas anexó el Certificado de Existencia y Representación de AURES BAJO S.A.S E.S.P.; Certificado de Existencia y Representación de EPM; Comunicación del 28 de enero de 2015 por Aures Bajo; Oferta de compra de energía del 04 de

febrero de 2015 por EPM; Comunicación del 18 de febrero de 2015 aceptando oferta de compra; Contrato de compra de energía No. CT-2015-000363; Acta No. 1 y No. 2 de modificación al contrato; Comunicación del 30 de agosto de 2019 por Aures Bajo; Comunicación del 01 de octubre de 2019 por EPM; Información general del mercado para los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 por XM S.A. E.S.P.; Informe de gestión, decisiones y riesgos de Hidroituango elaborado por la Contraloría de la República; Informe Auditoria de Cumplimiento de agosto de 2018 por la Contraloría de la República; Informe de actuación especial, control excepcional a los recursos de proyecto de generación eléctrica de julio de 2019, elaborado por la Contraloría de la República y, Acta de no acuerdo conciliatorio.

Subsanados los requisitos señalados por el Juzgado, en auto del 22 de enero de 2021 se admitió la demanda incoada por Aures Bajo S.A.S. E.S.P., en contra de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., se indicó que se imprimiría el trámite previsto en el artículo 371 del C. G. del Proceso, y se ordenó la notificación de la demandada.

II. DEL RECURSO DE ALZADA

Por conducto de letrado la sociedad demandada allegó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto admisorio de la demanda, para que en su lugar fuera rechazada la misma.

Argumentó que el despacho no realizó un examen exhaustivo del contrato No. CT-2015-000363, aportado por la entidad demandante, puesto que en la cláusula 15ª “solución de controversias” se indicó que en caso de surgir diferencias entre las partes, estas buscarían mecanismos de arreglo directos como la negociación directa o la conciliación, durante un término de hasta 30 días y; en caso de no llegar a un acuerdo, las partes someterían los conflictos al procedimiento establecido en la resolución CREG 067 de mayo 28 de 1998, esto es, ante un Tribunal de Arbitraje; y en el evento de que la CREG se declárese incompetente para resolver el asunto, las partes acudirían a la vía judicial.

Agregó además que, la parte actora no acreditó y no ha agotado el procedimiento de solución de controversias acordado en el contrato, para ello citó algunos artículos de la resolución antes mencionada; de los que se desprende que la demandante antes de acudir a la vía judicial deberá acudir y solicitar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la definición de competencia, así como la solución de la controversia mediante el procedimiento arbitral allí establecido que surge

entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector, para la interpretación de los acuerdos operativos y comerciales.

Manifestó que sólo en caso de que la CREG se declare incompetente, la parte demandante podrá acudir a la vía judicial, resaltando que deberá acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de acción contractual, conforme al numeral 5°, artículo 152 de la ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 104 ib.

Arguyó el recurrente que el contrato base de la responsabilidad contractual deprecada fue celebrado con EPM, cuya naturaleza es pública; que es una empresa industrial y del Estado de orden municipal, para ello mencionó el acuerdo mediante el cual fue creada y la ley por la que fue transformada, así como las gacetas oficiales de la alcaldía de Medellín que contienen la prueba de la transformación de Empresas Públicas de Medellín como empresa de servicios públicos domiciliarios.

Por las razones expuestas, solicitó la revocatoria del auto admisorio de la demanda, para que en su lugar se rechace la misma.

A su turno, la parte demandante describió traslado al recurso de reposición manifestando que, acudió a la negociación directa con la comunicación enviada el 30 de agosto de 2019, y a la conciliación como requisito de procedibilidad y, frente al procedimiento señalado en la resolución 067 del 28 de mayo de 1998 de la CREG, concordante con el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, argumentó que la misma demandada reconoce que ese mecanismo no es procedente, puesto que las pretensiones perseguidas son declarativas y de condena, por lo que la CREG carece de jurisdicción y competencia para conocer del asunto en voces del artículo 9 de la citada resolución, así: *"Naturaleza de las pretensiones. Los conflictos que se sometan a definición mediante arbitraje, deberán estar exclusivamente encaminados a conseguir que la Comisión defina las controversias entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector, en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales y no a obtener decisiones de naturaleza constitutiva o de condena."*

Añadió que acudir ante la CREG para que se declare la falta de jurisdicción y competencia, y regresar a la jurisdicción ordinaria es ilegal e implica desconocer los deberes de las partes y apoderados frente al debido proceso.

Frente al cuestionamiento de la jurisdicción, precisó que mucho ha sido el debate del alcance de la ley 142 y 143 de 1994, respecto a la privación de manera sustantiva y adjetiva de las entidades estatales como EPM, en someterse al Código Civil y de Comercio y a la jurisdicción ordinaria; exponiendo que: i). El contrato de suministro de energía que vincula a las partes es un contrato que se rige por el código de Comercio, por las actividades comerciales que se desarrollan en cumplimiento de su objeto y por la naturaleza de las partes, aunque EPM no es comerciante desarrolla actos de Comercio; ii). El contrato objeto del proceso no está sujeto a lo dispuesto en la ley 80 de 1993 ni la 1150 de 2007, de acuerdo con el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3o de la ley 689 de 2001; iii). Lo que se ratifica con la ausencia de licitación pública para la celebración del contrato; iv). Señaló que el artículo 104 del CPACA, en el numeral 3o indica que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las controversias relativas a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los que se incluyan cláusulas exorbitantes, lo que quiere decir que, aquellos que carezcan de ellas son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria - artículo 31 de la ley 142 de 1994 y artículo 3 de la ley 689 de 2001-; v). De igual forma el artículo 152 numeral 5 expresa que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los que se incluyan cláusulas exorbitantes cuando la cuantía exceda de 500 SMLMV.

Afirmó que no discute la naturaleza pública de la demandada, ni su carácter de empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, pero en tratándose de contratos donde no existen cláusulas exorbitantes, ni media licitación pública, estos se rigen por el derecho privado tanto en lo sustancial como en lo adjetivo.

Por lo esbozado, trajo a colación la providencia del 02 de noviembre de 2016 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, en la que dirimió conflicto de competencia entre un juez ordinario y otro contencioso administrativo en proceso similar, providencia que anexó.

Finalmente, ratifica que si la demandada tuviese razón en su argumentación estaría reconociendo que, bajo los principios de legalidad e igualdad, la sociedad demandante, la cual tiene naturaleza y capital exclusivamente privada, podría pactar en sus contratos cláusulas exorbitantes o expedir actos administrativos, lo cual resulta absurdo.

Por todo, solicitó se desestime el recurso impetrado y, en su defecto, se continúe con el trámite ordenado en el auto que admitió la demanda.

III. CONSIDERACIONES

El recurso de reposición es el remedio por el cual el juez que conoce del proceso enmienda su propia resolución y pronuncia otra ajustada a derecho, la finalidad de este recurso es que la providencia objeto del mismo se revoque, reforme, aclare o adicione. En otras palabras, los recursos permiten el desarrollo de la dialéctica jurídica entre la posición del juzgador y el litigante.

Ahora bien, atendiendo las inconformidades señaladas por la parte recurrente, es menester explicar que la cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual, los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de ese contrato a la decisión de un Tribunal Arbitral, como arbitraje legal, a no ser que las partes determinen las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto.

Aunado a lo anterior, la cláusula compromisoria debe constar por escrito, como pacto de las partes intervinientes en un contrato de someter a decisión de Tribunal de Arbitramento la totalidad o parte de las diferencias que surjan en la ejecución del contrato, se concreta como una previsión anticipada al surgimiento de esas diferencias, que las advierten como posibles y futuras, por ende, no las puntualiza o detalla.

Conviene destacar lo considerado por el profesor Henry Sanabria Santos sobre el asunto: "La libre decisión de las partes de deferir a los árbitros la solución de un determinado litigio tiene fuerza vinculante para las mismas a la luz de lo dispuesto en el artículo 1602 del CC y, por ende, quedan están obligadas, por virtud de su propia voluntad, a acudir ante la jurisdicción arbitral, la cual tiene consagración constitucional en el artículo 116 superior y pleno respaldo del ordenamiento legal"¹. Por ello, cuando una de las partes que ha suscrito la cláusula compromisoria, la desconoce y formula la correspondiente demanda ante los jueces ordinarios, le corresponde al demandado ponerla en conocimiento del Juez, en aras de que las consecuencias de esta cláusula sean acatadas y el proceso no continúe su marcha ante los jueces.

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

¹ Sanabria Santos, Henry. Nulidades en el Proceso Civil. Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, año 2011, páginas 245 a 247.

En el *sub judice* Empresas Públicas de Medellín E.S.P., solicita se reponga el auto de fecha 22 de enero de 2021, mediante el cual se admitió la demanda en su contra, incoada por Aures Bajo S.A.S. E.S.P.

En este caso, vemos que el contrato No. CT-2015-000363 de suministro de energía, específicamente la cláusula 15ª “solución de controversias”, contiene la cláusula compromisoria, donde las partes acordaron que intentarían resolver los conflictos de manera directa, lo que en efecto hicieron a través de comunicaciones y cartas sin resultado positivo, tal como se demuestra en los documentos adosados al libelo.

Y, en el evento de no llegar a un acuerdo, se someterían a lo establecido en la Resolución 067 de 1998, que básicamente indica que, de no lograr un acuerdo, los conflictos pasarían a un tribunal de regulación de energía y gas. Sin embargo, dicha comisión solo se encarga de la interpretación de los acuerdos operativos y comerciales, no de controversias como las que trata este asunto.

De la lectura de la precitada cláusula del contrato se avizora que, hasta tanto el Tribunal de Arbitramento no se declare incompetente, las partes no podrán acudir a la vía judicial; empero, es obvio que dicho órgano lo hará por la forma en que éste fue redactado.

De cara a lo expuesto, se observa como las partes involucradas por voluntad propia decidieron previamente resolver las controversias de carácter transigible por medio de terceros particulares, los cuales sustraen los conocimientos de los jueces ordinarios, quienes en condición de árbitros están en toda la capacidad de dirimirlas como quiera que el ordenamiento jurídico les adscribe plenos efectos para ello, que no son otros que dotarlos de ejercicio de funciones jurisdiccionales, y sus decisiones gozan del atributo de cosa juzgada que puede ser cumplido de manera coercitiva.

Así las cosas, a tono con lo aquí considerado, de acuerdo a los anexos arrimados con el escrito de la demanda, y los argumentos de la parte recurrente, es claro para el despacho que le asiste la razón al togado de la parte demandada, porque se pactó claramente que agotada la posibilidad de conciliar los asuntos en conflicto en forma directa, se acudiría a la CREG como segunda opción para resolver los conflictos, y que sería la vía judicial, la última que podría intervenir, a través del proceso jurisdiccional. Según el acuerdo plasmado entre las partes, en efecto no se acudió a la CREG omitiendo aquella posibilidad de solucionar el conflicto, antes

que sea un Juez de la República quien dirima el conflicto a través de una providencia que decida el derecho.

Así las cosas, habrá de reponerse el proveído de citas, toda vez que, en efecto, en el contrato adosado se evidencia una cláusula compromisoria, y por esta razón las partes deberán acudir a un Tribunal de Arbitramento que resuelva sus discrepancias; así, se declarará terminado el proceso en voces del artículo 90 del C. G. del Proceso.

Sobre el asunto de la falta de competencia, no se harán mayores argumentaciones, atendiendo a que habrá de terminarse el proceso por esta causal.

En virtud de todo lo anterior, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto calendado del 22 de enero de 2021, por el cual se admitió la demanda incoada por Aures Bajo S.A.S. - E.S.P., en contra de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., por lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR terminado el proceso en voces del artículo 90 del C. G. del Proceso.

TERCERO: ARCHIVAR el asunto una vez este proveído se encuentre ejecutoriado.

NOTIFÍQUESE

2.

BEATRIZ ELENA GUTIÉRREZ CORREA
JUEZ

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLIN

Se notifica el presente auto por **Estados Electrónicos** Nro. 068

Fijado hoy en la página de la rama judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/>

Medellín 6 de mayo de 2021

VERÓNICA GÓMEZ MONCADA
SECRETARIA

Firmado Por:

BEATRIZ ELENA GUTIERREZ CORREA

**JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

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:

86e68ccc39ff54e3289dba433cf3d5a62aa6a5d016cc72fcc77343feb9d103ee

Documento generado en 05/05/2021 02:48:20 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**