

Señor Juez

**JUZGADO QUINTO (05) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXP. RADICADO No.:	13-001-33-33-005-2017-00071-00
DEMANDANTE	ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, DOMICILIARIOS
ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO 064 DEL 1 DE MARZO DE 2021

HENRY LIZARAZO OCAMPO, identificado como aparece el pie de mi firma, apoderado de BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., sociedad fiduciaria administradora y vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD -, acudo a su despacho con el fin de interponer recurso de apelación contra el auto interlocutorio N° 064 del 01 de marzo de 2021 que decide sobre las excepciones previas presentadas, remitido a mi poderdante vía correo electrónico el 03 de marzo de 2021, el cual fundamento en los siguientes términos:

I. OBJETO DE RECURSO:

De manera respetuosa, de conformidad con el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A.-, al igual que el artículo 101 del Código General del Proceso – CGP -, solicito al Honorable Tribunal revoque la decisión del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las excepciones previas presentadas por la SSPD y BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., sociedad fiduciaria administradora y vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la SSPD, adoptada mediante Auto Interlocutorio N° 064 del 01 de marzo de 2021 y, en su lugar, disponga aceptar alguna de las excepciones presentadas, ya por la SSPD ora por el Patrimonio Autónomo, por cuanto es evidente, en cualquiera de las dos conclusiones del Juzgados, que según el fundamento utilizado para una decisión se hace prosperar la otra, pero, de ninguna forma, ambas pueden ser negadas.

II. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO:

De conformidad con los artículos 76 y 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011 - C.P.A.C.A.- y el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020¹, que introdujo

¹ “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

cambios en el trámite de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa administrativa, contra la providencia que resuelva las excepciones previas (V. gr. falta de legitimación en la causa por pasiva) procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la respectiva sala del tribunal competente, y el mismo será interpuesto ante la autoridad judicial que lo expide dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, la cual se entenderá realizada después de dos (2) días hábiles siguientes a la recepción del respectivo correo electrónico, si esta fue la forma en que se notificó, como en efecto se hizo.

Por lo anterior, la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el Auto interlocutorio del 01 de marzo que negó las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva, que se reprocha, es susceptible del recurso de apelación y el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, en su Sala respectiva, es competente para desatar la inconformidad presentada.

III. MOTIVO DE INCONFORMIDAD CONTRA EL AUTO:

3.1. En el escrito de contestación de la demanda, la SSPD propuso como excepción previa la 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, en el sentido de no agotamiento del requisito de procedibilidad para con El Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial y, por tal razón, siendo éste quien puede resultar afectado en la decisión de restituir la multa, suma de dinero que ha ingresado a su patrimonio, no es la legitimada para reparar el daño, como lo reconoce el Juzgado.

El Juzgado extrae apartes de la sustentación de la SSPD en relación con esta excepción, así:

“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.”
(pág. 2)

Para resolver esta excepción, la Juez parte de la siguiente premisa:

“Ante todo, cabe señalar que las pretensiones de la demanda de Electricaribe S.A. ESP, se orientan a que se declare la nulidad del artículo 1 de la Resolución SSPD- 20158200265875 de 2015-12-17 y Resolución SSPD-20168200177445 de 2016- 08-16, que confirma la anterior resolución en su artículo 1°.

Y a título de restablecimiento del derecho, se pretende que se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pagar a Electricaribe el valor de \$ 6.443.500, más los intereses causados en la fecha del pago.

Como pretensión subsidiaria, que se declare que Electricaribe no está obligada a pagar el valor de la sanción impuesta mediante el artículo 1 de la Resolución SSPD- 20158200265875 de 2015-12-17 y confirmada por la Resolución SSPD-20168200177445 de 2016-08-16.

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 el momento del saneamiento de la audiencia inicial celebrada el 5 de septiembre de 2018, según lo manda el artículo 207 del CPACA.

Para ese momento el despacho se fundamentó (sic) en lo previsto en el numeral 3° del artículo 171 y 224 del CPACA, que ordena la vinculación del tercero interesado, 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.” (Pág. 3 del Auto) (Resaltado fuera de texto)

En este caso se observa una contradicción en el argumento esgrimido, en tanto, de conformidad con el artículo 180 del CPACA, el Juez procederá al saneamiento en la audiencia inicial, y así actuó al considerar que debía vincular al Patrimonio Autónomo, ya que se trataba de un tercero con interés directo sin el cual no podía continuar el proceso, so pena de nulidad, y lo ordenó en atención al numeral 3° del artículo 171 del CPACA. Esta vinculación, entonces, le daba una verdadera vocación de parte demandada al Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial que debía ser notificado de la demanda y otorgársele todos los derechos de defensa y contradicción.

Nótese cómo, esta decisión se adopta en la audiencia inicial del 5 de septiembre de 2018, es decir, ya advertidas las partes y el juez sobre la posible afectación al Fondo Empresarial de una decisión favorable al demandante, punto esgrimido por la SSPD en la contestación de la demanda como excepción previa.

Y fue en ese contexto que la SSPD advierte sobre el incumplimiento del requisito de procedibilidad al no convocar a conciliación al PATRIMONIO AUTÓNOMO y, por tanto, siendo este Patrimonio el llamado a reintegrar las sumas reclamadas con recursos que ya han ingresado a él (o incluso, no recibir lo que por ley le corresponde), entonces, no resulta ser la SSPD la llamada a restablecer el derecho económico.

Pero resulta que, después de la actuación en la audiencia inicial y la forma de vinculación, el Juez dice en su decisión adoptada en el auto que se apela que el Patrimonio Autónomo fue vinculado fundamentado en el artículo 224 del CPACA, lo cual son dos figuras jurídicas distintas, con alcances y derecho para los vinculados distintas, e incluso con capacidad de vinculación distinta para el Juez de conocimiento.

En efecto, veamos qué ha dicho la Jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto:²

Para dilucidar la controversia es menester traer a colación el contenido y alcance de las siguientes disposiciones de carácter procesal.

El artículo 171, numerales 1 y 3 del CPACA, establece:

«[...] El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá:

1. Que se notifique personalmente a la parte demandada y por Estado al actor.

[...]

3. Que se notifique personalmente a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso. [...].»

Del texto de la norma transcrita se extrae que en el proceso administrativo intervienen la parte actora, la parte demandada y los terceros con interés directo, es decir, los que tienen una verdadera vocación de parte, sin cuya comparecencia no podría proferirse la sentencia porque los afecta directamente. Verbigracia en materia marcaría, cuando se demanda la nulidad de un acto que concedió un registro, necesariamente desde el auto admisorio de la demanda debe vincularse al titular del mismo, pues de prosperar las pretensiones se le estaría afectando en su derecho.

Igualmente sucede en el caso en el que se demandan actos administrativos expedidos por las autoridades de transporte, a través de los cuales se autorizan rutas y horarios a una empresa para la prestación del servicio público de transporte y el presunto afectado con tales decisiones pretende dejarla sin efecto. Lo lógico es que la empresa destinataria de tales actos deba vincularse al proceso, pues la decisión que allí se adopte le afecta directamente.

Por su parte, el artículo 224, ibidem, prevé:

“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, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01048-01

En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad excludendum es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.

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 este Código”.

De esta disposición se colige que en el proceso administrativo pueden intervenir otra clase de terceros, distintos de aquellos que tienen una verdadera vocación de parte cuya vinculación no proviene directamente del juez sino de la voluntad de los mismos. Tal es el caso de los coadyuvantes. Respecto de estos y en aplicación del principio de integración normativa, es preciso resaltar que aunque el CPACA no alude directamente a una clasificación, bien puede acudirse a las disposiciones del CGP, en las cuales se establece que los litisconsortes facultativos (artículo 60) y los intervinientes excluyentes (artículo 63), pueden tener su propia pretensión, que la formulan en demanda independiente y que cuando comparecen al proceso deben tomarlo en el estado en que se encuentra. Es decir, que no hay obligación de notificarles el auto admisorio de la demanda, como sí ocurre con los terceros a los que alude el artículo 171, numeral 3, del CPACA cuya omisión puede acarrear una nulidad y en caso de que esta se decrete se debe retrotraer todo el procedimiento.

Al examinar el expediente, tal como lo manifestó la demandante, la Sala no encuentra que entre la SIC y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES exista la relación sustancial a que se contrae el artículo 71 del CGP, pues aunque esta haya participado al interior de la investigación como tercera interesada, lo cierto es que la decisión que hoy se censura no le afecta, toda vez que las resoluciones cuestionadas únicamente sancionan pecuniariamente a la actora por haberla encontrado responsable de infringir los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 50, numeral 6, del Decreto 2153 de 1992. Igualmente, de la demanda tampoco se desprende un interés directo.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto no resulta procedente la vinculación decretada, habida cuenta de que no se acreditó, como ya se dijo, una relación sustancial entre la demandada y la vinculada, ni que en el evento de que se declarara la nulidad de los actos administrativos acusados junto con el restablecimiento del derecho solicitado, referentes a la declaratoria de responsabilidad de la actora de infringir la normativa mencionada y la consecuente sanción pecuniaria de \$53.909'775.000 y 33.840'247.500, se podría afectar o beneficiar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Adicionalmente, cabe resaltar, que en caso de que llegasen a prosperar las súplicas de la demanda, la única entidad llamada a responder por dicha decisión sería la SIC. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Al analizar la coadyuvancia a que hace relación ésta se refiere al tercero que interviene dentro del proceso sin interés de parte, al cual concurre para apoyar a una de las partes sin que se le extienden los efectos de la sentencia; pero en cambio, del texto de las normas citadas por el Juez [artículo 171 numeral 3 del CPACA] se extrae que en el proceso administrativo intervienen los terceros con interés directo, con vocación de parte porque bien pueden verse beneficiados o perjudicados con la decisión, además que sin su comparecencia no podría proferirse la sentencia ya que podría generar nulidad. Y en ese contexto el juez lo vinculó al momento de saneamiento del proceso.

Ahora bien, el juez manifiesta que la vinculación del FE como tercero fue realizada atendiendo el artículo 224 del CPACA, del cual se colige que en el proceso administrativo pueden intervenir otra clase de terceros, distintos de aquellos que tienen una verdadera vocación de parte cuya vinculación no proviene directamente del juez sino de la voluntad de los mismos, como lo son los coadyuvantes.

Respecto de algunos terceros, si bien el CPACA no alude directamente a una clasificación detallada de los mismos sí diferencia los que son obligados a integrar la litis, así como el CGP establece que los litisconsortes facultativos y los intervinientes excluyentes, quienes pueden tener su propia pretensión y la formulan en demanda independiente, y que cuando comparecen al proceso lo hacen en el estado en que se encuentra, pues no hay obligación de notificarles el auto admisorio de la demanda como sí ocurre con los terceros a los que alude el numeral 3 del artículo 171 del CPACA, cuya omisión puede acarrear nulidad y, en caso de que esta se decrete, se debe retrotraer todo el procedimiento.

Pero, además, en la sustentación para negar la excepción de la SSPD el Juez dice:

“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.” (Pág. 4 del Auto)

(...)

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". (pág. 5 del Auto).

En este sentido, en consideración a la sustentación jurídica sobre la vinculación del Fondo Empresarial, le asiste razón a la SSPD, por cuanto en la demanda no se integró el contradictorio ni se cumplieron los requisitos de procedibilidad en relación con el Fondo Empresarial, y en relación con la pretensión de reintegrar o no pagar tal situación la sufriría el Patrimonio Autónomo quien sería el llamado a responder con su patrimonio, razón por la cual, la SSPD no estaría legitimada en la causa por pasiva. Así, esta excepción debió prosperar, y por ello se solicita que, si esta es la posición adoptada por el A quem, se despache a favor.

Sin embargo, otra fue la posición planteada en la contestación de la demanda por parte del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL, lo cual, de llegarse adoptar por el Superior, se debe aceptar la excepción propuesta, lo cual solicitamos en primera instancia despachar a favor. Veamos.

- 3.2.** En el escrito de contestación de la demanda, EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL propuso como excepción previa la de *“ilegitimación material en la causa por pasiva”*, toda vez que de la demanda no se desprende que esté llamado a integrar la litis, en condición de parte demandada, pues no participó en la expedición de los actos administrativos, ni en la situación fáctica que dio lugar a la demanda y, por tanto, no debe ser condenado a reparar los perjuicios ocasionados o restablecer el derecho con ocasión de la eventual nulidad de los actos acusados en el proceso de la referencia, ni tampoco se beneficiaría de un eventual fallo a favor.

En ese sentido, se explicó ampliamente la figura jurídica de su creación, su naturaleza y el funcionamiento de esta clase de negocios fiduciarios, en el cual opera como un Fondo Cuenta a la que ingresan recursos provenientes, entre otros, de las multas impuestas por la SSPD a las ESP que vigila y controla. Así pues, propiamente su patrimonio no se verá afectado con la decisión que se adopte, en tanto su función de administración y pagos (así se llama contrato de fiducia: Patrimonio Autónomo de administración y pagos), no depende de su voluntad sino de la decisión del fideicomitente.

En nuestro criterio, el Patrimonio Autónomo no está llamada a integrar la Litis porque carece de legitimación material en la causa en atención a que no es la llamada a dejar sin efectos los actos administrativos por medio de los cuales

fue impuesta y confirmada la sanción al demandante, dado que no participó de manera alguna en su expedición, ni siquiera tiene competencia para ello, ni de las resultas del proceso sale favorecido o perjudicado.

Igualmente, se expuso que se trata de un contrato de fiducia, un patrimonio autónomo de administración y pago, en el cual funge como fideicomitente la SSPD, y en dicha cuenta ingresan los dineros, bienes o activos con los cuales se integra dicho patrimonio (entre otros sanciones y multas a ESP), e igualmente salen los recursos que disponga el fideicomitente que, en este caso, simplemente bastará dicha orden, pero el pago que se realice nunca podrá entenderse como una especie de responsabilidad solidaria u obligación a cargo del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial.

Sin embargo, el Despacho adujo lo siguiente:

“Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, figura procesal que 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 avante en las pretensiones solicitadas.

(...)

Ante la vinculación oficiosa que se hizo de la Fiduciaria vocera del Fondo, por sustracción de materia resulta improcedente la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la Superintendencia.

Como ya se anotó la vinculación de (...) FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., fue por razón de tener un interés directo en el resultado del proceso que aquí se adelanta, ya que los actos administrativos demandados le imponen una sanción a la parte demandante que, en restablecimiento del derecho se pretende restituir por el valor de \$6.443.500, más los intereses causados en la fecha de pago. O en subsidio, dejar sin efecto la multa.

(...)

Las actividades que realiza el Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos se hacen a través de su vocera y administradora. FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. (actualmente), y se sujetan a las normas de derecho privado, en especial, al artículo 16 de la Ley 1995 de 2019, al artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020, al Código de Comercio, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a los Decretos 2555 de 2010 y Decreto 1924 de 2016, a las disposiciones expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos y, en general, a las normas a las que están sujetas las Sociedades fiduciarias.

(...)

... Este fondo podrá financiar a las empresas en toma de posesión para: 1) pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general las obligaciones laborales y 2) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio;

Por todas estas razones normativas y las circunstancias fácticas que fundamentan las pretensiones de la demanda, si llegase a prosperar las solicitudes de la parte demandante, se afectaría los intereses económicos del

Fondo administrativo y cuya vocera es la fiduciaria ya precisada, y por ello es evidente que si puede tener interés directo en las resueltas del proceso ante la posibilidad de ordenar la restitución de la multa e intereses. (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior no se comparte, pues realmente al tratarse de un Fondo Cuenta cabrían dos opciones: 1) que si ya se pagó la multa se deba restituir la suma de dinero, para lo cual basta la orden que imparta el fideicomitente, fundamentado en el decaimiento de los actos que lo crearon. 2) que si no se ha pagado y el juez ordena que no se pague y anula los actos administrativos, pues sencillamente nunca hubo multa que deba ingresar al patrimonio.

Y es que, de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2013, y tal como se ha afirmado a lo largo de este recurso de apelación, El FIDEICOMISO – PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la SSPD no está llamado a integrar la litis en condición de parte demandada, ni por legitimación de hecho ni mucho menos material, en razón de no haber participado realmente en la expedición de los actos administrativos ni en los hechos que dieron lugar a la demanda, y no ser el llamado a reparar los perjuicios ocasionados o restablecer el derecho con ocasión de la eventual nulidad de los actos acusados. Veamos:

*“De conformidad con la Jurisprudencia de esta Corporación existen dos clases de legitimación en la causa, la de hecho **y la material**. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha interpuesto la demanda y en virtud de las pretensiones aludidas, **mientras que la segunda da cuenta de la real participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda** [9]. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho puede estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:*

*Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, **lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los***

actores.

*En este sentido, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, **el juez tendrá que denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.***³ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Partiendo de tales presupuestos ineludibles para el Juzgador, resulta palmario que mi representado no tenía, ni tiene por qué ser convocado al presente asunto, por la obvia razón que no fue el que expidió los actos, ni tiene competencia para ello, y tampoco el supuesto daño antijurídico se derivó de un acto o una conducta suya el cual deba reparar o restablecer.

En efecto, las pretensiones en atención a los principios de rogatividad y congruencia de la decisión judicial, ante una eventual declaratoria de anulación de los actos demandados, resultará inoponible a la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. en su condición de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial, en atención a que dicha entidad no tiene dentro de sus facultades la de expedir los actos administrativos por medio de los cuales se impongan sanciones, ni las resoluciones por medio de las cuales son confirmados los mismos.

la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por Mandato legal ejerce la función presidencial de inspección, control y vigilancia sobre las entidades que presten servicios públicos domiciliarios. En ese contexto, la vigilancia consiste en la atribución de la Entidad para velar por que las entidades sometidas a su vigilancia se ajusten y cumplan con lo establecido en la Ley y en las resoluciones que para el efecto expida la Comisión de Regulación respectiva.

Por su parte, el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 dispone que es función de la Superintendencia, vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados, y sancionar sus violaciones siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

En virtud de dicha facultad, la Superintendencia de Servicios Públicos puede imponer las sanciones previstas en los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, previa investigación por denuncia u oficiosamente. En síntesis, frente a los hechos relatados en la acción, la Superintendencia tiene la función de: i) Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios (Artículo 79 numeral 25 de la Ley 142 de 1994); ii)

³ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25000-23-26-000-1998-02272-01(26583)

Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley (numeral 29 del artículo 79 de la ley 142 de 1994) y, iii) Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que se encuentren sujetas (Artículo 81 de la ley 142 de 1994).

Estas funciones le permiten a la Superintendencia ejercer el control efectivo sobre las decisiones que han proferido las empresas prestadoras de servicios públicos en sede administrativa al resolver PQR de sus usuarios, y de sancionar a los prestadores cuando no han reconocido el SAP a los usuarios dentro de los términos debidos o cuando han violado el régimen al cual se encuentran sujetos.

En ese orden de ideas, se evidencia que la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. en su condición de vocero y administrador del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO EMPRESARIAL, ante una eventual anulación de los actos demandados, no se vería perjudicado, y por esa razón se presentó la excepción previa que el juez decidió negar, curiosamente con el mismo argumento que niega la excepción de la SSPD. Si partimos del supuesto que el vínculo como tercero lo hizo el Juez por necesidad de integrar el contradictorio, ya que se vería afectada con la decisión, lo cual no se desprende de su legitimación de hecho de la demanda sino de lo expuesto por la SSPD, nos encontraríamos ante un supuesto vínculo material que no existe.

Así, como en nuestro criterio el juez puede fallar sin la comparecencia del Fondo Empresarial, entonces bien puede deshacer el vínculo y aceptar la excepción propuesta. El CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, del 19 de julio de 2010, Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341), dijo:

“conforme las normas procesales antes citadas para que opere la citación forzosa o la integración oficiosa del contradictorio es preciso que no sea posible fallar de mérito sin la comparecencia al proceso de los sujetos activos o pasivos de una relación jurídica material y única objeto de la decisión judicial. Y, al contrario, resulta claro entonces, que si el juez puede dictar sentencia respecto de un sujeto procesal, sin necesidad de la comparecencia de otro sujeto que hubiera podido ser demandante en el mismo proceso, no se está en presencia de un litisconsorcio necesario.

Cabe recordar que dentro de la clasificación de las obligaciones complejas en atención a la pluralidad de sujetos en cualquiera de los extremos del vínculo jurídico (activo: acreedores, o pasivo: deudores), existen las denominadas obligaciones solidarias, cuya noción y características, importa resaltar para efectos de determinar si presentándose en el caso concreto una obligación de esa naturaleza es forzosa la integración del contradictorio, porque no sea posible fallar de mérito sin la comparecencia al proceso de los sujetos activos o pasivos de ese tipo de relación jurídica, o en cambio, si es viables adelantar el proceso y dictar sentencia respecto del inicialmente demandado.

Es evidente que, en el presente caso, se trata de un asunto de puro derecho, y se refiere a si las resoluciones que se demandan están viciadas de nulidad o no, y del resultado del mismo se desprenden sus consecuencias para el demandante, si paga o no paga la multa, si se le reintegra o no, y eso sólo afecta a la autoridad que expidió los actos y no al Fondo Cuenta que recibe esos dineros. Sería tanto como vincular a los bancos en calidad de terceros interesados con vocación de parte cuando se condena a alguien a reintegrar sumas de dinero consignadas en una cuenta bancaria o a pagar una obligación. Como bien lo dijo el H. Consejo de Estado:

“Intervinientes con vocación de parte en proceso judicial / TERCERO CON INTERÉS DIRECTO – No lo es Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. al no haber sido afectada por el acto demandado [L]a Sala no encuentra que entre la SIC y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES exista la relación sustancial a que se contrae el artículo 71 del CGP, pues aunque esta haya participado al interior de la investigación como tercera interesada, lo cierto es que la decisión que hoy se censura no le afecta, toda vez que las resoluciones cuestionadas únicamente sancionan pecuniariamente a la actora por haberla encontrado responsable de infringir los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 50, numeral 6, del Decreto 2153 de 1992. Igualmente, de la demanda tampoco se desprende un interés directo.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto no resulta procedente la vinculación decretada, habida cuenta de que no se acreditó, como ya se dijo, una relación sustancial entre la demandada y la vinculada, ni que en el evento de que se declarara la nulidad de los actos administrativos acusados junto con el restablecimiento del derecho solicitado, referentes a la declaratoria de responsabilidad de la actora de infringir la normativa mencionada y la consecuente sanción pecuniaria de \$53.909'775.000 y 33.840'247.500, se podría afectar o beneficiar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Adicionalmente, cabe resaltar, que en caso de que llegasen a prosperar las súplicas de la demanda, la única entidad llamada a responder por dicha decisión sería la SIC.”⁴

A su turno, resulta importante mencionar que ELECTRICARIBE ESP en diferentes oportunidades ha presentado demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la SSPD por los cuales le impone unas sanciones por la configuración del Silencio Administrativo Positivo. Frente a lo anterior, en casos similares presentador por Electricaribe, mismas acción, contra la misma SSPD y por las mismas razones, el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena profirió doce (12) sentencias dentro del medio de control incoado, el 30 de enero de 2020⁵, en las cuales señaló lo siguiente:

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01048-01.

⁵ JUZGADO OCTAVO (08) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA. Sentencias de Primera Instancia. Exp. Radicado: 13-001-33-33-008-2017-00275-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2019-00015-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00131-00 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00202-00 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00186-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00226-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00206-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00283-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00279-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2019-00010-00, 30 de enero de 2020. 13-001-33-33-008-2018-00266-00, 30 de enero de 2020.

“La vinculada FIDUCIA BBVA ASSET MANAGEMENT, presentó la excepción previa de “ILEGITIMIDAD MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA”, argumentando, que se configura la misma, ya que, la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT en su condición de vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL, ante una eventual anulación de los actos demandados, carece de legitimación material en la causa en atención a que no es la llamada a dejar sin efectos los actos administrativos por medio de los cuales fue confirmada la sanción impuesta al demandante dado que no participó de manera alguna en su expedición; **considera el Despacho que le asiste la razón a la Fiducia, ya que ella no participa en la elaboración de los actos administrativos demandados por una parte; y por otro lado en un hipotético caso tocará hacer devolución de una suma de dinero, sólo obedecería orden de la entidad demandada, es decir la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, razón por la cual la excepción prospera”.** (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Como se evidencia de los fallos citados en casos similares, las mismas partes, las mismas circunstancias y el mismo medio de control, sin lugar a dudas se debe considerar que la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., en su condición de vocero y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la SSPD, carece de legitimación material en la causa por pasiva, en tanto, se reitera, no expidió los actos demandados, no es el llamado a dejar sin efectos los mismos, no participó de manera alguna en su expedición ni en los hechos que sustentan la demanda, no ve afectado positiva o negativamente su patrimonio con la decisión que se adopte, ni participaría solidariamente con la SSPD, simplemente recibe, administra y paga lo que orden el fideicomitente.

Por todo lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa solicito a su señoría se conceda el presente recurso para que el H. Tribunal decida lo siguiente:

IV. PETICIÓN:

Comendidamente solicito al Honorable Tribunal, las siguientes peticiones:

PRIMERA: Se REVOQUE el Auto Interlocutorio N° 064 del 01 de marzo de 2021, mediante el cual el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena decidió negar las excepciones previas presentadas por la SSPD y la FIDUCIA BBVA ASSET MANAGEMENT en calidad de administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

SEGUNDA: En su lugar, como petición principal, se declare probada la excepción previa de ilegitimación material en la causa por pasiva presentada por la FIDUCIA BBVA ASSET MANAGEMENT en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

TERCERA: En caso de no aceptarse la anterior petición y se concluya que el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL sí debió integrar el contradictorio, se declare probada la excepción previa y mixta de inepta demanda por incumplimiento de requisitos formales y falta de legitimación en la causa por pasiva de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

De usted, con toda atención.



HENRY LIZARAZO OCAMPO
C.C. No. 13.492.855 de Cúcuta
T.P. 71.816 C.S. de la J.