

Señor Juez

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

S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXP. RADICADO No: 13-001-33-33-005-2016-00186-00
DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.
VINCULADO: PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL

HENRY LIZARAZO OCAMPO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.492.855 de Cúcuta, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 71.816 del C. S. de la J., actuando en nombre y representación de la Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. en su condición de vocero y administrador del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**, conforme al poder a mí conferido, que se adjunta, vinculado como tercero interesado dentro del presente proceso, por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término procesal, me permito dar contestación a la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

I. SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

AL 1). NO ES UN HECHO, la parte demandante se limita hacer una interpretación normativa.

AL 2). NO ES UN HECHO, la parte demandante se limita hacer una interpretación normativa.

AL 3). NO NOS CONSTA, pero se infiere del documento aportado.

AL 4). NO ES UN HECHO, la parte demandante se limita hacer una interpretación normativa.

AL 5). NO NOS CONSTA que la demandante respondiera la solicitud del usuario en el término establecido en la ley. Lo que se pruebe en el proceso.

AL 6) NO NOS CONSTA, pero se infiere del documento aportado. Vale la pena señalar en este hecho que la parte actora realiza una citación normativa del artículo 158 de la ley 1437 del 2011, por tanto, no se debe considerar un hecho como tal.

AL 7). NO NOS CONSTA, pero se infiere del documento aportado.

AL 8). ES PARCIALMENTE CIERTO, ya que el hecho contiene interpretaciones normativas del artículo 69 del CPACA, sin embargo, por la no comparecencia del usuario para la notificación personal, la empresa debió dar cabal y estricto cumplimiento del artículo 69 del CPACA, es decir, hacer la correcta notificación por aviso.

AL 9). ES PARCIALMENTE CIERTO. El artículo 69 de la ley 1437 del 2011 establece la “NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”. Por lo anterior, se infiere del documento aportado del aviso que no fue entregado por la empresa 4/72.

AL 10). ES CIERTO.

AL 11) NO NOS CONSTA la respuesta dada por la SSPD a la parte actora, o que la SSPD se abstuviera de resolver el recurso de apelación, pues no se participó en el hecho de referencia. En relación con la segunda parte del hecho manifestamos que, por las pruebas aportadas, se evidencia como cierto que mediante Resolución N° SSPD20158200020855, la SSPD resolvió sancionar a ELECTRICARIBE, por considerar que incurrió el Silencio Administrativo Positivo, con una multa de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS (\$6.443.500,00 M/cte.).

AL 12). NO ES UN HECHO, la parte demandante se limita hacer una interpretación normativa. En efecto, la demandante en los cuatro (04) numerales que divide el punto sólo expone sus apreciaciones basadas en la norma que considera aplicable, empero, estas afirmaciones no conducen a desvirtuar la sanción impuesta por la SSPD. Lo cierto, en este caso, es que se incumplieron los términos legales para proceder a notificar la respuesta a la petición del usuario.

AL 13). NO ES UN HECHO, la parte demandante se limita hacer una interpretación normativa.

AL 14). NO NOS CONSTA que la parte actora hubiere interpuesto recurso de reposición, pues no se participó en el hecho de referencia. En relación con la segunda parte del hecho se infiere de las pruebas que la SSPD resolvió sancionar a ELECTRICARIBE por considerar que incurrió el Silencio Administrativo Positivo, y confirmó la decisión mediante resolución No. SSPD20158200233885.

AL 15). NO ES UN HECHO, es una consideración subjetiva de la parte actora en relación con la oportunidad de la SSPD de sancionar por la configuración del silencio administrativo positivo.

AL 16). ES CIERTO.

AL 17). NO NOS CONSTA, lo que se pruebe en el proceso.

AL 18.) ES CIERTO.

II. SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones y solicitudes de declaraciones y condenas, por cuanto no se evidencia del acto administrativo un inadecuado procedimiento o la interpretación inadecuada de las normas aplicables al silencio administrativo positivo – SAP- en materia de servicios públicos domiciliarios, en tanto la protección de los usuarios y la garantía de su eficiente prestación es función primordial de la SSPD, con las herramientas que le otorga la ley de servicios públicos (ley 142 de 1994) para ejercer la vigilancia, la inspección y el control de las Empresas Prestadoras de Servicios – ESP-, en aras de satisfacer y lograr uno de los fines sociales del Estado.

III. EXCEPCIONES Y ARGUMENTOS DE DEFENSA:

3.1. EXCEPCION PREVIA

3.1.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA

De conformidad con la jurisprudencia del H Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero del 2013, EL FIDEICOMISO – PATRIMONIO AUTONOMO FONDO EMPRESARIAL de la SSPD no está llamado a integrar la Litis, en razón de no haber participado en la expedición de los actos administrativo ni en los hechos que dieron lugar a la demanda, y no ser el llamado a reparar los perjuicios ocasionados o restablecer el derecho con ocasión de la eventual nulidad de los actos acusados. Veamos:

*"De conformidad con la Jurisprudencia de esta Corporación existen dos clases de legitimación en la causa, la de hecho **v la material**. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha interpuesto la demanda y en virtud de las pretensiones aludidas, **mientras que la segunda da cuenta de la real participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda** [91 En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho puede estarlo materialmente, en consideración a que, si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:*

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

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, **lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento este en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el***

demandante carecería de un interés jurídico perjudicado v susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

*En este sentido, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, **el juez tendrá que denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado v susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.** "1 (Se destaca).*

En otro pronunciamiento más reciente², El Consejo de Estado, en torno al mismo punto, aseveró:

*"Entre las mencionadas excepciones se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; **así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.**"(Subrayas y negrillas fuera de texto).*

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

En efecto, en atención a los principios de rogatividad y congruencia de la decisión judicial, ante una eventual declaratoria de anulación de los actos demandados, resultará inoponible a la **FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A** en su condición de vocero y administrados el **PATRIMONIO AUTÓNOMO: FONDO EMPRESARIAL**, en tanto dicho negocio jurídico no tiene dentro de sus facultades la de expedir los actos administrativos por medio de los cuales se impongan multas, ni las resoluciones por medio de las cuales son confirmadas las mismas.

Para demostrar lo anterior, se expondrá a continuación el origen del FONDO EMPRESARIAL el cual fue creado con el fin de fortalecer las funciones de intervención a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD-. Así, la ley 812 de 2003 facultó a la SSPD para constituir un patrimonio autónomo con los excedentes de las contribuciones de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conforme al numeral 3 del artículo 85 de la ley 142 de 1994.

RAZONES PARA NO VINCULAR AL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL DE LA SSPD.

El FIDEICOMISO – PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL de la SSPD administrado por **BBVA ASSET MANAGEMENT S.A.** Sociedad Fiduciaria, no participó en la expedición de los actos administrativos ni en los hechos que dieron lugar a la demanda, y no será el llamado a reparar los perjuicios ocasionados o restablecer el derecho con ocasión de la eventual nulidad de los actos acusados, pero si le asiste interés de defender la legalidad de las actuaciones administrativas de la SSPD en ejercicio de sus funciones de control, vigilancia e inspección sobre ELECTRICARIBE E.S.P., como lo explicaremos a continuación.

¹ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25000-23-26-000-1998-02272-01(26583)

² Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Providencia del 21 de septiembre de 2016. Exp. 27001-23-33-000-2013-00271-01(51514)

El FONDO EMPRESARIAL fue creado con el fin de fortalecer las funciones de intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD. La Ley 812 de 2003 facultó a la SSPD para constituir un patrimonio autónomo con los excedentes de las contribuciones de los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme el numeral 3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, transferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y/o las Comisiones de Regulación; el producto de las multas que imponga la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; los rendimientos que genere el Fondo Empresarial y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio, los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y; los que reciba por operaciones de tesorería y los demás que obtenga a cualquier título.

- **Constitución del Patrimonio Autónomo - Fondo Empresarial (FE)**

De acuerdo con el artículo 132 de la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Empresarial, con el objeto de garantizar la viabilidad y la continuidad en la prestación del servicio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá constituir un fondo empresarial, como patrimonio autónomo administrado por la FEN, o por la entidad que haga sus veces, o por una entidad fiduciaria. Según la ley, este fondo podrá apoyar, de conformidad con sus disponibilidades, a las empresas que contribuyen al Fondo en los procesos de liquidación ordenados por la SSPD, mediante la financiación de los pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y, en general, de aquellos a los cuales se les terminen los contratos de trabajo. El Fondo también podrá financiar las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo económico, técnico y logístico a la Superintendencia para analizar y desarrollar los procesos de toma de posesión con fines de liquidación³.

Posteriormente, y dado que la Ley 812 que creó el Fondo Empresarial hacía relación al Plan de Desarrollo 2002 – 2006, se expidieron las leyes 1151 (Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010), 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014), 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018) y 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022), ésta última vigente, se dispuso que el Fondo Empresarial de la SSPD continuaría funcionando, e hicieron algunas adiciones y modificaciones, lo cual constituyen hoy su naturaleza jurídica. En efecto, la Ley 1753 de 2015 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 227. Modifíquese el artículo 247 de la Ley 1450 del 2011, el cual quedará así:

ARTÍCULO 247. Fortalecimiento del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios seguirá funcionando el Fondo Empresarial creado por la Ley 812 del 2003, a través de un patrimonio autónomo cuyo ordenador del gasto será el superintendente de servicios públicos domiciliarios. Este Fondo podrá financiar a las empresas en toma de

³ A este fondo ingresarán los recursos excedentes de que trata el numeral 85.3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tal como queda modificado mediante el párrafo de la presente disposición; el ordenador de los gastos será el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Cuando el Fondo proporcione recursos a una empresa, en exceso de las contribuciones hechas por ella, el Fondo se convertirá en acreedor de la empresa. En ningún caso se convertirá en accionista de la misma.

PARÁGRAFO. El numeral 85.3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 quedará así: "Si en algún momento las Comisiones de Regulación o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tuvieren excedentes, deberán transferirlos al Fondo Empresarial de que trata el presente artículo."

posesión para: i) Pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general para el pago de las obligaciones laborales y, ii) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión. Igualmente podrá contratar y/o apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas en áreas financieras, técnicas, legales y logísticas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la empresa objeto de toma de posesión, así como los estudios necesarios para determinar la procedencia de la medida de toma de posesión y las medidas preventivas de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994. Así mismo, de forma excepcional y por una sola vez, el Fondo podrá apoyar con recursos a la empresa en toma de posesión para asegurar la viabilidad del esquema de solución a largo plazo en los servicios de agua potable y saneamiento básico, acorde con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional. Lo dispuesto en el presente inciso también será aplicable a las empresas que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en toma de posesión. A este Fondo ingresarán los recursos de los excedentes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), y el producto de las multas que imponga esta superintendencia”. (Subrayado fuera de texto)

También formarán parte de los recursos fideicomitidos, de conformidad con el artículo 2.2.9.4.3. del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector planeación nacional, Los rendimientos que genere el Fondo Empresarial y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio; los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y los que reciba por operaciones de tesorería; así como los demás que obtenga a cualquier título.

Ahora, de conformidad con el contrato de fiducia mercantil No. 831 de 2017 celebrado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, con el fin de continuar la existencia del Fondo Empresarial, se dice en las consideraciones del mismo, lo siguiente:

“(...)15. Que mediante Resolución No. 20175270100865 del 27 de junio de 2017, se dio inicio al presente proceso licitatorio 01 de 2017.16. Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelantó el proceso de Licitación Pública No. 01 de 2017, que de conformidad con el acta de cierre de fecha 28 de julio de 2017, presentaron propuestas las siguientes empresas: BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, CONSORCIO EMPRESARIAL CAP.17. Que mediante Resolución No. 20175270154015 del 11 de septiembre de 2017, se adjudicó el contrato dentro del proceso de licitación público No. 01 de 2017 a BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA. (...)”

De lo anterior se desprende que la SSPD adelantó un proceso de contratación pública para celebrar el contrato de fiducia mercantil, ante el cual se presentaron dos ofertas de empresas fiduciarias privadas, entre ellas BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, la seleccionada, entidad financiera que presta servicios de negocios fiduciarios. Valga precisar que éste contrato de fiducia mercantil para constituir el Fondo Empresarial, suscrito por la SSPD y la fiduciaria, es muy diferente a los contratos que se celebren por el fiduciario, por instrucción del ordenador del gasto, para poder desarrollar las actividades del FE.

Más adelante, en los numerales 2 y 3 del contrato de fiducia mercantil No. 831 de 2017 que hacen relación a la naturaleza y al objeto del contrato se dice:

“2. NATURALEZA DEL CONTRATO.

El presente contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Pagos y con fines de garantía es un contrato de derecho privado que se rige por las normas del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico Sistema Financiero por lo tanto los bienes fideicomitidos constituyen un Patrimonio Autónomo independiente y separado de los patrimonios autónomos de las partes de este contrato, el cual está exclusivamente destinado a los fines del presente contrato de fiducia. En consecuencia, los bienes de propiedad del Patrimonio Autónomo garantizan exclusivamente las obligaciones contraídas por éste para dar cumplimiento a la finalidad perseguida, de acuerdo con los términos del presente contrato. Este contrato de fiducia mercantil es de carácter irrevocable de manera que el FIDEICOMITENTE no podrá modificar el destino que la Ley le da a los recursos fideicomitidos.

3. OBJETO DEL CONTRATO.

La constitución de un patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial por disposición del artículo 227 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 y demás normas que lo adicionen, modifiquen para el cumplimiento de su finalidad y conforme los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio a través de una fiducia de administración y pagos.”(Subrayados fuera de texto)

En el numeral 9° del referido contrato que trata de las obligaciones generales de la fiduciaria, en relación con la gestión contractual, se dice que la fiduciaria debe adelantar las siguientes actividades:

“a. Suscribir como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial, los actos y contratos necesarios para cumplir la finalidad del P.A. Fondo Empresarial, conforme a las instrucciones que imparta el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios como Ordenador del Gasto, previa revisión de los documentos que se le remitan para el efecto.

d. Llevar la vocería para la protección y defensa del patrimonio autónomo frente a terceros, incluido el fideicomitente y los contratistas, y contratar con los recursos del patrimonio autónomo los apoderados necesarios para ello.

e. Salir al saneamiento frente a eventuales contingencias judiciales o extrajudiciales, ejerciendo las acciones legales o proponiendo las excepciones legales, inherentes a su calidad de propietario fiduciario, respecto de los bienes del Patrimonio Autónomo. Estas actividades se realizarán con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo en cuanto correspondan a la defensa del mismo y no sean por causas imputables a la gestión de la Fiduciaria.

f. Contratar con los recursos del Patrimonio Autónomo a los apoderados necesarios para la defensa del Fideicomiso.

k. Rendir cuentas comprobadas de su gestión cada seis (6) meses, dentro de los plazos y términos establecidos dentro de la circular jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia. La anterior rendición de cuentas se entenderá aprobada (...)

l. Llevar registro y control detallado de todos los contratos que suscriba como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo.

g. Realizar todas las gestiones de cobro de los recursos que se deban transferir al Patrimonio Autónomo.” (Subrayados fuera de texto)

En relación con la gestión de pagos el fiduciario debe adelantar las siguientes actividades:

a. Efectuar en general todos los pagos requeridos para el cumplimiento de la finalidad del Patrimonio Autónomo.

*d. Administrar la cartera ejerciendo la acción de cobro, si a ello hubiere lugar.
(Subrayados fuera de texto)*

Además, podrá contratar y/o apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas en áreas financieras, técnicas, legales y logísticas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la empresa objeto de tomas de posesión, así como los estudios necesarios para determinar la procedencia de la medida de toma de posesión y las medidas preventivas de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994.

- **Naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos.**

En nuestro ordenamiento jurídico la figura del patrimonio autónomo se encuentra consagrada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, que trata de la fiducia mercantil, y se define de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. *La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

ARTÍCULO 1227. OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LOS BIENES ENTREGADOS EN FIDEICOMISO. *Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”*

“ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. *Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.*”

ARTÍCULO 1234. OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO. *Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
(...)
- 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
(...)
- 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”

“ARTÍCULO 1241. JUEZ COMPETENTE PARA CONOCIMIENTO DE LITIGIOS FIDUCIARIOS. *Será juez competente para conocer de los litigios relativos al negocio fiduciario, el del domicilio del fiduciario.”* (Subrayado fuera de texto)

Entonces, como puede observarse, un patrimonio autónomo es un conjunto de bienes transferidos a una entidad fiduciaria para que los administre sin confundirse con sus propios bienes ni con los de otros patrimonios autónomos, y deben estar separados

(con contabilidad separada e independiente) de los bienes que conforman los activos de la fiduciaria, los cuales también se excluyen de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del fideicomitente, y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia.

Así, el fiduciario lleva la personería del patrimonio autónomo en todas las gestiones y actividades que deba realizar, incluyendo las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman, contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

El artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF (Decreto 663 de 1993) y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, que recopiló el artículo 1 del Decreto 1049 de 2006, disponen lo siguiente:

Decreto 663 de 1993 – EOSF:

“ARTICULO 146. NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS.

(...).

2. Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil. *Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.*

(...)

7. Separación patrimonial de los fondos recibidos en fideicomiso. *Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la entidad.*

(...)”

Decreto 2555 de 2010:

“Artículo 2.5.2.1.1 (Artículo 1 Decreto 1049 de 2006). Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.” (Subrayado fuera de texto)

La existencia del patrimonio autónomo es una de las características esenciales del contrato de fiducia mercantil de que trata el estatuto comercial que, en conjunto con la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados, lo diferencian de los encargos fiduciarios o las fiducias públicas a los que hace relación la ley de contratación de la administración pública (ley 80 de 1993).⁴

Ahora bien, en el caso particular, en que la misma ley de creación del Fondo

⁴ El Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias), creó un nuevo tipo de contrato autónomo e independiente denominado Fiducia Pública, diferente a la fiducia mercantil y el encargo fiduciario. La fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituye patrimonio autónomo propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos, y todas las que le han extendido su existencia, han constituido el patrimonio autónomo mediante contrato de fiducia mercantil, al que han denominado Fondo Empresarial, y le han señalado los recursos con que se conforma y la finalidad que debe cumplir, es claro y expreso el mandato del legislador de no constituir una fiducia pública, un encargo fiduciario, un fondo cuenta y, ni siquiera, un fondo entidad o fondo con personería jurídica que deba asemejarse a una entidad pública, ente público, ni de trasladar funciones administrativas al fiduciario.

En efecto, si bien la fiducia es un contrato flexible, en el cual las cláusulas se pueden adaptar según la conveniencia y necesidades del fideicomitente, las fiduciarias en Colombia son constituidas como sociedad anónima, con permiso de funcionamiento otorgado por el Estado, las cuales sólo están autorizadas para desarrollar las actividades expresamente definidas por la Ley. Así, las sociedades fiduciarias prestan los servicios financieros propios de su naturaleza y están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De acuerdo con las previsiones normativas transcritas, el Fondo Empresarial, representado por su vocero y administrador BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, en desarrollo de sus actividades (legales y contractuales) colabora en la consolidación de los esquemas de solución para la terminación de los procesos de toma de posesión y liquidación, dado que, a pesar de la finalidad perseguida con el Fondo Empresarial de acuerdo a las leyes 812 de 2003, 1151 de 2007, 1450 de 2011, 1752 de 2015 y 1955 de 2019, en cuanto a la facultad constitucional de la SSPD de asegurar la continua prestación de los servicios públicos domiciliarios, dicha finalidad es la misma al ejecutar su facultad de intervención y vigilancia, incluyendo sus facultades de toma de posesión y liquidación, puesto que hace relación al fortalecimiento del ejercicio de las funciones de la SSPD. Pero la fiducia no adopta políticas ni toma decisiones, simplemente cumple una labor administrativa de gestión financiera, de conformidad con las normas que lo rigen, el contrato 831 de 2017 y el Manual de Procedimientos.

3.2 EXCEPCIONES DE MÉRITO:

3.2.1 LEGALIDAD DE LOS ACTOS OBJETO DE DEMANDA A PARTIR DE LA APLICACIÓN INTEGRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

- **Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

En cuanto a la autoridad que expide los actos administrativos tenemos que el artículo 367 de la Carta Política dispone que *“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”*.

Así mismo, dicha norma dispuso que los servicios públicos se sometían al régimen jurídico que fije la ley. En desarrollo de esta disposición constitucional, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, que atribuyó las funciones de control, inspección y

vigilancia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En este escenario, la Ley 142 de 1994 desarrolla la facultad de intervención del Estado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 367, 368 369 y 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. *Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.* “ (...)”

“2.4. *Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*

2.5. *Prestación eficiente.*” (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce la función presidencial de inspección, control y vigilancia sobre las entidades que presten servicios públicos domiciliarios. Veamos:

“ARTÍCULO 75. FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. *El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.”*

La función de inspección consiste en la atribución de esta Superintendencia para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica, administrativa de cualquier entidad prestadora de Servicios Públicos.

La vigilancia consiste en la atribución de la Entidad para velar por que las entidades sometidas a su vigilancia se ajusten y cumplan con lo establecido en la Ley y en las resoluciones que para el efecto expida la Comisión de Regulación respectiva.

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

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. *Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:*

1. *Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad(...)*”

En virtud de dicha facultad, la Superintendencia de Servicios Públicos puede imponer las sanciones previstas en los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, previa investigación por denuncia u oficiosamente. En síntesis, frente a los hechos relatados en la acción, la Superintendencia tiene la función de: i) Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.” (Artículo 79 numeral 25); ii) Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley (numeral 29 del artículo 79) y, iii) Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que se encuentren sujetas (Artículo 81).

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA.

Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

(...)

25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

(...)

29. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.

(...)

PARÁGRAFO 2o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *Son funciones del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios las siguientes:*

7. Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994.

(...)

ARTÍCULO 81. SANCIONES. *La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:*

81.1. Amonestación.

81.2 Multas desde 1 hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003(...)”

Estas funciones le permiten a la Superintendencia ejercer el control efectivo sobre las decisiones que han proferido las empresas prestadoras de servicios públicos en primera instancia, y de sancionar a los prestadores cuando no han atendido las quejas de los usuarios dentro de los términos debidos o cuando han violado el régimen al cual se encuentran sujetos.

Ahora bien, anotamos que es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad pública, quien ha expedido tales actos administrativos lo cual hizo bajo la competencia prevista en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, conforme al cual: *“las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, teniendo aquella, entre varias funciones según el numeral 1, la siguiente “Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad”*

En tal sentido, los actos administrativos acusados gozan de la presunción de legalidad, por lo cual son de obligatorio cumplimiento mientras no haya sido anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ello, para desvirtuar la presunción de legalidad es necesario el pronunciamiento judicial correspondiente, ya que el acto administrativo al ser expedido por la administración competente lleva consigo esa presunción de legalidad que hace que surta los efectos jurídicos subsiguientes.

Las resoluciones expedidas por la Superintendencia reúnen los elementos esenciales de existencia y validez decantados por la doctrina y la jurisprudencia, por contener una verdadera decisión, entendida como la manifestación de la voluntad de la administración expresada a través del funcionario competente. En tal sentido, el acto administrativo cumple con todos los requisitos de orden legal para su aplicación respecto de la multa impuesta.

Por tanto, debido a la función de control y vigilancia, la Dirección Territorial Norte abrió pliego de cargos contra ELECTRICARIBE E.S.P. respecto de las infracciones relacionadas con la aplicación del Silencio Administrativo Positivo – SAP- en los términos que señala el artículo 158 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, la Superintendencia cuenta con facultades para expedir la resolución sancionatoria y la resolución que confirma la imposición de la multa al resolver el recurso de reposición, las cuales no se encuentran viciadas respecto de su presunción de legalidad por encontrarse dentro de sus funciones y haber sido expedido con el lleno de los requisitos de un acto administrativo.

Como se ha visto, la tesis sobre la cual el accionante funda su demanda es equivocada, por cuanto no existe daño antijurídico, y segundo, que en manera alguna hubo omisión de las obligaciones a su cargo por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta es otra razón por la cual las pretensiones de la demanda deberán ser denegadas.

Este punto es importante señalar que cuando los superintendentes delegados o cualquier dependencia de la SSPD profiere una decisión administrativa en ejercicio de una función delegada por el Superintendente, debe darse aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y conceder únicamente el recurso de reposición por ser éste el único procedente. Igualmente, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 es completamente claro en señalar que, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas solo cabe el recurso de reposición.

- **Procedencia de la multa por violación de las normas y aplicación del SAP**

Como ya se expuso, la SSPD tiene como función controlar, vigilar e inspeccionar a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y en desarrollo de la misma imponer sanciones a los prestadores que violen normas, así como amonestar e imponer multas, en aras de garantizar la prestación adecuada de los servicios públicos. La facultad de sancionar fue delegada mediante el artículo 2 de la Resolución 21 de 2005 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en los Superintendentes Delegados dentro de su ámbito sectorial y las Direcciones Territoriales, competencia que deriva de las funciones presidenciales que le otorgó la

Constitución y la ley.

Así las cosas, y con base en la normatividad actual, es incuestionable la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para adelantar investigaciones e imponer las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 a los operadores que violen las normas a las que deben estar sujetos, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la falta, lo cual aplica de manera rigurosa en materia de protección al usuario.

En efecto, el artículo 152 de la ley 142 de 1994 indica que es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa prestadora de servicios peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. Igualmente, en términos amplios, también puede presentar peticiones en cualquier otro asunto que sea de su interés.

Así, en desarrollo del derecho de petición, dado el carácter de parte débil en la relación contractual, todo usuario de servicio público tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las empresas prestadoras de los mismos por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

El artículo 153 de la ley 142 establece que es obligación de los prestadores constituir oficinas de Peticiones, Quejas y Recursos - PQR, las cuales tiene la *“obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa”*. Igualmente, señala que las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición.

Pues bien, el artículo 1 de la ley 1755 de 2015, ley estatutaria que regula de manera especial el derecho fundamental de petición, subrogó el artículo 33 del CPACA que expresamente señala:

“ARTÍCULO 33. DERECHO DE PETICIÓN DE LOS USUARIOS ANTE INSTITUCIONES PRIVADAS. *Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.”* (Subrayado fuera de texto)

Además, es de conocimiento público que ELECTRICARIBE se encuentra intervenida, y el efecto de las medidas de intervención de la SSPD implica asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos y, con ello, la protección de los derechos de los usuarios. La Corte Constitucional, en sentencia C-895/12 manifestó: *“La figura de la toma de posesión con fines de liquidación tiene como fundamento proteger el interés general, preservar el orden público, el orden económico y evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios afectados por problemas en la gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Más que la protección de los intereses de los acreedores, esta medida está orientada a garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida”*.

Es claro, entonces, que los usuarios de las empresas prestadoras de servicios

públicos, aún de aquellas en proceso de intervención por parte de la SSPD, tienen como derecho fundamental elevar peticiones respetuosas a las autoridades y a los particulares que presten servicios públicos, de conformidad con la norma, y cuando la ESP hace caso omiso a resolver tal solicitud en el plazo previsto, opera de forma automática, por expresa disposición del artículo 158 de la ley 142 de 1994, la figura del silencio administrativo positivo.

Es decir, cuando una ESP no da respuesta a una petición elevada por un usuario o suscriptor dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la petición, el simple hecho de no dar respuesta provoca, ipso facto, que la petición realizada por el ciudadano sea favorable a sus intereses, mediante la figura del acto administrativo ficto o presunto, producto de la desidia de la entidad de no dar respuesta, salvo que se demuestre que hubo culpa del peticionario o se requirió un plazo adicional para recaudar pruebas conducentes para la respuesta.

Este plazo de 15 días hábiles fue fijado mediante la referida ley estatutaria. En este punto, valga aclarar que, de conformidad con el parágrafo del artículo 14 del CPACA, en la forma en que fue subrogado por la ley estatutaria 1755 de 2015, *“cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”*

Lo anterior significa que el prestador debe responder las peticiones y recursos dentro del término señalado, salvo que requiera mayor tiempo, y no hacerlo, produce que automáticamente opere el silencio positivo a partir de la finalización del plazo de 15 días. Responder no significa proyectar respuesta sino darla a conocer al peticionario lo cual implica hacerlo en los términos y los canales previstos en la ley.

Así las cosas, el Consejo de Estado⁵ ha señalado que para que se configure el silencio positivo se debe cumplir con tres requisitos;

“i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición, recurso etc; ii) que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo; y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal”.

Conforme al último requisito, el plazo que señala la jurisprudencia ha señalado que no solo debe emitirse una decisión, sino que debe notificarse en debida forma. Ahora bien, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 subrogado por el artículo 123 del Decreto-Ley 2150 de 1995, establece que las entidades o personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos, están en la obligación de responder las peticiones, quejas y recursos que presenten los usuarios dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación.

Igualmente, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, subrogado por el artículo 123 del Decreto No. 2150 de 1995, las entidades prestadoras de servicios públicos que no den respuestas a los derechos de petición dentro del término estipulado, deberán dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento de los 15 días, reconocer al peticionario los efectos del silencio administrativo positivo.

⁵ Sentencia de 13 de septiembre de 2017, Exp. 21514, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Consejo de Estado

Además, la normativa dispone que cuando la entidad se abstenga de reconocer los efectos favorables del Silencio Administrativo Positivo, el interesado podrá solicitar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la imposición de las sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo.

Así las cosas, ha dicho la sentencia No. 068/2022 del Tribunal Administrativo de Bolívar bajo el proceso de radicado No. 13001333300820180026601 con ponencia del Magistrado ponente Moisés Rodríguez Pérez, en relación al criterio de razonabilidad en la configuración del silencio administrativo de servicios públicos domiciliarios, que:

“El legislador ha establecido con claridad el término de quince (15) días como plazo para que las entidades prestadoras del servicio público respondan los derechos de petición, so pena de configurarse el Silencio Administrativo Positivo a favor del peticionario. Lo que sin duda alguna constituye una garantía para el administrado, la cual fue fortalecida en el sentido de imponer a la empresa prestadora la obligación de reconocer el acto ficto “dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del término de los quince (15) días hábiles”, sin que la norma especial prevea para tal efecto un trámite adicional, obligación que de no cumplirse habilita al peticionario para que acuda a la Superintendencia, a fin de que impongan las sanciones correspondientes, “sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto”.

Tratándose del silencio administrativo positivo, la jurisprudencia hace énfasis en la razonabilidad de la exigencia de dictar y notificar la respuesta oportunamente, por cuanto la aplicación de la tesis desarrollada en las providencias que anteceden frente a términos de resolución muy cortos, podría implicar por ejemplo, que los plazos legalmente previstos para notificar una decisión sean superiores a los establecidos para resolver las solicitudes, lo que en la práctica conllevaría a que la administración el mismo día en que se radica la solicitud tendría que proferir la respuesta, para alcanzar a notificar la misma antes del vencimiento del plazo previsto y así evitar la configuración del silencio administrativo positivo.”

En el mismo sentido, ha dicho la sentencia previamente citada que el artículo 69 del C.P.A.C.A reza:

“si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco días del envío de la citación, ésta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente”.

Si bien la redacción de la norma puede dar lugar a confusión de sí el término de los cinco días con que cuenta el interesado para comparecer a notificarse personalmente, so pena de surtirse la notificación por aviso, debe contabilizarse desde el mismo día o del día siguiente al envío de la citación que refiere el artículo 68 ídem; la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶, dilucidó este asunto, en la que concluyó que el término debe contabilizarse a partir del mismo día en que se envía la citación, concepto del cual se cita aparte:

“La norma señalaba expresamente “al cabo de” expresión que de acuerdo con el diccionario de la real academia de la lengua española significa: “Después de”. Entonces debe entenderse que transcurridos cinco (5) días del envío de la citación para que el interesado concurra para llevar a cabo la notificación personal sin que se haya

⁶ Concepto del 4 de abril de 2017, C.P. Álvaro Namén Vargas, Radicación número: 11001-03- 06-000-2016-00210- 00(2316)

presentado, esto es llegado el día sexto contado a partir del primer día del envío de la citación, correspondía a la administración fijar el edicto en los términos señalados en la norma con el fin de notificar la decisión mediante este mecanismo subsidiario y excepcional.

(...)

Conforme lo señaló de manera expresa el Consejo de Estado, transcurridos los cinco (5) días del envío de la citación por correo certificado sin que el interesado se presentara para llevar a cabo la notificación personal, debía la administración al día siguiente eso es, en el día seis, fijar un edicto en los términos establecidos por la norma para de esta forma llevar a cabo la notificación por edicto, ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal. Es así como dicha Corporación manifestó sin ninguna duda, en la providencia en cita, que el término para llevar a cabo la fijación del edicto inicia al día siguiente de que se hayan vencido los cinco (5) días del envío de la citación.

(..)

Como se lee, la disposición hoy vigente mantiene la expresión “al cabo de los cinco (5) días”. Se tiene entonces que de acuerdo con el significado de la expresión “al cabo”, que se comentó atrás, se mantiene la misma línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado en las sentencias citadas, es decir que transcurridos los cinco (5) días contados desde el envío de la citación sin que el interesado haya comparecido para notificarse en forma personal, corresponde a la administración en el día sexto remitir el aviso o publicarlo en los términos indicados por la norma con el fin de efectuar la notificación por este medio.

(...)

“Conforme al tenor literal del artículo 69 del CPACA, el cual conserva la expresión “al cabo de los cinco (5) días” y de acuerdo con el significado de la expresión “al cabo”, cuyo análisis fue objeto de la parte considerativa de este concepto, se mantiene la misma línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado en las sentencias citadas en el presente concepto, es decir que transcurridos los cinco (5) días contados desde el envío de la citación sin que el interesado haya comparecido para notificarse en forma personal, **corresponde a la administración en el día sexto remitir el aviso o publicarlo en los términos indicados por la norma con el fin de efectuar la notificación por este medio.” (Subrayas y Negrillas fueras del texto).**

Es decir, que atendiendo lo que se encuentra probada en la sentencia, la falta o indebida notificación del acto que resuelve una petición o recurso, puede dar lugar al surgimiento del silencio administrativo positivo, toda vez que si se cumple lo preceptuado en el artículo 68 y 69 del CPACA, se debe aplicar lo consagrado en el artículo 72 que señala “*sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.*”

Así las cosas, debe concluirse que se encuentra sustentada la sanción impuesta por la entidad sancionadora al haberse configurado un silencio administrativo positivo.

Es decir, que al no realizarse la notificación, en estricto cumplimiento al artículo 68 y 69 de la ley 1437 del 2011, la consecuencia del artículo 72 del CPACA es tener por no realizada la notificación, dicho incumplimiento, genera la posibilidad que ante la superintendencia se solicite la respectiva queja que conlleve a la imposición de una sanción, que también configura un SAP al existir deficiencia en la notificación del acto

que resuelve la petición.

- **Las sanciones a ELECTRICARIBE E.S.P**

Es importante mencionar que ELECTRICARIBE E.S.P. ha sido sancionada con multa por la SSPD en varias oportunidades, distintas a los casos que aquí nos ocupa, por indebida notificación de las respuestas a PQRs de usuarios, y por aplicación de la ley 142 de 1994 se ha tenido que reconocer el silencio administrativo positivo a los peticionarios. Por esa misma razón, alegando la misma acción y los mismos supuestos fácticos y jurídicos, ha presentado demanda en diversos juzgados administrativos de toda la región Caribe de Colombia. En 12 procesos exactamente iguales, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena⁷, en sentencia de primera instancia del 30 de enero de 2020, dispuso lo siguiente:

*“Considera el Despacho que **no le asiste razón a la entidad demandante cuando señala que debe declararse la nulidad de los actos acusados** ya que en ellos no le dio la posibilidad de presentar el recurso de apelación en contra de los mismos, si se tiene en cuenta que el **artículo 113 de la Ley 142 de 1994**, es completamente claro en señalar que “contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas solo cabe el recurso de reposición” (Subrayados fuera de texto)*

Reitera el A quo⁸ un pronunciamiento jurisprudencial del H. Consejo de Estado⁹, a saber:

*“A su vez, sobre el régimen de los actos proferidos por el delegatario, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, dispone que: “Art. 12.- Régimen de los actos del delegatario. **Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.** La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (...) Significa lo anterior, que contra los actos del delegatario, procede únicamente el recurso de reposición, pues, como lo indicó el inciso primero del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, contra los actos del Superintendente de Servicios Públicos sólo cabe el recurso de reposición.” (Subrayado fuera de texto)*

En tal sentido, apelando al principio de igualdad en el acceso a la administración de justicia y resolución de fondo de los conflictos que las partes someten a su análisis, no le asiste razón al demandante para procurar la nulidad de las resoluciones

⁷ Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, J. Enrique Antonio del Vecchio Domínguez. Sentencias 30 de enero de 2020, expedientes: 13001333300820190001000 (S. No. 0015); 13001333300820190001500 (S. No. 0016); 13001333300820180013100 (S. No. 0006); 13001333300820180018600 (S. No. 0007); 13001333300820180020200 (S. No. 0202); 13001333300820180020600 (S. No.0009); 13001333300820180022200 (S. No.0010); 13001333300820180022600 (S. No.0226); 13001333300820180026600 (S. No.0012); 13001333300820180028300 (S. No.0014); 13001333300820170027500 (S. No.0005); 13001333300820180027900 (S. No.0013);

⁸ *Ibidem*. Op. Cit.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. 10 de julio de 2014, donde fungió como demandante Ingeniería Ambiental S.A. E.S.P. y como demandada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

demandas y mucho menos evitar el pago de las multas, en tanto la SSPD procedió consecuente con el ordenamiento jurídico, el cual desconoce constantemente la empresa, y por esa razón no deben prosperar sus pretensiones.

3.2.2. EXCEPCIÓN SOBRE LEGALIDAD DEL PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA

En primer lugar, se reitera que los actos administrativos atacados fueron expedidos en cumplimiento de las normas constitucionales y legales pertinentes sin violación alguna del debido proceso y el derecho de defensa, que dice el actor les fueron desconocidos.

En tal sentido, vale la pena mencionar que el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas e incluye como elemento básico del mismo la observancia “*de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de los prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

El inciso tercero del artículo 211 de la Constitución Política, señala que corresponde a la ley determinar los recursos que proceden contra los actos de los delegatarios; este precepto constitucional se encuentra actualmente reglado en la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones.

Es así como el inciso primero del artículo 12 la citada ley dispone que “los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.”

De tal manera que el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, norma relativa a los recursos que proceden contra decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas y que hace parte del capítulo correspondiente a los Procedimientos Administrativos para Actos Unilaterales, ha sido subrogada por la disposición transcrita.

En efecto, si bien es cierto la Ley 142 de 1994 consagra un régimen propio en materia de servicios públicos domiciliarios, no puede pretenderse su aplicación preferente en cuanto corresponde al trámite de los recursos procedentes contra los actos administrativos unilaterales, toda vez que la especialidad de la Ley 142 de 1994 se predica respecto de asuntos relacionados directamente con los servicios públicos domiciliarios y no en relación con aspectos distintos, como es el del tema de los aspectos procesales.

En efecto, en aras de garantizar la seguridad jurídica en los servicios públicos domiciliarios, el artículo 186 de la ley 142 de 1994 se endereza a asegurar la existencia de un régimen jurídico único aplicable a los servicios públicos domiciliarios, el cual se preservará como sistema unificado y coherente, el cual dispone que esa ley regula de manera integral la materia y que en caso de conflicto con otras leyes que regulen la materia es de aplicación preferente, por lo que no opera la derogatoria tácita, sino que obliga –por las razones ya citadas- al legislador a hacer derogaciones de manera expresa. En ese sentido, cuando el artículo 186 se refiere a normas posteriores que tengan la vocación de derogar o modificar disposiciones de la ley 142 de 1994 ha de entenderse que son normas especiales sobre servicios públicos cuya expedición haya tenido como fundamento los artículos 365 a 370 de la Constitución Política.

En el caso específico de la Ley 142 de 1994 y la Ley 489 de 1998, el Despacho señaló que:

“Tratándose de normas diferentes a servicios públicos como es el caso de la ley 489 de 1998 sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, cuyo fundamento es el artículo 150, numeral 7º de la Constitución Política, no se podría deducir prevalencia de la ley 142 en razón a que el tema de la delegación de funciones administrativas no es un asunto propio del régimen de servicios públicos. En suma, la regla del artículo 186 de la ley 142 de 1994 quiere evitar que por vía de interpretación se presenten derogatorias tácitas, bien sea por normas expedidas al amparo de las disposiciones del capítulo 5, Título XII de la C. P., o a través de leyes que aún correspondiendo a estatutos diferentes al de servicios públicos contengan normas que modifiquen o deroguen aspectos propios de dicha materia.”

En el presente caso, el recurso de reposición interpuesto, que era el único procedente y así se le hizo saber a la empresa en la resolución que impuso la sanción, ya había sido decidido, por lo que, perfectamente, podía declararse la firmeza de las resoluciones sobre las cuales se pretende la declaración de nulidad.

Así las cosas, cuando los superintendentes delegados o cualquier dependencia de la Superintendencia de Servicios Públicos profiera una decisión administrativa en ejercicio de una función delegada por el Superintendente, debe darse aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 489 de 1998.

3.2.3 EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.

De conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, si el señor Juez encontrare probado (un) hecho(s) que constituya(n) una excepción de fondo, en favor de mi mandante, de manera respetuosa, solicito que la reconozca y la declare oficiosamente en la sentencia.

IV. PETICIONES DEL FIDEICOMISO FONDO EMPRESARIAL:

Solicito muy respetuosamente a ese Despacho, al momento de proferir su fallo, lo siguiente:

- En cuanto a las pretensiones de la demanda, solicito que se nieguen por improcedentes todas y cada una de las pretensiones y, en su lugar, se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.
- En cuanto a los planteamientos del presente escrito de contestación, solicito se acepten y se declaren probadas las excepciones propuestas.
- En cuanto al poder para actuar en este proceso, solicito al despacho se sirva reconocerme personería jurídica como apoderado judicial de la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. en su condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO: FONDO EMPRESARIAL, el cual anexo.

V. PRUEBAS:

Documentales:

- En primer lugar, solicito al despacho se sirva decretar como pruebas documentales, a favor de la entidad que represento, todas aquellas que fueron aportadas y solicitadas por la empresa demandante, así como las aportadas y solicitadas por la demandada Superintendencia de Servicios Públicos – SSPD-
- En segundo lugar, a efectos de demostrar la naturaleza jurídica del Patrimonio Autónomo – Fondo Empresarial, sus obligaciones y competencias, tener como prueba el Contrato 831 de 2017 suscrito ente la SSPD y la sociedad fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., el cual anexo en copia simple.
- Finalmente, solicito tener como pruebas las normas y sentencias aludidas.

Manifiesto que me encuentro en disposición de atender los requerimientos que sobre el particular tuviere a bien realizar su señoría, y me reservo el derecho a solicitar aquellas otras pruebas necesarias durante el desarrollo del proceso.

VI. ANEXOS:

1. Poder especial conferido por el Representante Legal de Fiduciaria BBVA Asset Management S.A.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de Fiduciaria BBVA Asset Management expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

VII. NOTIFICACIONES:

Datos para comunicaciones y notificaciones del suscrito: Dirección: Carrera 7a No.

HENRY LIZARAZO OCAMPO – *Abogado*

74-56 Of. 408 Bogotá D.C. tel: 3131720 cel: 3153153300, y al correo electrónico:
henrylizarazoocampo@hotmail.com

Datos para comunicaciones y notificaciones FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. EN SU CONDICIÓN DE VOCERO Y ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO: FONDO EMPRESARIAL Dirección: Carrera 9 No. 72-21, piso 3 Bogotá D.C., y al correo electrónico fempresarial@outlook.com

De la Honorable Jueza, con toda atención.



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