



Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

|                         |                                                      |
|-------------------------|------------------------------------------------------|
| Medio de control        | Nulidad y restablecimiento del derecho               |
| Radicado                | 13-001-33-33-005-2016-186-00                         |
| Demandante              | Electricaribe. S.A. E.S.P                            |
| Demandado               | Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios |
| Asunto                  | Resuelve excepciones previas                         |
| Auto interlocutorio No. | 390                                                  |

## I. Antecedentes

-La demanda fue admitida por auto del 16 de agosto de 2016 y se vinculó como tercer interesado al señor Jhony Henao<sup>1</sup>, se notificó al demandado el 22 de marzo de 2017<sup>2</sup>.

-La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó el 30 de mayo de 2017<sup>3</sup>.

-El 10 de julio de 2017<sup>4</sup> se dio traslado de las excepciones conforme al art. 175 del C. de P.A. y de lo C.A.

-Mediante auto de 29 de octubre de 2021<sup>5</sup> se ordenó la notificación al Liquidador de Electricaribe<sup>6</sup>, la cual se realizó el 1 de febrero de 2022<sup>7</sup>. Asimismo, se ordenó al demandante aportar la certificación del correo certificado del aviso de notificación del señor Jhony Henao y se vinculó a la BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA, en su calidad de administrador y/o representante del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

-El 25 de julio de 2022<sup>8</sup> se notificó al vinculado BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA, quien contestó el 05 de septiembre de 2022<sup>9</sup>.

-El 08 de agosto de 2022<sup>10</sup> se aporta la constancia de envío del aviso señor Jhony Henao, quien no hizo manifestación alguna.

-El 16 de diciembre de 2022<sup>11</sup>, se dio traslado de la excepciones.

## II. Consideraciones

<sup>1</sup> Pág. 79 expediente digital (Fl. 46 )

<sup>2</sup> Pág. 134 (fl. 82)

<sup>3</sup> Pag. 143 (fl.89)

<sup>4</sup> Pag. 257 y 259 (fl. 202 y 203)

<sup>5</sup> Doc. 07

<sup>6</sup> Documento 31

<sup>7</sup> Documento 10

<sup>8</sup> Doc. 11

<sup>9</sup> Doc. 14 y 18

<sup>10</sup> Doc. 12 y 13

<sup>11</sup> Doc. 21



SC5780-1-9





EL art. 38 Ley 2080 de 2021<sup>12</sup> dispuso que las excepciones previas en materia de lo contencioso administrativo han de ser resueltas de conformidad con lo previsto en el Código General del Proceso (art. 100, 101 y 102). El artículo 101 dispone:

“(…)

Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo [110](#), para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.

*2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.*

*Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones.*

*La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.*

“(…)”

Entonces, pueden resolverse las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas antes de realizar la audiencia inicial.

Esta norma se armoniza con el artículo 182 A cpaca, que faculta al Juez Administrativo para dictar sentencia anticipada en los asuntos que sean de puro derecho y que no requieran práctica de pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

<sup>12</sup> POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -LEY 1437 DE 2011- Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE DESCONGESTIÓN EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN ANTE LA JURISDICCIÓN **ARTÍCULO 38.** *Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:*

**PARÁGRAFO 2º.** *De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.*

*Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*

*Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.*

*Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.*



SC5780-1-9





## I. Caso concreto

Ahora para seguir con el trámite procesal y dando aplicación a la nueva normatividad procedimental, advierte el despacho que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro de las excepciones propone la previa de inepta demanda por falta de los requisitos formales y la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión de restitución de la multa que fue impuesta por los actos administrativos demandados.

Aduce que respecto a dicha pretensión debió agotarse el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial que exige el artículo 161-1, por ser un asunto conciliable, convocando a conciliar al Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que es el propietario de las sumas que Electricaribe canceló en razón del silencio administrativo positivo y según la sanción que le fue impuesta.

Que esa propiedad de las multas es lo ordenado por la ley 812 de 2003, ratificado por las leyes 1151 de 2007 y 1450 de 2011; siendo la Fiduciaria Bogotá la actual vocera del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo que a aquella se le debió convocar.

Y por la misma razón explica que frente a la pretensión de devolución de dichas sumas hay falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia.

De otra parte, en la contestación del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo vocero actual es FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. (por contrato de fiducia mercantil 831 de 2017), plantea como excepción previa (sic), ilegitimidad material en la causa por pasiva al considerar que no está llamado a integrar la litis porque no participó en la expedición de los actos demandados ni en los hechos que dieron lugar a la demanda.

Explica en detalle el origen del Fondo empresarial creado por la ley 812 de 2003, su naturaleza jurídica conforme artículo 1226, 1227, 1233, 1234 y 1241 del Código de Comercio, Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2555 de 2010; y más recientemente la ley 1450 de 2011, 1753 de 2015, y 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

Que el contrato de fiducia es solo de gestión financiera y, por tanto, en razón de él no se adopta ninguna decisión administrativa.

Que, ante una eventual decisión de nulidad de los actos demandados, los efectos serán para la Superintendencia de Servicios Públicos que es la única que tiene facultad de expedirlos y resolver los recursos interpuestos.

Y pasa a señalar la facultad de inspección y vigilancia de la Superintendencia conforme la ley 142 de 1994, que tienen relación con el objeto del Patrimonio





Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

## DECISIÓN

Ante todo, cabe señalar que las pretensiones de la demanda de Electricaribe S.A.ESP, se orientan a que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. SSPD20158200020855 y SSPD20158200233885.

Y a título de restablecimiento del derecho, se pretende que se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios restituir a Electricaribe el valor de \$ 6.443.500, más los intereses causados en la fecha del pago, y se continúe con el trámite de decisión del recurso de apelación con radicado No.2014820009159.

La demanda desde su inicio se dirigió contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios quien expidió los dos actos administrativos demandados.

La vinculación al proceso de la vocera del patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se decidió por el despacho en auto de 29 de octubre de 2021, según lo manda el artículo 207 del CPACA, en concordancia con el artículo 171-3, en atención a que una de las pretensiones tiene relación al pago que Electricaribe debe hacer del valor de la multa impuesta en los actos demandados.

Con ese panorama de la actuación procesal y atendiendo que fue el despacho quien ordenó la vinculación del tercero interesado con las resultas del proceso, por la pretensión relativa a pago de la multa impuesta, no puede constituirse en un requisito de procedibilidad de la demanda de Electricaribe S.A. ESP la convocatoria a conciliación prejudicial a FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., si la vinculación de la misma fue posterior a la presentación de la demanda.

El requisito de procedibilidad del artículo 161-1 supone su agotamiento previo a la presentación de la demanda. Y la demanda de Electricaribe fue contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual fue convocada según se constata con la constancia expedida por la Procuraduría 21 Judicial II, obrante en documento 03-pág.37-38 del expediente digitalizado.

No resulta razonable ni dentro de la ritualidad del proceso, exigir en el transcurso del mismo un requisito que es previo a la presentación de la demanda y respecto de a una vinculación que se hizo dentro del trámite del proceso judicial. Y que además se hizo oficiosamente por el juez director del proceso.

Precisamente, procesalmente el tercero es aquél que con posterioridad al establecimiento de la relación jurídica procesal llega al proceso, entre otros, adquiriendo en algunos eventos la calidad de parte (si hablamos de un litisconsorcio necesario) y en otros la de un simple interviniente; y este último llega al proceso con capacidad para realizar actos procesales de parte según artículo 224 CPACA.





En consecuencia, no puede afirmarse que hay inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad exigido en el artículo 161 del CPACA, antes de la presentación de la demanda, frente a un tercero vinculado cuando ya estaba la relación jurídico procesal con la notificación personal a la Superintendencia.

Razones por las cuales no se declarará la excepción previa de inepta demanda.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, el despacho destaca que esta figura procesal corresponde a la titularidad de los derechos de acción y de contradicción. A su turno ha sido clasificada en legitimación de hecho y material, la primera de ellas referida al interés conveniente y proporcionado del que se da muestra al inicio del proceso, la segunda objeto de prueba y que le otorgará al actor la posibilidad de salir adelante en las pretensiones solicitadas<sup>13</sup>. Y no es una excepción previa de las enlistadas en el artículo 100 del CGP, que se caracterizan por saneamiento de irregularidades procedimentales o que impidan una decisión de fondo.

Una decisión frente a ella se adopta en sentencia, ya sea la sentencia ordinaria una vez agotadas las etapas procesales, como en sentencia anticipada ante una falta manifiesta de legitimación en la causa.

De otra parte, sobre la intervención de terceros, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se ha dicho:

“En el Proceso Contencioso Subjetivo, puede haber intervención de terceras personas que quieran hacerlo, pero se exige que tengan un interés directo en la decisión, es decir, que el sentido de la sentencia los pueda beneficiar o perjudicar.

La intervención en la nulidad y restablecimiento del derecho está regulada expresamente en el artículo 224 que permite a los terceros desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, a cualquier persona que tenga interés directo, para que se le tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum, de acuerdo a la finalidad que persiga su intervención.

De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad excludendum, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de 30 días<sup>14</sup>”

Y cualquier decisión se difiere a la sentencia como ya se ha explicado.

En consecuencia, se despachará desfavorablemente la excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos formales, por no agotar requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial respecto del tercero interesado vinculado, propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

<sup>13</sup> Fallo 00306 de 2016 Consejo de Estado

<sup>14</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, “Derecho Procesal Administrativo”, Edición 8ª, Librería Jurídica Sanchez R. LTDA., 2013, Página 340.



SC5780-1-9





Y se difiere a la sentencia la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo vocero actual es FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**Primero.-** Negar la excepción previa propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Diferir a la sentencia la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo vocero actual es FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., según fuese explicado en la parte motiva del presente auto.

**Tercero.-** En firme, imprimase el trámite subsiguiente que corresponda.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS  
JUEZ



SC5780-1-9

