



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta D.T.C.H, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
ACCIONANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTINEZ
COADYUVANTES: VIRNA LIZI JOHNSON SALCEDO, BLANCA FABIOLA BUENO GIRALDO, GLORIA BONETT VERGARA, MIRTA MAVEL RAMOS DÍAZ, CARMEN CECILIA VERA AMAYA, ANA KARINA ORTIZ PINEDA Y RAFAEL ARMANDO GUERRA CAMPO.
ACCIONADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Ministerio Público, contra la providencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el accionante, los vinculados y coadyuvantes dentro de la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES.

1.1. PRETENSIONES

El accionante solicitó las siguientes declaratorias:

“1ª. Tutelar el derecho fundamental al Debido Proceso y se INAPLIQUE, en todas sus partes, la resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 “Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P, por fundamentarse en normas que han sido derogadas, contrariando el régimen legal y constitucional vigente, por fundamentarse en hechos falsos y omitir flagrantemente elementos probatorios, rayando así, en comportamientos delictivos; siendo la presente acción de tutela mecanismo transitorio, hasta que la justicia contenciosa administrativa, resuelva de manera definitiva.”

1.2. HECHOS

El accionante, señaló en los hechos de la acción de tutela, lo siguiente:

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

“Al leer el contenido y la motivación de la resolución SSPD N° 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 “Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P.”, se evidencia unas inconsistencias graves, lo que conlleva a su vez de una falsa motivación del citado acto administrativo:

1. La primera inconsistencia esbozada en la citada resolución la encontramos en el numeral 5, página 2. Sostiene la Superservicios que el Índice de Agua No Contabilizada - IANC presenta “un nivel de pérdidas del 61,60% muy por encima del 30% establecido en la Resolución CRA 151 de 2001 como el nivel máximo de pérdidas admisible” sin embargo el artículo de la Resolución CRA 151 de 2001 que define esos límites (Art. 122) está derogado expresamente por la resolución CRA 688 de 2014 en el artículo 2.4.3.14.

(...)

2. Otro fundamento para motivar la intervención de ESSMAR E.S.P es el “Incumplimiento del prestador frente a la adopción de los lineamientos para la formulación y actualizaciones de los planes de emergencia y contingencia de la vigencia 2019 (...)”; pero consultada la información relacionada se encuentra que la ESSMAR E.S.P. no sólo superó este incumplimiento dentro del término legal concedido sino que además aportó a la Superservicios el 31 de julio de 2020 el plan de emergencia y contingencia debidamente ajustado a la norma para la vigencia en mención al responder el pliego de cargos con el que se requirió.

3. Por otra parte, la Superintendente Avendaño al referirse a los procesos sancionatorios que se siguen en contra de la ESSMAR E.S.P siendo enfática al atinente a asuntos tarifarios; pero revisados los procesos abiertos hasta la fecha, que no son sino tres abiertos en febrero, junio y septiembre de 2020, encontrándose que ESSMAR E.S.P no es sujeto de investigación o proceso sancionatorio alguno asociado a asuntos tarifarios o de tarifa. Y en cambio en la tabla 2 denominada “Estado de procesos sancionatorio” se tiene que el proceso identificado como “tarifa” el radicado corresponde a un proceso asociado al “presunto incumplimiento de haber facturado por más de un periodo con base en los consumos promedios a usuarios del servicio público de acueducto”. Proceso abierto el 20 de septiembre de 2020, paradójico además que se abriera hasta ahora y por vez primera por esta causal cuando es evidente que desde 1997 poco más del 43% de los usuarios no cuentan con micro medida. Entre otras por cuento el grueso de los barrios no micro medidos corresponde a barrios surgidos de la invasión y el loteo y otro grueso presenta la imposibilidad técnica de medición porque cuentan con conexiones a las redes que superan profundidades al metro y medio.

(...)

4. Otro de los cargos, con el que se pretende sustentar la resolución SSPD N° 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, y que adicionalmente ciertos actores y periodistas se han querido referir como actos de corrupción, se encuentra en las páginas 9 y 10 bajo el entendido que ESSMAR E.S.P solicitó créditos bancarios por encima de los montos autorizados por la Junta Directiva. En ese fundamento de la intervención la Superservicios en que la ESSMAR E.S.P obtuvo créditos por monto de los \$16.598 millones cuando estaba autorizada sólo para \$10.000 millones. Sospechosamente la Superservicios desconoció que el acta de Junta Directiva N° 017 del 29 de octubre de 2020 se aprobó operaciones de crédito por valor

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

de \$1.598 millones de pesos y mediante el acta de Junta Directiva N° 025 del 29 de diciembre de 2020 se aprobaron operaciones de crédito por valor de \$15.000 millones por tanto ambas operaciones de crédito se encontraban con las debidas aprobaciones de la Junta Directiva de la ESSMAR E.S.P.

(...)

5. SIN FACULTADES PARA INTERVENIR (falta de competencia): La resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 en su artículo primero ordena "(...) la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P. por la configuración de las causales previstas en los numerales 1° y 7° del artículo 59 de la Ley 142 de 1994 (...)" causales aplicables para los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado; no obstante la toma de posesión indiscriminadamente comporta la toma de control del servicio público no domiciliario de Alumbrado Público y complementarios (sobre el que no tiene competencia la Superservicios) e igualmente comporta el control de la interventoría al contrato de Aseo y Saneamiento Básico con INTERASEO S.A E.S.P, interventoría que tampoco está bajo la competencia de la Superservicios por tratarse de un contrato propio de Ley 80 y que la vigilada por esa entidad es la empresa prestadora y no su interventor. Configurándose así un abuso de la competencia.

6. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO: A las anteriores consideraciones cuestionadas se suma un aspecto que no deja ser relevante. La Superservicios ha expresado que esta intervención se deriva de la vigilancia especial ejercida y cerrada el 2 de agosto de 2021. Cierre respecto del cual en diversos medios de comunicación la Superintendente Natasha Avendaño jamás hizo señalamiento alguno a posible intervención al ser consultada sobre ese específico tema. Máxime se escuchó de planes de inversión y hojas de ruta respecto de los que la alcaldesa Distrital de Santa Marta expresó inyecciones financieras para diciembre de 2021 y primer trimestre de 2022 a efectos de sanear el déficit financiero y para inversión. Y además se avanzaban bajo la vigilancia de la misma Superintendencia las soluciones definitivas proyectadas y contratadas. Pero luego de tres meses de avances en los planes de mejoramiento supervigilados sorpresivamente la Superservicios solicitó a la CRA concepto favorable para proceder a la intervención y toma de posesión de la ESSMAR ESP. Cosa que se dio el 2 de noviembre de 2021.

Por otra parte, una calificación del 57.61% en el Indicador Único Sectorial - IUS que ubica a la empresa en un riesgo medio-alto (Página 14) predispone a que la Superservicios máximo disponga sobre la empresa implementar un programa de gestión y acciones de mejoras para cada indicador donde se tuvo una mala calificación de entre los 54 indicadores que se vigilan.

Razón por la cual la misma Superintendente reconoce en su resolución que este indicador y nivel de riesgo no corresponde a una causal de intervención.

(...)

Este particular detalle permite inferir que el verdadero motivo de la intervención y posterior posesión no está fundado en las resultados de la vigilancia ejercida a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado de la ciudad sino más bien, con esa fachada, controlar la interventoría a INTERASEO S.A E.S.P. y desactivar las investigaciones que se adelantaban en contra de esta".

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

1.3. CONTESTACIONES DE LA TUTELA.

1.3.1 Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P. - AGENTE ESPECIAL DE ESSMAR E.S.P.

La Agente Especial y Representante Legal de la ESSMAR E.S.P., mediante su escrito de contestación manifestó como primera medida que, los hechos narrados por el accionante no serían debatidos por la suscrita vinculada, toda vez que tal como lo confesaba el accionante, la decisión adoptada provenía de la autoridad competente, no de la entidad que fuera su empleadora, por lo que la situación se regía por una condición excepcional que por virtud de la ley y de la constitución había ejercido la Superintendencia, con unas decisiones que se derivaban de un proceso especial de la toma de posesión de la empresa, para garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Indicó de igual manera que, la legitimación en la causa entendida como la facultad que se le otorga a una persona (natural o jurídica) para accionar o contradecir, no se predicaba frente a dicha entidad (ESSMAR E.S.P. y/o Agente Especial y Representante Legal de ESSMAR E.S.P), ya que como se indicaba, ésta no había ocasionado el daño antijurídico del cual predica el accionante en su escrito de tutela. Por lo tanto, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de los hechos que fundamentan la misma, así mismo, solicitó al juez abstenerse de proferir sentencia condenatoria en su contra y manifestó que era evidente que ni la Entidad ni ella como Agente Especial habían realizado ninguna acción u omisión que hubiera producido una vulneración de derechos fundamentales.

1.3.2 DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA

El Distrito de Santa Marta mediante su escrito de contestación, manifestó que la Alcaldía Distrital de Santa Marta, no era la responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, expresó que frente a la notoria violación de los derechos fundamentales al Debido Proceso que manifestaba el accionante por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Distrito de Santa Marta consideró que debían concederse las pretensiones de la acción constitucional.

Afirmó que, en efecto, como lo mencionaba el accionante, la Resolución SSPD N° 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 “Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

E.S.P.”, se encontraba motivada en una norma que estaba derogada desde el 2 de julio de 2012, por lo que no era viable su aplicación debido a que incurría de esa manera, en otra vía de hecho por defecto material o sustantivo y así mismo sostuvo que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS desconocía y no había valorado la documentación mencionada por el actor en su escrito de tutela.

Por lo anterior, el apoderado judicial, aclaró que, si bien el Distrito de Santa Marta no era el responsable de la presunta vulneración de los derechos fundamentales que deprecaba el accionante, a su juicio consideraba que se debían conceder las pretensiones solicitadas por el actor en la acción de tutela.

1.3.3 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS a través de apoderada judicial, manifestó en su escrito de contestación que no había vulnerado derecho fundamental alguno al accionante. Así mismo, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela puesto que existían otros medios de defensa administrativa y judicial. Además, no existía legitimación en la causa por activa por parte del accionante.

De lo anterior, señaló que frente a la legitimidad con la que pretendía actuar la parte actora respecto de la Resolución 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, en ninguno de los apartes de la misma se vinculaba al accionante o se veía que su derecho fundamental podía estar presuntamente vulnerado, por lo que, evidentemente carecía de legitimación por activa para interponer la acción constitucional.

No obstante, indicó que podría pensarse que el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ estaba actuando en representación bien sea de la ESSMAR o de alguno de los directivos que fueron removidos de sus cargos por lo dispuesto en la resolución arriba mencionada, sin embargo, encontró que el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ en ningún momento acreditó, siquiera sumariamente, que actuaba como representante legal o apoderado de la ESSMAR.

Por otro lado, en cuanto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, señaló la entidad accionada que en el caso que nos ocupa, el accionante contaba con otros mecanismos de defensa tanto administrativos como judiciales, dentro de

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

los cuales se incluían hacer uso del recurso de reposición contra la resolución, como lo indicaba el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 o la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que, según el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se podía presentar contra los actos administrativos con los que no se estuviera de acuerdo.

Por último, señaló que podía determinarse que los derechos que reclamaba el accionante, esto es, su solicitud de suspensión de la Resolución SSPD 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021 comportaban un derecho y un reclamo de carácter estrictamente legal y no revestían una discusión de Derechos Constitucionales Fundamentales, por lo que la acción de tutela debía ser declarada improcedente.

1.3.4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Doctor Carlos Mario Lozano Medina actuando en su calidad de Agente del Ministerio Publico, manifestó en su concepto que, en atención a que la parte actora lo que cuestionaba era la legalidad del acto administrativo por medio del cual la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS había ordenado la toma de posesión de la empresa ESSMAR E.S.P., era claro que la misma debía acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según lo que pretendiera el actor, pues mediante la acción de tutela no se podía desplazar ni reemplazar el mecanismo ordinario establecido por la ley para el juicio de legalidad de los actos administrativos, por lo que indicó que en virtud de las disposiciones que regulaban la acción de tutela y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, este mecanismo era improcedente al existir otros medios de defensa judicial, y que la única excepción de procedencia de ello era cuando el juez constitucional observara que con la aplicación o ejecución de dicho acto administrativo se configurara un perjuicio irremediable, lo cual no se había demostrado en el presente caso.

Por otro lado, en cuanto a la legitimación en la causa por activa, señaló que el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ no había acreditado tener la calidad de representante de la empresa ESSMAR E.S.P, ni tampoco se observaba que en la Resolución que ordenó la toma de posesión de la misma se hubiera impartido una orden que afectara directa ni indirectamente al accionante y que si bien era cierto

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

que se trataba de una empresa pública que prestaba el servicio a toda la comunidad de Santa Marta, ello no era suficiente para considerar que la medida de la toma de posesión le hubiere ocasionado vulneración de derecho a él como persona natural, pues precisamente dicha medida tenía como fin garantizar la prestación eficiente del servicio.

Por último, indicó que en esa dirección el actor contaba con otros mecanismos judiciales denominados acciones de naturaleza pública, a través de las cuales cualquier persona podía controvertir la legalidad de los actos administrativos con el fin de defender su legalidad en abstracto, por cual solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

II. COADYUVANCIAS

Los señores VIRNA LIZI JOHNSON SALCEDO, BLANCA FABIOLA BUENO GIRALDO, GLORIA BONETT VERGARA, MIRTA MAVEL RAMOS DÍAZ, CARMEN CECILIA VERA AMAYA, ANA KARINA ORTIZ PINEDA y RAFAEL ARMANDO GUERRA CAMPO, presentaron escrito de coadyuvancia a la acción de tutela presentada por el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, por la presunta violación al debido proceso administrativo al expedir la resolución SSPD N° 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 “Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P.”, manifestando que dicho acto se encontraba viciado de nulidad por presentar inconsistencias graves, lo que conllevaba a su vez a una falsa motivación.

Así mismo, señalaron que conocían el texto de la acción de tutela presentada y la encontraban procedente, pertinente y oportuna por las razones allí especificadas, por lo cual solicitaron que se tutelara el derecho al debido proceso invocado por el actor, que se decretara la medida provisional de suspensión y que fuera inaplicada en todas sus partes la resolución antes mencionada.

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante fallo proferido el quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta D.T.C.H, resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso invocado por los accionantes, vinculados y coadyuvantes, dentro de la acción de tutela interpuesta en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE**

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR en forma transitoria, durante el término máximo de cuatro (4) meses, la suspensión de los efectos de la Resolución No. SSPD-20211000720935 del 22-11-2021 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; para tal efecto, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, el **Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios**, deberá adelantar todas las gestiones necesarias para suspender todos los efectos de la Resolución No. SSPD-20211000720935 del 22-11-2021. Los efectos de esta decisión se mantendrán hasta por el término máximo cuatro (04) meses, o antes, si el Juez que conozca del correspondiente proceso contencioso administrativo, se pronuncia sobre las medidas cautelares antes del vencimiento del término.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito conforme a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si este fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.”

Como fundamento de la anterior decisión, el A-quo indicó que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS tenía la facultad para sancionar a quienes violaran las normas a las que debían estar sujetos, según la naturaleza y gravedad de la falta. Que la Corte Constitucional cuando definía la toma de posesión de una empresa prestadora de servicio, refería que es una medida extrema. Conclusión a la que también se llegaba de la lectura del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 numeral 81.7, cuando indicaba que la toma de posesión se efectuaría cuando las sanciones previstas atrás no hubieren sido efectivas o perjudicaran indebidamente a terceros.

De lo anterior, manifestó que la entidad accionada en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, inició vigilancia especial a la empresa de Servicios Públicos Domiciliarios del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P., en la que identificó incumplimientos normativos de carácter reiterativo, que a su juicio, colocaban en riesgo la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en su área de influencia, por lo que realizó requerimientos al prestador, para la presentación de informes bimestrales.

Pese a ello, expresó el Juez de primera instancia que se echaban de menos, las actuaciones que surtió la entidad accionada para garantizar el debido proceso de la empresa prestadora del servicio público domiciliario, pues se debía tener en cuenta como lo señaló el Honorable Consejo de Estado, que la sanción de toma de posesión de la empresa, debería ajustarse al procedimiento sancionatorio de que trataba la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, señaló que no se desconocía que la ley 142 de 1994 disponía de forma

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

especial que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS podía ordenar la toma de posesión, mediante acto administrativo, sin previa comunicación al prestador, pero que, por lo menos, debería garantizar el debido proceso, situación que no se observaba en el presente asunto. Así mismo, indicó que, si se aceptaba en gracia de discusión que el procedimiento sancionatorio se había impartido conforme la normativa vigente, se tenía que la decisión definitiva había sido la imposición de la sanción considerada como la medida de intervención extrema, pese a que la entidad disponía de otros mecanismos, actuaciones y sanciones con las cuales se podría lograr el mismo fin, es decir, garantizar la prestación del servicio público domiciliario bajo los parámetros de continuidad y calidad.

Por otro lado, el A-quo anotó que, en materia de toma de posesión de las empresas, la Ley 142 de 1994, remitía de forma expresa al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual estaba contenido en el Decreto 663 de 1993, dentro del cual se previeron medidas preventivas para la toma de posesión; entre las que se encontraba la medida de vigilancia especial, que como pudo observarse fue una de las medidas tomadas por la Superintendencia accionada con el fin de procurar superar las barreras, irregularidades y/o incumplimiento de la normativa por parte del prestador; sin embargo, indicó que la entidad no determinó los requisitos que la empresa intervenida requería observar para su funcionamiento, lo anterior con el fin de agotar, en el término más breve posible, la situación que le había dado origen a la toma de la posesión.

Añadió que, aunque el prestador alegó haber subsanado los hallazgos correspondientes a los indicadores técnicos de continuidad, calidad del agua y el hecho de no contar con algunas concesiones y permisos, tal argumento y situación no fue suficiente para la entidad vigilante, por cuanto indicó que las sanciones a que hubiere lugar se tramitarían por proceso sancionatorio aislado y que serían valorados en el mismo para determinar la imposición de sanciones a que hubiere lugar.

De esta manera, advirtió el Juez de primera instancia que la decisión tomada por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS no tuvo en cuenta ni efectuó un análisis sobre si la empresa prestadora del servicio había superado alguna(s) de las observaciones efectuadas, desconociendo a todas luces el debido proceso administrativo, máxime cuando desencadenó en la imposición de

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

la sanción más extrema de la que dispone legalmente la entidad, frente al presunto incumplimiento de la normatividad a la que se encuentran sujetos los prestadores de los servicios, por lo que la decisión se encontraba tomada por requerimientos efectuados sin verificar que la situación hubiere sido superada y la puesta en peligro en la prestación del servicio hubiere cesado, de manera que, se observaba una vulneración al debido proceso.

Por lo anterior, concluyó que la decisión administrativa de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS contenida en la Resolución N° 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, por medio de la cual se ordenó la toma de posesión de la ESSMAR E.S.P., transgredía el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto la misma desconocía la protección de la confianza pública; además, resaltó que las funciones de inspección y vigilancia, más allá de decidir sobre la toma de posesión de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios y de determinar si se administran o se liquidan las mismas, debería velar por el debido acatamiento a las exigencias normativas y la prestación del servicio, y ante, la facultad extrema de poder ordenar la toma de posesión, la misma debería ser proporcional, gradual y con sujeción del respeto del derecho al debido proceso administrativo.

De otro lado, mencionó que en el asunto puesto en consideración, la medida transitoria dentro de la acción constitucional se tornaba procedente para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales de toda la comunidad, por cuanto las deficiencias en la prestación del servicio público domiciliario de agua era de muchos años atrás, y tomar medidas extremas de forma intempestiva agravaba la situación de suministro, continuidad y calidad del servicio, aunado a las trabas administrativas a las que podrían enfrentarse frente a los proyectos y obras pendientes por ejecutar a corto plazo.

Por último, sostuvo que de conformidad con lo expuesto, se ampararía de manera transitoria el derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia, se ordenaría la suspensión de los efectos de la Resolución No. SSPD-20211000720935 del 22 de noviembre de 2021 expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS; señalando que para que surtiera efectos, la demanda contencioso administrativa debería ser presentada dentro del término de cuatro meses contados a partir de la ejecutoria de dicho acto administrativo, con solicitud de medida cautelar de suspensión

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

provisional.

IV. IMPUGNACIÓN

El Ministerio Público y la entidad accionada, esto es, la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, estando dentro del término legal, impugnaron el fallo de primera instancia proferido el día quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta.

4.1. MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público, a través de su escrito de impugnación al fallo de tutela, manifestó que si bien era cierto que se trataba de una empresa pública que prestaba el servicio a toda la comunidad de Santa Marta, ello no era suficiente para considerar que la medida de la toma de posesión le había ocasionado vulneración del derecho al debido proceso al accionante o a los intervinientes, pues precisamente dicha medida tenía como fin garantizar la prestación eficiente del servicio, es decir, constitucionalmente era una medida que tenía como fin generarle un beneficio a él y a todos los usuarios potenciales del servicio en la ciudad de Santa Marta, motivo por el cual considerar que la toma de posesión le causó una vulneración de derechos a los intervinientes, era darle un alcance negativo que no tiene la medida, y además, se reiteró que ante la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS no habían intervenido ninguno de los promotores de la acción constitucional y por tanto no serían titulares del derecho amparado.

Por otro lado mencionó que, se afirmaba en el auto que adicionó la sentencia que el accionante y los demás coadyuvantes se encontraban habilitados para incoar la acción de nulidad simple que cursará ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra el acto administrativo proferido por la Superintendencia accionada, como queriendo con ello justificar su legitimación dentro de la acción de tutela, sin embargo aclaró que frente a este punto no se podía confundir el derecho de acción que tiene cualquier persona para demandar en ejercicio del medio de control de nulidad simple, en la no se exigía ninguna condición o requisito habilitante respecto de quien instaurara la misma, con la titularidad del derecho amenazado o vulnerado que sí se exigía para promover la acción de tutela, aspecto que seguía sin identificarse con absoluta claridad en el presente trámite procesal.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

En ese orden de ideas, expresó que ninguno de los accionantes ni vinculados eran titulares de derechos respecto de la Empresa de Servicios Públicos de Santa Marta - ESSMAR E.S.P., pues el derecho al debido proceso, por su naturaleza, no podía ser ejercidos directamente por ellos al no ser parte dentro del trámite de toma de posesión. Así mismo, indicó que tampoco son representantes de la empresa, por lo que se estimaba que no gozaban de legitimación en la causa por activa y tal aspecto no había sido objeto de análisis desde un inicio por parte del operador judicial, muy a pesar de que era una condición necesaria para proferir decisión definitiva en el asunto, por lo que debió igualmente declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, aspecto frente al que se pronunció tan solo mediante decisión complementaria.

Finalmente, advirtió que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta había amparado el derecho al debido proceso de todos los vinculados, sin tener en cuenta que algunos de ellos ya habían promovido otras acciones de tutela y sin haber acumulado al presente trámite procesal tales expedientes, por lo cual la decisión tomada por él causaba una afectación al orden jurídico por generar inseguridad jurídica. Por lo anterior, solicitó al Tribunal Administrativo que se revocara la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2021.

4.2. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, presentó escrito de impugnación señalando como primera medida que el A-quo desconoció la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de probar el perjuicio como requisito *sine qua non* para conceder el amparo, puesto que en el caso que nos ocupa no existía prueba de que se hubiera vulnerado o amenazado el derecho fundamental al debido proceso del accionante por parte de la SSPD, menos aun cuando se estaba frente a una actuación administrativa en relación con la cual el demandante no es destinatario directo. Por lo que, desconociendo la prohibición de conceder el amparo con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, como expresamente lo prohíbe la Constitución, terminó amparando el derecho con fundamento en una simple suposición.

Para apoyar su tesis anterior, expuso las consideraciones que a continuación se transcriben:

“a.- Contrario a lo que sostiene el Despacho, la prolongación en el tiempo de las deficiencias en la prestación del servicio, evidencia la necesidad de la intervención. Son precisamente las medidas extremas que la ley permite adoptar a la Superintendencia el único remedio para

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

mejorar la calidad del servicio y garantizar su prestación que se han visto desmejoradas por las malas prácticas administrativas. Sobre la intervención como una medida extrema.

b.- No es cierto que se esté frente a la posible causación de un perjuicio irremediable. Por el contrario, la intervención condujo al mejoramiento paulatino de la prestación del servicio...

c.- A la fecha, la Superintendencia no ha definido si la modalidad de toma de posesión de la ESSMAR tiene fines liquidatorios, como lo predijo el a-quo. Mal puede entonces el juez de tutela conceder el amparo en una simple suposición, olvidando que el perjuicio debe ser inminente. Se desconoce así la prohibición establecida por la Corte en la sentencia T-571 de 2015, de que el amparo se adopte "... con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."

d.- El juez carece por completo de elementos de juicio para concluir que la intervención y aún una eventual "...liquidación de la empresa de servicios públicos prestador del servicio de acueducto y alcantarillado puede ser lesiva para los fines del Distrito de solucionar la problemática de agua que por décadas se ha vivido en la ciudad, así mismo, puede ser afectados los derechos e intereses de la ciudadanía." Esta es una mera suposición, que desconoce la realidad, pues el resultado de las intervenciones siempre es el mejoramiento del servicio, como se demostró con los indicadores antes relacionados."

De la misma manera, manifestó que la sentencia impugnada desconoció la jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir la legalidad de actos administrativos – desconocimiento del principio de subsidiariedad, pues en el presente caso, no sólo no se había acreditado la existencia del perjuicio irremediable, sino que, además, la discusión era de carácter legal, es decir, carecía de trascendencia constitucional, ya que no se demostraba en la demanda, ni en las coadyuvancias presentadas en el trámite del proceso, que las actuaciones de la Superintendencia hubieran transgredido el orden constitucional, por lo que era posible concluir que el accionante tenía la posibilidad de acudir al mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho por medio del cual hubiera podido solicitar la suspensión provisional del acto que supuestamente consideraba como lesivo.

Por otro lado, expuso que el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, había incurrido en un defecto sustantivo, toda vez que había fundado su decisión en una norma indiscutiblemente inaplicable ya que interpretó que la toma de posesión de la ESSMAR E.S.P. como una sanción y no como lo que en realidad era; es decir, una medida de control preventiva.

Así mismo, argumentó que, sin necesidad de incurrir en complicados razonamientos o análisis profundos, podía concluirse que, en el presente caso, ni el accionante, ni los coadyuvantes, demostraron estar legitimados para interponer la acción, pues

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

ninguno había demostrada cómo las actuaciones de la Superintendencia pudieron haberle amenazado o vulnerado un derecho fundamental, y que era de anotar que tampoco actuaron en representación de la ESSMAR pues carecían de personería para hacerlo, como tampoco lo hicieron como agentes oficiosos.

Anotó que el A-quo había incurrido en un defecto procedimental al no haber remitido el expediente al Juez Segundo Penal de Conocimiento del Circuito de Santa Marta en aplicación del artículo 2 del decreto 1069 de 2015, pues el propósito de dicha norma, además de garantizar el principio de economía procesal y el evitar el desgaste innecesario del aparato judicial, era evitar fallos contradictorios sobre la misma materia, proferidos por diferentes despachos judiciales.

Por último, enfatizó en que había existido una irregularidad que vulneró el derecho al debido proceso de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, lo anterior argumentando que el juez acogió a pie de la letra la posición del Distrito sin permitir a la Superintendencia pronunciarse acerca del contenido de tan importante coadyuvante dentro de la acción constitucional. Tanto así, que argumentos tales como la causación del supuesto perjuicio irremediable por la no terminación de obras, eran idea exclusiva del Distrito de Santa Marta y que, a pesar de no corresponder a la realidad, fueron avalados por el Juez sin permitirle a la Superintendencia demostrar su carencia de sustento fáctico y legal.

4.3. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL

La Procuradora 155 Judicial para la Conciliación Administrativa en su concepto del 15 de febrero de 2022, solicitó revocar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta el día 15 de diciembre de 2021, por considerarla improcedente, pues sostiene que no cumplió con el requisito de subsidiaridad de la tutela y tampoco se probó los perjuicios irremediables, tales como, la afectación cierta, inminente y urgente al debido proceso del accionante y coadyuvantes, que advirtió el juez constitucional de primera instancia.

Como argumentos el Ministerio Público señaló lo siguiente:

“A juicio de esta agente, revisados los argumentos de las distintas partes intervinientes y el material probatorio obrante en el expediente, no cabe dudas que en el caso bajo estudio no sólo es evidente que existen y tenía el actor a su alcance, otros mecanismos eficientes de defensa judicial, para controlar los cargos formulados a la resolución SSPD No.20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, esto es: la Nulidad (Art 137 C.P.C.A) y la Nulidad y restablecimiento de derecho (Art. 138C.P.C.A) dentro de los que se puede

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

solicitar medidas cautelares, entre otras la que se destaca la suspensión provisional, conforme lo prevén el artículo 229 y subsiguientes del mismo código, aspecto que no fue analizado por el juez constitucional de primera instancia, quien se limitó a considerar que existía un perjuicio irremediable y ello lo habilitaba para otorgar el amparo sin el examen de eficacia de los referidos medios de control: mas relevante aún es que se haya otorgado el amparo como mecanismo transitorio pues se echan de menos las pruebas de la existencia del predicado perjuicio irremediable, sólo se advierte respecto a este, las afirmaciones en punto a su causación efectuadas por el apoderado de la Alcaldía Distrital, quien enlistó una serie de obras, de las cuales aludió a su parálisis por una omisiones que atribuye a la agente interventora, afirmaciones que fueron suficientes al a quo, para conceder el amparo transitorio, esto es, dio por sentado este dicho sin que allegara prueba alguna de las alegadas omisiones, no se acompañó por parte del Distrito, comunicación, oficio, cruce de correos o requerimientos a la agente interventora para que cumpliera con las obligaciones a cargo de la ESSMAR de cara a las obras y actividades que requerían de su concurso, tampoco se acompañaron los contratos en los que consten las obligaciones que se dice haber incumplido la Agente interventora, ni informes de interventoría o de los contratistas sobre trabas para ejecutar las obras enlistadas.

El a quo, igualmente consideró que se estaba ante el perjuicio irremediable consistente en la liquidación de la empresa ESSMAR, dando por hecho o arribando a la conclusión que en este caso la toma de posesión es para liquidar la mencionada empresa de servicios públicos y que ello afectaría los fines del Distrito de solucionar la problemática de agua que por décadas ha vivido la ciudad, sin embargo, no encuentra esta agente del Ministerio Público justificada esta conclusión, pues de las pruebas obrantes en el expediente de la tutela y del contenido mismo del acto cuya suspensión se dispuso, no puede arribarse a este aserto”.

Cita Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado sobre la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios y el capítulo IV de la Ley 142 de 1994 y concluye lo siguiente:

“Del marco normativo antes transcrito, es claro que cuando se adopta la medida de toma de posesión por parte de la Súper intendencia de servicios públicos, en primer lugar se realiza esta con un carácter preventivo, en aras de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida y sólo en el evento que después de pasados dos años de la toma no sea posible conjurar la crisis, es cuando se podría ordenar por parte de la Superintendencia, liquidar la empresa, de allí que tampoco podía concluirse que inmediatamente se hizo la toma de posesión por parte del órgano de vigilancia y control, procede a la liquidación como parece haberlo comprendido el juez para justificar el amparo transitorio y la urgencia de ordenar la suspensión del acto administrativo de toma de posesión, pasando por alto que es precisamente el juez natural quien debe efectuar ese control de legalidad, vale decir, corresponde al juez contencioso administrativo efectuar el control vía acción de nulidad contra el acto, con posibilidad clara de suspensión provisional incluso como medida cautelar de urgencia, en el evento de advertir apariencia de buen derecho y eventuales perjuicios ante la eventual demora en suspender el acto hasta el momento del fallo (bonus fonus y periculum in mora), lo que deja claro que los medios ordinarios previstos son igual de eficaces que la tutela para brindar el amparo solicitado.

Aunado a lo anterior, del contenido de la Resolución SSPD No.20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, no puede concluirse que la toma de posesión ordenada se haya dado con fines de liquidación inmediata

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

como lo interpretó el juez constitucional de primera instancia, por el contrario, el referido acto en el parágrafo del artículo 1º, alude en cuanto a su objeto y duración:

“El objeto de la presente toma de posesión se decidirá dentro del término señalado en el numeral 2º del artículo 116 del Estatuto orgánico del sistema financiero y el artículo 9.1.1.1 del Decreto 2555 del 2010.”

Esto significa que de acuerdo a dicho marco legal, tan sólo dentro del término no mayor de dos meses prorrogables a partir de la toma, se definirá por la Súper intendencia si la entidad de servicios públicos debe ser objeto de liquidación, si se pueden tomar medidas para que la misma desarrolle su objeto conforme a las reglas que le rigen o si pueden adoptarse otras medidas para la prestación del servicio en condiciones de calidad y continuidad, de tal manera que la conclusión del juez constitucional es contraria a lo probado en el plenario, al partir de la premisa errada de que la toma de posesión equivale a la liquidación de la empresa.

(...)

Ello no obsta para decir, que tampoco se advirtió la violación al debido proceso del actor, que se predica en la sentencia, pues el marco normativo de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, no condiciona esta al agotamiento del procedimiento sancionatorio previo que diseñó el juez de primera instancia, pues le restaría total eficacia a las medidas de intervención previstas por el legislador y supondría una derogatoria o sustitución del procedimiento expedito que contempla la ley 142 de 1994, por cuenta del procedimiento que estableció el impugnado fallo; de otra parte, tampoco se considera que el accionante estuviera legitimado en la causa para invocar como vulnerado su derecho al debido proceso, pues el mismo no tiene el carácter de representante o apoderado de la empresa de servicios, ni intervino en el proceso como agente oficioso de esta, los cargos que le enrostra al acto acusado son vicios generadores de nulidad y el hecho que estuviera habilitado para acudir al medio de control de simple nulidad o nulidad y restablecimiento de derecho para el control del acto por las causales invocadas en el escrito de tutela, no permite concluir que esos cargos o defectos enrostrados al acto lo hicieran titular del derecho al debido proceso que alega le violó la Súper intendencia de servicios públicos, no hay razones en el expediente que permitan inferir que le fue vulnerado su derecho al debido proceso, por lo que debió declararse probada esta excepción”.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la impugnación presentada al fallo de primera instancia.

5.2. Finalidad de la Acción de Tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 establecen que las personas pueden interponer acciones de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad. Dicha acción no puede ser utilizada válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecido, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

Las normas enunciadas establecen la improcedencia de esta acción al existir otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos fundamentales de la demandante.

5.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer, conforme a las pruebas que obran en el expediente, si en el caso bajo estudio, resulta procedente modificar, confirmar o revocar la decisión contenida en la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, por medio de la cual se dispuso tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el accionante, vinculados y coadyuvantes dentro de la acción de tutela.

En este sentido, se abordará el estudio del siguiente problema jurídico:

- Establecer la procedencia de la acción de tutela que dio inicio al presente proceso. Esto es, conocer si para el caso en concreto, no existe otro mecanismo de defensa judicial o el mecanismo existente no es idóneo o suficientemente eficaz para proteger el debido proceso administrativo del accionante cuya vulneración se alega, o en fin, si se está en riesgo inminente de producir un perjuicio irremediable. De lo cual deviene en determinar:
- Si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la defensa y debido proceso administrativo invocados por el actor RAFAEL ALEJANDRO MARTINEZ, y coadyuvantes VIRNA LIZI JOHNSON SALCEDO, BLANCA FABIOLA BUENO GIRALDO, GLORIA BONETT VERGARA, MIRTA MAVEL RAMOS DÍAZ, CARMEN CECILIA VERA AMAYA, ANA KARINA ORTIZ PINEDA Y RAFAEL ARMANDO GUERRA CAMPO, con ocasión a la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

noviembre del 2021 *“Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P”*, por fundamentarse presuntamente en normas que han sido derogadas, contrariando el régimen legal y constitucional vigente y estar viciado de nulidad por falsa motivación?

Para resolver tal problema jurídico, esta Corporación analizará los siguientes temas:

(i) Procedencia de la acción de tutela (ii) El principio de subsidiariedad en materia de acciones de tutela (iii) derecho fundamental al debido proceso (iv) caso concreto.

(i).- Procedencia de la acción de tutela

Sobre los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela están regulados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991 (en especial artículos 1º, 2º, 42, y 5º) y se pueden resumir en los siguientes términos: i) que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental; ii) que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre; iii) que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción se dirija contra la autoridad o el particular que haya amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental; **iv) que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante.**

En este orden, se evidencian dos ámbitos de valoración para definir si la tutela como acción procede o no. Uno subjetivo alusivo a la legitimidad de las partes, y otro objetivo referente a la tutela como mecanismo preferente y subsidiario.

En cuanto al criterio subjetivo sobre la legitimación en la causa de tutela, tanto por activa como por pasiva. Con ella se determina si las partes del proceso, esto es accionantes y accionados, poseen legitimidad procesal o interés para actuar en la controversia judicial por la afectación de sus derechos fundamentales o por haber participado en su presunta vulneración.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Desde el punto de vista objetivo, la acción de tutela procede ante la inexistencia de otros mecanismos judiciales, o ante la ineficacia e inidoneidad de los existentes, buscando, en todo caso, evitar la ocurrencia de un inminente perjuicio irremediable. Es decir que por regla general la acción de tutela no es procedente como mecanismo principal, pues la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados, debe operar a través de los mecanismos judiciales ordinarios previstos para su defensa.

(ii).- El principio de subsidiariedad en materia de acciones de tutela.

Sea lo primero precisar que, en lo atinente a la procedencia de las acciones de tutela el artículo 6º del Decreto 2591 del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", dispone:

"Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (...)"

(Negrita y subrayado fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior, se infiere que, la acción de tutela se torna improcedente cuando existieren otros mecanismos jurisdiccionales respecto de los cuales pueda hacer uso el interesado para resolver una situación jurídica concreta. En este sentido, la Corte Constitucional bajo la ponencia de la Dra. Gloria Stella

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Ortiz Delgado, mediante sentencia T-295 del siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida con ocasión de la acción de tutela seguida por Gener Obregón Izajar, obrando en calidad de apoderado judicial de Omar Alfonso Gómez contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otros, indicó que:

“5. El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución y en el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Estas normas disponen que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) existan medios judiciales y éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De la interpretación de las normas en comento, se evidencia que una de las hipótesis es que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela, a menos que el juez constitucional se percate de la posible consumación de un perjuicio irremediable.

De esta manera, cuando “una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia”.

6. En este sentido, el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, reconocen la validez y viabilidad de los recursos judiciales ordinarios como mecanismos legítimos y prevalentes para salvaguardar los derechos, de modo que al existir tales mecanismos de defensa, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para garantizar una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos.

Bajo ese entendido, el sujeto que invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Esta exigencia y deber jurídico, pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el Legislador.

Al respecto, la sentencia T-921 de 2014, estudió el caso de un accionante que pisó una mina antipersona y le causó la pérdida de una de sus piernas. Debido a ello, fue diagnosticado con una pérdida de capacidad laboral del 53.15%. En consecuencia, le solicitó al Ministerio del Trabajo el reconocimiento de la pensión de invalidez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, con ocasión de su victimización.

La Sala Novena de Revisión, indicó que “la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias”, pues ello conllevaría a la desarticulación del sistema jurídico.

La protección de los derechos fundamentales está confiada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no se pueda acudir a él, cuando no se

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

pueda calificar de idóneo, de conformidad con las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada.

Asimismo, esta Corporación ha dicho que “para acudir a la acción de tutela, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior”.

Entonces, esta obligación procesal, pretende que la tutela sea utilizada en circunstancias en que el accionante no cuente con los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos o que aun existiendo, éste no resulte idóneo y efectivo para la protección de ellos.

7. En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad sostiene que la acción de tutela es improcedente cuando la persona que inició la misma, ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa y no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, o cuando las ha utilizado y pretende revivir los términos con la acción de tutela.

En razón a lo anterior, se ha entendido que la Constitución y la ley han creado una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos constitucionales, de manera que acudir prioritariamente a la acción de tutela, conllevaría a vaciar el contenido de los otros mecanismos de defensa judicial y con ello a que sean relegados a la voluntariedad de quien inicia un proceso judicial.

Así pues, la jurisdiccional constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que por el contrario, debe ir encaminado a lograr coordinación y complementación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias e invasiones de competencia. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo.

8. En resumen, es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el Legislador.”

(Negrita y subrayado fuera del texto original)

La anterior transcripción jurisprudencial, pone en evidencia que, para acceder a la acción de tutela constituye requisito sine qua non, haber agotado la totalidad de los medios judiciales previstos por la legislación, en consonancia con el principio de subsidiariedad, salvo que dicha acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos fundamentales.

(iii).- Derecho fundamental al debido proceso

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

En lo atinente al debido proceso administrativo la H. Corte constitucional en sentencia T-010-17, precisó:

“La jurisprudencia de esta Corte ha definido el debido proceso administrativo como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

De la misma forma, en la sentencia ibídem esta corporación estableció garantías mínimas para la protección del debido proceso de esta manera:

“Existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: “(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

De acuerdo con lo antes mencionado, el debido proceso opera como un principio fundamental en un Estado Social de Derecho en la medida en que las autoridades administrativas deben garantizar que sus actuaciones se encuentren supeditadas a lo establecido por la ley, lo cual significa que sea conforme al principio de legalidad, al igual que se debe garantizar el derecho de defensa y de contradicción frente a este tipo de actuaciones.

(vi).- Caso Concreto

Descendiendo al caso en concreto, se advierte que, el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTINEZ, presentó acción de tutela, en coadyuvancia con los señores VIRNA LIZI JOHNSON SALCEDO, BLANCA FABIOLA BUENO GIRALDO, GLORIA BONETT VERGARA, MIRTA MAVEL RAMOS DÍAZ, CARMEN CECILIA VERA AMAYA, ANA KARINA ORTIZ PINEDA Y RAFAEL ARMANDO GUERRA CAMPO, con el fin de dejar sin efecto de la Resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 por medio de la cual la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ordenó la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P”, argumentando que la entidad accionada había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, por

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

infracción de las normas legales y constitucionales en que debieron fundarse, basándose en normas que habían sido derogadas, a lo que se suma que se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación en cuanto a hechos y material probatorio.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), concedió el amparo invocado bajo el argumento que la entidad accionada en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, no garantizó el debido proceso de la empresa prestadora del servicio público domiciliario, sin tener en cuenta como lo señaló el Consejo de Estado, que la sanción de toma de posesión de la empresa, debería ajustarse al procedimiento sancionatorio de que trataba la Ley 1437 de 2011.

De esta manera, advirtió el juez de instancia que la decisión tomada por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS no tuvo en cuenta ni efectuó un análisis sobre si la empresa prestadora del servicio había superado alguna(s) de las observaciones efectuadas, desconociendo a todas luces el debido proceso administrativo, máxime cuando desencadenó en la imposición de la sanción más extrema de la que dispone legalmente la entidad, frente al presunto incumplimiento de la normatividad a la que se encuentran sujetos los prestadores de los servicios, por lo que la decisión se encontraba tomada por requerimientos efectuados sin verificar que la situación hubiere sido superada y la puesta en peligro en la prestación del servicio hubiere cesado, de manera que, la medida transitoria dentro de la acción constitucional, en lo relativo a ordenar la suspensión de los efectos de la Resolución No. SSPD-20211000720935 del 22 de noviembre de 2021 se tornaba procedente para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales de toda la comunidad, por cuanto las deficiencias en la prestación del servicio público domiciliario de agua ha sido continuo durante muchos años, con la advertencia que la demanda contencioso administrativa debería ser presentada dentro del término de cuatro meses contados a partir de la ejecutoria de dicho acto administrativo, con solicitud de medida cautelar de suspensión provisional.

El Delegado del Ministerio Público ante el Juzgado y la Superintendencia de Servicios Públicos, inconformes con la decisión, presentaron escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, coincidiendo en la solicitud de revocar el

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

fallo de primera instancia, por cuanto el demandante cuenta con otro mecanismo judicial para discutir la legalidad de Resolución No. SSPD-20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, como los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho y no se probó el perjuicio irremediable que fundamentó el Juez de Instancia respecto de los contratos que estaba adelantando la ESSMAR y que su liquidación generaría falta de continuidad en la prestación del servicio, además, fundamentan que el demandante no cuenta con legitimación por activa, toda vez, que no se le está vulnerando el debido proceso por la expedición de la resolución cuestionada, pues no acreditó ser representante legal de la ESSMAR.

Por su parte la Procuraduría Delegada ante esta Corporación en su concepto también solicita se revoque la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, por considerarla improcedente, pues sostiene que no cumplió con el requisito de subsidiaridad de la tutela y tampoco se probó los perjuicios irremediables, tales como, la afectación cierta, inminente y urgente al debido proceso del accionante y coadyuvantes, además considera que el accionante tampoco cuenta con legitimación por activa para actuar en el presente proceso.

Teniendo en cuenta que los fundamentos de las impugnaciones radican en la improcedencia de la presente acción de acción de tutela y falta de legitimación por pasiva del accionante, la Sala procederá a estudiar y analizar estos dos argumentos centrales para establecer la procedencia o no de los mismos.

4.1.- Legitimación por activa en la acción de tutela

En el caso en estudio el actor presentó la acción de tutela de referencia a nombre propio como ciudadano residente en Santa Marta y en sus pretensiones solicitó se INAPLIQUE, en todas sus partes, la Resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 “Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P., expedida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Asimismo, solicitó medida provisional de suspensión de la mencionada resolución y manifestó que presentará demanda de nulidad simple contra la citada resolución hasta que la jurisdicción contenciosa administrativa resuelva sus pretensiones de manera definitiva.

El Juez de primera instancia mediante auto del 1 de diciembre de 2021, decidió VINCULAR a la presente acción constitucional a la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Marta ESSMAR E.S.P. y al Distrito De Santa Marta, por cuanto podían verse afectados o tener interés directo con los efectos de la decisión de fondo. Igualmente, mediante auto del 7 de diciembre de 2021, decidió vincular también a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico “CRA” y los funcionarios que fueron separados del cargo por orden de la Resolución No. SSPD – 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021

Es pertinente advertir que el Juez de Instancia en el numeral 1.7. “Control de legalidad” de la sentencia del 15 de diciembre de 2021, se pronunció de manera general respecto la excepción de falta de legitimación del demandante propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos, la ESSMAR, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y el Ministerio Público, de la siguiente manera: *“así mismo las partes tienen legitimación en la causa para comparecer al proceso, y no se observa la configuración de ninguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado y que debe ser objeto de saneamiento, por lo tanto, es procedente decidir de fondo el objeto de la Litis”*. Por esta razón, la Superintendencia de Servicios Públicos, solicitó adición del fallo de primera instancia, por cuanto consideró que no se hizo un pronunciamiento expreso respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la accionada y alegada por la empresa ESSMAR, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y el Ministerio Público.

Por anterior, el A quo mediante auto del 12 de enero de 2022, adicionó la sentencia con el numeral quinto de la siguiente manera: *“Declárese no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa presentada por la Superintendencia de Servicios Públicos y alegada por la empresa ESSMAR, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y el Ministerio Público.”*, con base en las siguientes consideraciones:

“En el presente caso, la acción de tutela fue interpuesta por el accionante, Rafael Alejandro Martínez, en nombre propio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Prima facie, podría concluirse que no se acredita alguna de las condiciones establecidas por la Corte Constitucional, anteriormente expuestas. Sin embargo, no debe dejarse de lado que la acción constitucional fue coadyuvada por el Distrito de Santa Marta, quien una vez fue integrada a la litis, solicitó que se accediera a las mismas pretensiones de la tutela, presentando fundamentos fácticos y jurídicos por parte de la entidad vinculada. Ahora bien, respecto de la legitimación en la causa por activa de la entidad vinculada y coadyuvante Distrito de Santa Marta, debe indicarse que los activos de la empresa ESSMAR ESP pertenecen 100% al Distrito de Santa Marta, entidad que con sus argumentaciones jurídicas solicitó la protección al derecho fundamental invocado por el accionante, dadas las presuntas irregularidades presentadas y el perjuicio irremediable que se ocasiona a la entidad y ciudadanos con la toma de posesión de la empresa prestadora de servicios

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
 DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

públicos. En tal sentido, solicitó acceder a las pretensiones de la acción de tutela.

(...)

En consideración a la condición del Distrito de Santa Marta, frente a la cual se generó la vulneración de los derechos fundamentales, tal y como se señaló en la parte resolutive del fallo de tutela proferido el día 15 de diciembre de 2021, es claro que existe un interés en la resolución de la presente acción de tutela, por lo que, se evidencia que en este caso se encuentra probada la legitimación en la causa por activa.

Aunado a lo anterior, se resalta que el gestor de la acción constitucional y los demás coadyuvantes, como ciudadanos, están habilitados para incoar una acción de nulidad simple que curse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra el acto administrativo proferido por la Superintendencia, entre otras cosas porque puede adquirir la condición de parte en dicho interés legítimo, conforme los presupuestos contenidos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, situación que, en el presente caso particular debe someterse a consideración la legitimación en la causa para interponer la acción constitucional, toda vez que la tutela se presentó y coadyuvó como un mecanismo transitorio para evitar que, antes de que se acuda a la jurisdicción contencioso administrativa, las consecuencias de una posible extinción o liquidación de la empresa pública de acueducto y alcantarillado, impidan que el Juez natural analice la vulneración o no de la legalidad del acto de toma de posesión y pueda decidir la procedencia de las medidas provisionales que correspondan. Es decir que la parte actora anunció que acudirá a la jurisdicción contenciosa administrativa para atacar la legalidad del acto, y en ese orden interpone la acción de tutela de manera provisional hasta tanto acuda ante la justicia administrativa.

En virtud de lo anterior, y considerando que le asiste razón a la entidad accionada en el sentido de indicar que en el fallo de tutela proferido el 15 de diciembre de 2021, se omitió hacer un pronunciamiento expreso sobre la falta de legitimación en la causa por activa del promotor constitucional” (...)

Los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, señalan que previo al análisis de fondo de cualquier caso sometido al estudio de un juez constitucional, debe acreditarse la superación de los siguientes requisitos de procedibilidad, a saber: **(i)** la legitimación en la causa (activa y pasiva), **(ii)** la inmediatez, y **(iii)** la subsidiariedad, requisitos que se deben analizar en sentencia y en el caso en estudio observa la Sala que en el fallo el A quo hizo un pronunciamiento a manera general en el control de legalidad frente a la legitimación en la causa, lo que le ocasionó tener que adicionar la sentencia, explicando los motivos por los cuales consideró que no tenía vocación de prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del demandante.

Frente a la legitimación por activa, esta se predicará de cualquier persona que encuentre vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, pudiendo esta actuar en nombre propio, por representante o apoderado judicial o agente oficioso, el Defensor del Pueblo e inclusive los Personeros Municipales, requisito que se da

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

por cumplido en el caso en estudio, pues para la Sala está claro que la Resolución SSPD No 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021 que pretende el actor su inaplicación y suspensión es un acto administrativo de carácter general, el cual puede ser demandado por cualquier persona conforme lo señala el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. También se observa que produce efectos de contenido particular y concreto, al ordenar la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos de Santa Marta ESSMAR E.S.P., respecto del Distrito de Santa Marta por ser la Entidad a la que le pertenecen sus activos y al ordenar la separación de la Gerente, de los miembros de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P., así como de los Subgerentes, Secretario (a) General y de la Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos y Contratación, respecto de mencionados servidores públicos.

Así las cosas, la excepción de falta de legitimación por pasiva del demandante no tiene vocación de prosperidad, pues el actor anunció en el escrito de tutela que actuaría en nombre propio y que posteriormente demandaría ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad simple, esto es que se siente afectado con la decisión tomada en la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, al ordenar la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos de Santa Marta ESSMAR E.S.P. y como consecuencia se afectaría en la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado por residir en la ciudad de Santa Marta, por tal razón, esta Corporación comparte el argumento planteado por el A quo en el auto del 12 de enero de 2022, mediante el cual adicionó la sentencia impugnada.

4.2.- De la improcedencia de la tutela, por cuanto se cuenta con otros mecanismos judiciales y no se probó el perjuicio irremediable.

Frente a los requisitos de procedencia de la acción de tutela como lo son la subsidiaridad y evitar la configuración de un perjuicio irremediable, es preciso indicar que la acción de tutela solo será procedente cuando se acredite la inexistencia de otros medios de defensa judicial que resulten eficaces e idóneos para garantizar los derechos fundamentales vulnerados.

De otro lado, el perjuicio irremediable exige medidas concretas y oportunas, tendientes a salvaguardar los derechos fundamentales puestos en un peligro real

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

inminente, que resulten necesarias e impostergables, pues de lo contrario se generaría un perjuicio irremediable en desmedro de los derechos fundamentales.

En ese sentido, en el caso bajo estudio el accionante presentó la tutela como mecanismo transitorio y alega que el perjuicio irremediable radica en que la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, vulneró el debido proceso, por cuanto se fundamentó en normas que han sido derogadas, contrariando el régimen legal y constitucional vigente, en hechos falsos y en omitir flagrantemente elementos probatorios, incurriendo, en comportamientos delictivos.

A su turno el Distrito de Santa Marta, actuando como coadyuvante fundamentó el perjuicio irremediable relacionado con la afectación de las obras que está ejecutando la empresa Distrital de Desarrollo y renovación Urbano Sostenible “EDUS” y las del Sistema Estratégico de Transporte Público de Santa Marta “SETP”; situación que afecta el cronograma de cumplimiento de los contratos, genera un detrimento a las arcas presupuestales de las descentralizadas, el presupuesto distrital, la salud pública al ser los encargados de la operación del servicio de aseo acueducto y alcantarillado.

Por su parte el A quo en la sentencia impugnada amparó el derecho fundamental del debido proceso, por cuanto el perjuicio irremediable radica en la vulneración de *“los derechos fundamentales de la comunidad por cuanto las deficiencias en la prestación del servicio público domicilio de agua data de muchos años atrás, y tomar medidas extremas de forma intempestiva agrava la situación de suministro, continuidad y calidad del servicio, aunado a las trabas administrativas que podrían enfrentarse frente a los proyectos y obras pendientes por ejecutar en el corto plazo”*.

Advierte la Sala, al revisar el expediente de tutela que no encontró probadas las afirmaciones del accionante, el Distrito de Santa Marta y los argumentos expuestos por el Juez de Instancia, por tal razón, no se acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que pueda causarse al accionante, coadyuvantes o a la ciudadanía en general con la posesión de la Empresa de Servicios Públicos de Santa Marta ESSMAR E.S.P. ordenada mediante la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, por los siguientes razonamientos:

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

1.- Los fundamentos del perjuicio irremediable del accionante están encaminados en atacar la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, por cuanto considera que la demandada incurrió en vías de hecho, falsa motivación, vulneró la Constitución y la Ley por fundamentar el acto administrativo en normas derogadas y omitió elementos probatorios. De lo que se desprende que son fundamentos de derecho propios del medio de control de nulidad simple consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y realmente no encuadró el perjuicio irremediable.

2.- La Corte Constitucional en sentencia SU 713 de 2006, señaló la improcedencia de la acción de tutela para controvertir asuntos de mera legalidad, en los siguientes términos *“(...) es preciso recordar que la procedencia de esta acción, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, supone la afectación del contenido de un derecho fundamental a partir de su confrontación u oposición frente a las actuaciones de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la Constitución. No es procedente someter al conocimiento del juez de tutela, conflictos que en sus razones y antecedentes fácticos son propios exclusivamente de las relaciones contractuales de índole privada, o que implican una simple confrontación de legalidad en cuanto al acatamiento del principio de sujeción normativa, pues, por regla general, el conocimiento de dichos asuntos le corresponde a los jueces ordinarios. Al respecto, el artículo 2° del Decreto 306 de 1992, dispone que: ‘De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los derechos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior’ ”.*

Igualmente, la Corte Constitucional, dispuso que cuando se interponga la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene **la carga de probar**, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

La Corte Constitucional en sentencia T-377 de 2011 señaló que no obstante la informalidad del amparo constitucional, quien pretenda acudir a la tutela, **debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable**, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la misma.

3.- El artículo 58 de la Ley 142 de 1994, establece las medidas preventivas para la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, así: *“Cuando quienes prestan servicios públicos incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan”*.

Por su parte el artículo 59 de la Ley 142 de 1994, establece las causales y modalidades que puede acudir el Superintendente de Servicios Públicos para tomar posesión de una empresa de servicios públicos, en los siguientes casos:

“59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

59.2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos, o en incumplir sus contratos.

59.3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a una comisión reguladora o a la Superintendencia, o a las personas a quienes éstas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.

59.4. Cuando se declare la caducidad de uno de los permisos, licencias o concesiones que la empresa de servicios públicos haya obtenido para adelantar sus actividades, si ello constituye indicio serio de que no está en capacidad o en ánimo de cumplir los demás y de acatar las leyes y normas aplicables.

59.5. En casos de calamidad o de perturbación del orden público;

59.6. Cuando, sin razones técnicas, legales o económicas de consideración sus administradores no quisieren colaborar para evitar a los usuarios graves problemas derivados de la imposibilidad de otra empresa de servicios públicos para desempeñarse normalmente.

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.

59.8. Cuando la empresa entre en proceso de liquidación”.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

A su turno, el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, señala el procedimiento y alcance de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, de la siguiente manera:

*“Artículo 121. Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos. **La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio**, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.*

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley.

Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores, y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes”. (Negrillas fuera del texto)

De las anteriores normas y del estudio de la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, se desprende que la Superintendencia de Servicios Públicos, aplicó una **medida preventiva** al tomar la posesión de la empresa de la Empresa de Servicios Públicos de Santa Marta ESSMAR E.S.P., es decir una **medida de carácter administrativo** y no ordenó la liquidación de la ESSMAR como lo señala el Juez de instancia en la sentencia impugnada y en la que fundamentó el perjuicio irremediable para los intereses de todos los ciudadanos del Distrito de Santa Marta, es decir, no se puede fundamentar un perjuicio irremediable en una **medida sancionatoria** que no ha sido utilizada por la Entidad accionada.

4.- Ahora bien, en cuanto al perjuicio irremediable que fundamenta el A quo respecto que la medida de preventiva de posesión de la ESSMAR “agrava la situación de suministro, continuidad y calidad del servicio, aunado a las trabas administrativas

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

que podrían enfrentarse frente a los proyectos y obras pendientes por ejecutar en el corto plazo que implican la intervención de vía por donde se encuentran conductos de alcantarillado y acueducto, que necesariamente requieren de la actuación e intervención armónica entre la distintos entes Distritales”; advierte la Sala que la ejecución de obras que aduce el Distrito en su coadyuvancia no fueron debidamente probadas en el expediente, además, si existen contratos de obra pública, no significa que se puedan ejecutar con la medida preventiva y administrativa que tomó la accionada, ni muchos que con ello se agrava la prestación eficiente del servicio, pues los contratos se deben ejecutar conforme a sus objetos, plazos y actividades en los que fueron suscritos.

5.- Según información de la Superintendencia de Servicios Públicos la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, no se encuentra debidamente ejecutoriada, pues contra ella se interpusieron dos recursos de reposición presentados por JORGE LUIS SALTAREN VILLEGAS en representación de PATRICIA CAICEDO OMAR, radicado el 6 de diciembre de 2021 y por CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO, radicado el 7 de diciembre de 2021, pues según el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, el acto que ordena la posesión de una empresa de servicios públicos es recurrible en el efecto devolutivo, situación que el Juez de primera instancia debió tener en cuenta al momento de conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso y estructurarlo en un perjuicio irremediable en un acto administrativo que no se encuentra debidamente ejecutoriado, pues no se puede ordenar suspender los efectos de un acto administrativo que no se encuentra en firme conforme el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

6.- Según los hechos, pretensiones y fundamentos legales del escrito de tutela y las coadyuvancias, para la Sala es claro que el actor cuenta con otros mecanismos judiciales para obtener sus pretensiones, esto es de nulidad simple tal y como lo anunció en la medida provisional que solicitó en su escrito de tutela y el Distrito de Santa Marta también puede hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011. Además, en los citados medios de control pueden solicitar medidas cautelares contra la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, conforme lo señala el artículo 229 y siguientes del CPACA, por tratarse de asuntos que controvierten la legalidad del mencionado acto administrativo, los cuales resultan improcedentes para controvertirlos mediante la acción de tutela.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

En un caso similar al de estudio, el Consejo de Estado¹ señaló: “De modo que la accionante, en el proceso de nulidad simple, puede solicitar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos que cuestiona por vía de tutela, medida cautelar que sí es un medio de defensa ágil y efectivo, en cuanto permite proteger y garantizar, de manera provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”².

En ese orden de ideas, esta Sala estima que en el caso bajo estudio no se presenta ninguna situación que desvirtúe la subsidiariedad de la acción de tutela, y por consiguiente no puede amparar el derecho fundamental invocado por el accionante y sus coadyuvantes, pues de hacerlo se estarían contrariando los postulados del Estado Social de Derecho al permitir que la acción de tutela se convierta en un mecanismo alternativo o implique una usurpación de las competencias ordinarias de los jueces de conocimiento.

Finalmente, la Sala observa que en el asunto bajo estudio tampoco se encuentra configurado un perjuicio irremediable, es decir, no se evidencia amenaza inminente, gravosa o dañina al haber jurídico del accionante y los coadyuvantes que requiera conjurarse con medidas inmediatas, por cuanto cuentan con otros medios judiciales para controvertir la legalidad de la Resolución SSPD No. 20211000720935 del 22 de noviembre del 2021, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos.

Acorde con las razones expuestas, la Sala revocara la decisión del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, por medio del cual amparó el derecho fundamental al debido proceso constitucional y en su lugar declara improcedente la presente acción por contar con otros mecanismos judiciales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

¹ Sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020), **CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN**, **Radicado:** 47001-23-33-000-2020-00491- 01, **Demandante:** YUDIS JAIDIN RODELO CABALLERO, **Demandado:** PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTRO

² Sobre este punto, la Sala acoge las consideraciones expuestas en diferentes sentencias de tutela proferidas por la Sección Cuarta de esta Corporación, como lo son, por ejemplo, las vertidas en el fallo del 7 de diciembre de 2015, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 2016-04038-01.

RADICADO: 47-001-3333-002-2021-00293-01
DEMANDANTE: RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, por medio de la cual se dispuso tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el accionante contra la Superintendencia de Servicios Públicos, y en su lugar, **RECHAZAR** por improcedente la acción de tutela presentada por el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTINEZ y coadyuvada por los señores VIRNA LIZI JOHNSON SALCEDO, BLANCA FABIOLA BUENO GIRALDO, GLORIA BONETT VERGARA, MIRTA MAVEL RAMOS DÍAZ, CARMEN CECILIA VERA AMAYA, ANA KARINA ORTIZ PINEDA Y RAFAEL ARMANDO GUERRA CAMPO, por cuanto cuentan con otro mecanismo judicial y no probó el perjuicio irremediable, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: ENVIAR el expediente de la referencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada

MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada

ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada