



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-33-000-2018-01548-01 (63437)

Proceso: Acción de grupo

Demandante: Yeyson Acevedo Giraldo

Demandado: Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros

Tema: Se revoca la decisión de rechazar el llamamiento en garantía formulado por la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P. a EPM por considerar que no estaba acreditada la existencia de esta empresa.

AUTO

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Hidroeléctrica Ituango S.A E.S.P. (en adelante <<Hidroituango>>) contra el auto proferido por la Sala Cuarta de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia el 10 de diciembre de 2018, mediante el cual se rechazó el llamamiento en garantía formulado por la recurrente en contra de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (en adelante <<EPM>>).

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 321 del CGP, el auto que rechace la demanda es apelable¹. En el caso del llamamiento en garantía el artículo 65 del CGP prescribe que este debe ser formulado mediante demanda, por lo que la providencia que rechace el referido llamamiento estará a su vez impidiendo el trámite de un libelo.

I.- Antecedentes

1.- La demanda de acción de grupo fue formulada en contra de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales con el propósito de que se declare su responsabilidad extracontractual y se repararan los perjuicios derivados de la evacuación de varios municipios aledaños al río Cauca en 2018 como consecuencia de derrumbes en el tunel de desviación de la Hidroeléctrica de Ituango.

2.- En la etapa de contestación de la demanda y mediante escrito radicado el 19 de noviembre de 2018, Hidroituango llamó en garantía a EPM (en calidad de cesionaria

¹ Se destaca que las disposiciones procesales aplicables en este evento son las del Código General del Proceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 472 de 1998.



de la posición contractual de EPM Ituango S.A. E.S.P.) Con tal propósito formuló las siguientes pretensiones:

<<PRIMERA: (...) se sirva admitir y en consecuencia darle trámite al llamamiento en garantía formulado por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. para que sea vinculada a este proceso, para que responda por los hechos imputados y el fondo de la acción de grupo, asuma la defensa de Hidroeléctrica (sic) según la cláusula de indemnidad citada en el hecho 1 y ejerza el derecho de defensa.

SEGUNDA: Como consecuencia de la citación e intervención de la llamada en garantía en el proceso, en caso de que la sentencia sea adversa o condenatoria frente a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. se ordene que la llamada en garantía EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. asuma el pago de una eventual condena con cargo a los costos del proyecto hidroeléctrico Ituango, y de ser el caso, reconozca y reembolse a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. todas las sumas de dinero que con ocasión de este proceso y en caso de ser condenada (sic), deba reconocer a los demandantes>>.

2.1.- Como fundamento fáctico de su petición expuso que la llamante y la empresa EPM Ituango S.A. E.S.P. suscribieron un contrato tipo BOOMT en la que se le entregó a esta última la construcción, montaje, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica de Ituango, así como cualquier actividad conexa para llevar a cabo las obras correspondientes.

2.2.- En el referido negocio jurídico las partes pactaron una cláusula de indemnidad en la que la contratista se comprometió, entre otras, a mantener indemne e indemnizar a Hidroituango por cualquier reclamo efectuado en sede judicial por hechos relacionados con la construcción, operación y/o mantenimiento de la hidroeléctrica.

2.3.- Dentro de las obligaciones concretas a satisfacer por parte de la contratista se encontraban las originadas en <<cualquier reclamo derivado de acciones de responsabilidad civil extracontractual instauradas por cualquier persona con ocasión de hechos, acciones, u omisiones del contratista relacionadas con la construcción, operación y/o mantenimiento de la hidroeléctrica>>.

2.4.- El 19 de enero de 2013 EPM Ituango S.A. E.S.P. cedió su posición dentro del contrato BOOMT a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

3.- El 21 de noviembre de 2018, previo a decidir de fondo la solicitud referida, el Tribunal Administrativo de Antioquia, con base en el artículo 166 del CPACA, requirió a Hidroituango para que allegara prueba de la existencia de la llamada en garantía. Ello, debido a que con la demanda de llamamiento solo se aportó la prueba de la representación legal de EPM, pero no los documentos que acreditaban su existencia.

4.- Mediante auto del 10 de diciembre de 2018, notificado el día 11 siguiente, el a quo rechazó el llamamiento formulado por Hidroituango a EPM. Consideró que la



llamante no cumplió con la carga procesal requerida en el proveído de 21 de noviembre y, en consecuencia, no demostró la existencia de la llamada en garantía. Agregó que el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 era claro en exigir que toda demanda debía acompañarse de prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas de derecho público que fueran distintas de la nación, departamentos, municipios o que fueran creadas por la Constitución o la ley. En el caso de EPM, esta no se encontraba en ninguna de las excepciones referidas.

5. Inconforme con la decisión anterior y de manera oportuna, Hidroituango presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en el cual argumentó que:

5.1.- Empresas Públicas de Medellín es una entidad <<creada por la ley y autorizada por la ley, entre otras, por la Ley 142 de 1994 (...)>>. Por ello, al ser una empresa de servicios públicos, no era cierto que debiera probarse su existencia, pues el artículo 166 del CPACA no exige tal acreditación cuando se trata de entidades creadas por la ley.

5.2.- Con la solicitud de llamamiento en garantía se aportó prueba de la representación legal de EPM. Dicha condición se demostró por medio de actos administrativos (decreto de nombramiento y acta de posesión del gerente general), lo cual implica que la presunción de legalidad de los mismos soporta a su vez la existencia de la llamada en garantía.

5.3.- No existe certificado de existencia y representación legal de EPM toda vez que se trata de una entidad de derecho público que no se inscribe en el registro mercantil.

5.4.- El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no exige en sus artículos 139 y 149 que se aporte prueba de la existencia cuando la interveniente es una entidad de derecho público.

5.5.- La existencia de EPM es un hecho notorio. Además, este <<hecho notorio>> puede acreditarse con pruebas como las facturas que tal empresa emite en el Valle de Aburrá para cobrar servicios públicos domiciliarios como: energía, acueducto, alcantarillado y gas.

5.6.- El artículo 225 del CPACA contiene los requisitos para formular el llamamiento en garantía. En ningún apartado de tal norma se exige que se deba demostrar la existencia de las personas jurídicas de naturaleza pública.

5.7.- EPM es una empresa industrial y comercial del Estado de creación legal en los términos del artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

Para culminar la censura el apoderado de Hidroituango manifestó:



<<No obstante que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. es una empresa de creación legal, no obligada a aportar certificado de existencia, se aporta:

1. Copia del Acuerdo 058 de 1955 del Concejo de Medellín, por el cual se crea el establecimiento Empresas Públicas de Medellín.
2. Copia de la Gaceta Oficial 737 de la Alcaldía de Medellín, que contiene el Acuerdo 69 de 1997 del Concejo de Medellín, por el cual se transforman las Empresas Públicas de Medellín en empresa de servicios públicos domiciliarios.
3. Copia de la Gaceta Oficial 838 de la Alcaldía de Medellín, que contiene el Acuerdo 12 de 1998 del Concejo de Medellín, por el cual se adoptan los estatutos de Empresas Públicas de Medellín ESP>>.

6.- Dentro del término de traslado del recurso de reposición y en subsidio de apelación la parte demandante se pronunció y solicitó que se confirmara la providencia cuestionada. En tal sentido, expuso:

6.1.- EPM no es de creación constitucional o legal. Los documentos aportados por el propio recurrente evidencian que esta fue instituida por un acuerdo municipal. En consecuencia, dicha entidad no se encuentra cobijada por ninguna de las excepciones del artículo 166 del CPACA y, por ende, su existencia debía ser demostrada por quien solicitara convocarla al proceso.

6.2.- El artículo 117 del CGP prescribe que los términos son perentorios e improrrogables. En este caso Hidroituango desconoció esa norma y dejó vencer los diez días que le otorgó el tribunal para subsanar la falencia del llamamiento en garantía. Por tanto, la demandada debe someterse a las consecuencias de su omisión.

7.- Por intermedio de decisión del 21 de enero de 2019 el Tribunal Administrativo de Antioquia no repuso la determinación de rechazar el llamamiento en garantía y concedió en el efecto devolutivo la apelación subsidiaria. Para ello, afirmó:

7.1.- Lo exigido a Hidroituango mediante la providencia de 21 de noviembre de 2018 no fue el certificado de existencia y representación legal del EPM. El requerimiento consistió en la prueba de existencia de dicha empresa industrial y comercial del Estado, condición que se acreditaba con el acto de creación correspondiente (Acuerdo 58 de 1955).

7.2.- El Código Contencioso Administrativo invocado por el recurrente no es aplicable al caso concreto debido a que la demanda fue presentada después de la entrada en vigencia del CPACA, compendio procesal que contiene requisitos de la demanda distintos a la antigua norma de procedimiento de 1984.

7.3.- El hecho de que EPM en la actualidad se encontrara catalogada como una empresa industrial y comercial del Estado no implica que sea de creación legal. Dicha entidad fue creada en 1955 como un establecimiento público y transformada en 1997 por el Concejo de Medellín en empresa industrial y comercial, escenario que evidencia que no se encuentra cobijada dentro de las excepciones de la prueba



de la existencia contenidas en el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto no se trata de la nación, un departamento, un municipio o una entidad creada por la Constitución o la ley.

7.4.- Finalmente, aunque con los recursos formulados Hidroituago aportó las pruebas que acreditaban la existencia de la llamada en garantía, lo cierto es que estas no podían valorarse por cuanto no se allegaron dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

8.- Mediante correo electrónico de 31 de julio de 2020² se radicó poder especial otorgado por el gerente general de EPM a los abogados Enrique Gil Botero (apoderado principal) y Óscar Valencia Loaiza (suplente), para que representaran los intereses de esa empresa dentro de la presente acción de grupo.

9.- Por medio de comunicación electrónica de 20 de agosto de 2020³ el abogado Carlos Cárdenas López, portador de la tarjeta profesional 86.027 del CSJ (apoderado dentro de otra acción de grupo propuesta por hechos similares), radicó petición en la que solicitó se le entregara copia de la publicación efectuada en un medio masivo de comunicación para informar la existencia del proceso a los miembros del grupo, con ocasión de lo dispuesto en el auto admisorio de la presente acción.

10.- El 5 de octubre de 2020 el Juzgado Veintiséis Administrativo de Medellín⁴ allegó por correo electrónico el expediente contentivo de la acción de grupo radicado 0500133330262020-0011800, con el propósito de que se estudiara una posible acumulación con la acción de grupo tramitada en el plenario 5001233300020180154801.

II.- Consideraciones

El despacho revocará la decisión del tribunal de rechazar el llamamiento en garantía efectuado por Hidroituango a EPM, por las siguientes razones:

11.- Si bien es cierto EPM no es una entidad que se encuentra cobijada por alguna de las excepciones del numeral cuarto del artículo 166 del CPACA, lo cierto es que con la demanda contentiva del llamamiento en garantía Hidroituango allegó copia de los documentos que acreditaban la representación legal de dicha empresa industrial y comercial del Estado, la cual se radicaba en cabeza de su gerente general. Tal circunstancia era suficiente para que el tribunal de primera instancia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 del CGP⁵ accediera a la información

² Índice 5 de Samai.

³ Índice 7 de Samai.

⁴ Índice 9 de Samai.

⁵ <<El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte (...) Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente>>.



pública disponible en el sitio web⁶ de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en donde se encuentran los documentos contentivos del acto de creación de la citada empresa.

14.- Por otro lado, el despacho reconocerá personería a los abogados Enrique Gil Botero, titular de la tarjeta profesional No. 27.154 del Consejo Superior de la Judicatura (en calidad de principal) y Óscar Valencia Loaiza titular de la tarjeta profesional No. 181.875 del Consejo Superior de la Judicatura (en calidad de suplente), para actuar como apoderados de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., conforme al poder presentado el 31 de julio de 2020.

15.- Toda vez que EPM no fue vinculada al proceso y el mismo se encuentra para proferir sentencia de segunda instancia, se le otorgará a dicha entidad el término de tres días previsto en el artículo 137 del Código General del Proceso para que, si a bien lo tiene, haga el pronunciamiento previsto en dicha norma. El término anterior correrá a partir de la notificación de la presente providencia al apoderado principal de la entidad al que se hace referencia en el numeral precedente.

En mérito de lo expuesto este despacho,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVÓCASE el auto del 10 de diciembre de 2018 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante el cual se rechazó el llamamiento en garantía formulado por la Hidroeléctrica Ituango S.A E.S.P. a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

SEGUNDO: RECONÓCESE personería a los abogados Enrique Gil Botero, titular de la tarjeta profesional No. 27.154 del Consejo Superior de la Judicatura (como apoderado principal) y Óscar Valencia Loaiza, titular de la tarjeta profesional No. 181.875 del Consejo Superior de la Judicatura (como apoderado suplente) para actuar como apoderados de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

TERCERO: Otórguese a EPM el término de tres días desde la notificación de esta providencia para que, si a bien lo tiene, haga el pronunciamiento previsto en el artículo 137 del CGP conforme con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Una vez transcurra el término anterior, vuelva el proceso al despacho para resolver lo que en derecho haya lugar.

⁶ <https://www.epm.com.co/site/home/centro-de-documentos/normatividad/institucional/normas-juridicas>
En este enlace se encuentra disponible, por ejemplo, el Acuerdo Municipal 58 de 1955 <<Por medio del cual se organiza el Establecimiento Público Autónomo encargado de la administración de los servicios públicos de Energía Eléctrica, Acueducto, Alcantarillado y Teléfonos>> de la ciudad de Medellín.



Radicado: 05001-23-33-000-2018-01548-01 (63437)
Demandante: Yeyson Acevedo Giraldo

CUARTO: En el sistema de información SAMAI se encuentran registrados los correos electrónicos de los apoderados de las partes. Se advierte a los sujetos procesales que deberán indicar cualquier modificación en la información de los canales de comunicación electrónica al correo ces3secr@consejodeestado.gov.co

QUINTO: La presente providencia será notificada mediante estado electrónico, en atención a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado