



20191320192041

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20191320192041

Fecha: 02/04/2019
Página 1 de 30

Señores¹
JUZGADO 5 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E.S.D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.
RADICADO: 13001333300520180023100

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

JOSE DAVID MORALES VILLA, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.154.240 de Cartagena y portador de la T.P. No. 89.918 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme con el poder adjunto, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de la siguiente manera:

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

1. ES CIERTO

2. NO ES CIERTO, la respuesta de 30 de enero de 2017 no surtió efectos por irregularidad en la notificación, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017.

3. ES CIERTO

4. NO ES CIERTO, el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017

5. ES CIERTO

6. ES CIERTO.

7. ES CIERTO.

8. NO ES CIERTO, de la lectura del art. 69 del CPACA es claro que el aviso debe remitirse al cabo de los cinco días del envío de la citación, es decir el día sexto. el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha 04 de Abril de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, ha manifestado que el aviso debe ser remitido el día sexto, en los siguientes términos: "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...", se reitera que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017 el 2 de diciembre de 2014.

¹ Radicado Demanda No. 20198200233832
Expediente Virtual No. 2019132610300194E

9. NO ES UN HECHO, el apoderado del demandante se limita a transcribir una norma.
10. NO ES CIERTO, el aviso debe remitirse al cabo de los 5 días del envío de la citación, es decir al sexto día.
11. NO ES UN HECHO, el apoderado del demandante se limita a transcribir una jurisprudencia
12. NO ES CIERTO, el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017
13. NO ES CIERTO, de la lectura del art. 69 del CPACA es claro que el aviso debe remitirse al cabo de los cinco días del envío de la citación, es decir el día sexto. el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha 04 de Abril de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, ha manifestado que el aviso debe ser remitido el día sexto, en los siguientes términos: *"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..."*, se reitera que el procedimiento de remisión del aviso vulnera lo dispuesto en el art. 69 del CPACA por no haberse remitido al cabo de los cinco días del envío de la citación, el citatorio es enviado el 25 de noviembre de 2014, al cabo de los cuales, es decir el 3 de diciembre de 2014 debió remitirse el aviso y se remite el 2 de diciembre de 2014.
13. NO ES UN HECHO, el apoderado del demandante se limita a transcribir una norma.
14. NO ES CIERTO, la respuesta de 30 de enero de 2017 no surtió efectos por irregularidad en la notificación, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017.
15. NO ES CIERTO, se impuso sanción por vulneración del art. 158 de la ley 142 de 1994 en concordancia con el art. 159 de la misma normativa. De conformidad con el art. 72 del CPACA la irregularidad en la notificación produce la ineficacia del acto, en este caso la respuesta de 30 de enero de 2017 no surtió efectos por irregularidad en la notificación, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017
16. NO ES CIERTO, El art. 158 de la ley 142 de 1994 se debe interpretar en concordancia con el art. 159 de la ley 142 de 1994 que remite al CPACA para el procedimiento de notificación de los actos administrativos, según el art. 72 del CPACA establece que la irregularidad en la notificación deja sin efectos el acto, es decir se tiene por no emitido, tanto vale no emitir un acto que emitirlo y no notificarlo o irregularmente.
17. NO ES CIERTO, se impuso sanción por vulneración del art. 158 de la ley 142 de 1994 en concordancia con el art. 159 de la misma normativa. De conformidad con el art. 72 del CPACA la irregularidad en la notificación produce la ineficacia del acto, en este caso la respuesta de 30 de enero de 2017 no surtió efectos por irregularidad en la notificación, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017
18. NO ES CIERTO, El art. 158 de la ley 142 de 1994 se debe interpretar en concordancia con el art. 159 de la ley 142 de 1994 que remite al CPACA para el procedimiento de notificación de los actos administrativos, según el art. 72 del CPACA establece que la irregularidad en la notificación deja sin efectos el acto, es decir se tiene por no emitido, tanto vale no emitir un acto que emitirlo y no notificarlo o irregularmente.
19. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159, y por interpretación, armónica, sistemática y concordante del art. 43 del Decreto 019 de 2012, es la dispuesta en el CPACA, por lo anterior existe una errada interpretación de la norma por parte del

convocante comoquiera que la Ley 1437 de 2011, da prevalencia al envío de la citación para notificación personal o por aviso por el medio más eficaz, por lo anterior la remisión expresa que la misma realiza a las disposiciones de esta normativa deben interpretarse de manera armónica y coherente.

20. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159.

21. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159.

22. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159, y por interpretación, armónica, sistemática y concordante del art. 43 del Decreto 019 de 2012, es la dispuesta en el CPACA, por lo anterior existe una errada interpretación de la norma por parte del convocante comoquiera que la Ley 1437 de 2011, da prevalencia al envío de la citación para notificación personal o por aviso por el medio más eficaz, por lo anterior la remisión expresa que la misma realiza a las disposiciones de esta normativa deben interpretarse de manera armónica y coherente.

23. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159.

24. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159, y por interpretación, armónica, sistemática y concordante del art. 43 del Decreto 019 de 2012, es la dispuesta en el CPACA, por lo anterior existe una errada interpretación de la norma por parte del convocante comoquiera que la Ley 1437 de 2011, da prevalencia al envío de la citación para notificación personal o por aviso por el medio más eficaz, por lo anterior la remisión expresa que la misma realiza a las disposiciones de esta normativa deben interpretarse de manera armónica y coherente.

25. NO ES CIERTO, El procedimiento de notificación aplicable para las decisiones de los recursos de los usuarios en el régimen de los servicios públicos, por remisión expresa de la ley 142 de 1994 art. 159, y por interpretación, armónica, sistemática y concordante del art. 43 del Decreto 019 de 2012, es la dispuesta en el CPACA, por lo anterior existe una errada interpretación de la norma por parte del convocante comoquiera que la Ley 1437 de 2011, da prevalencia al envío de la citación para notificación personal o por aviso por el medio más eficaz, por lo anterior la remisión expresa que la misma realiza a las disposiciones de esta normativa deben interpretarse de manera armónica y coherente.

26. ES CIERTO

27. NO ES CIERTO. Nos oponemos a cada uno de los ítems de la siguiente manera:

1- NO ES CIERTO. La delegación del Superintendente al Director regional para la imposición de sanciones por vulneración del régimen de los servicios públicos es emanada del Presidente de la República, por tal motivo contra tal decisión no admite apelación. 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.

2- NO ES CIERTO. La delegación del Superintendente al Director regional para la imposición de sanciones por vulneración del régimen de los servicios públicos es emanada del Presidente de la República, por tal motivo contra tal decisión no admite apelación.

3- NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

4- NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

28. NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las

decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

29. NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

30. NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

31. NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

32. NO ES CIERTO. En las decisiones administrativas emanadas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario no puede establecerse la procedencia de la apelación toda vez que contra las decisiones del delegado del superintendente en este tipo de decisiones por ser delegación del presidente no son susceptible de la apelación.

33. NO ES CIERTO, La multa no se impuso arbitrariamente, sino con aplicación de los criterios previstos en el art. 81 de la ley 142 de 1994, como lo son la naturaleza y la gravedad de la falta, en este caso la sanción impuesta tuvo como causa la omisión de respuesta al usuario es decir un incumplimiento a los deberes como parte del contrato de servicios públicos, en contravía de las normas que rigen sus actuaciones, no demuestra la diligencia debida rompiendo su deber de mantener un equilibrio de cargas a las partes; así valorados los hechos y pruebas de la investigación, se encuentra que la sanción a imponer era la MULTA y de manera discrecional pero debidamente sustentada, se impuso su monto, teniendo en cuenta que la infracción de la empresa prestadora, el impacto negativo en la sociedad, y el factor de reincidencia.

34. NO ES UN HECHO se trata de un enunciado procedimental que deberá ser probado por el demandante.

III. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Respecto de las pretensiones consignadas en el petitum de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas en consideración a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que me permito hacer valer.

Señala el demandante que los actos administrativos demandado son nulos porque: "1. El artículo 158 de la Ley 142 de 1994 únicamente sanciona con silencio positivo la omisión de la empresa de contestar la petición de la usuaria dentro del plazo de 15 días. ELECTRICARIBE S.A. contestó antes de los 15 días que tenía para dar respuesta al caso objeto de la conciliación. Por lo cual, no hubo silencio administrativo positivo y los actos administrativos son nulos. 2. El aviso fue enviado conforme al art. 68 del CPACA. 3. De igual forma 3. Según la sentencia 2010-00178/42872 de julio 29 de 2015 del Consejo de Estado, en el presente caso, los vicios señalados por la superintendencia, recaen sobre la publicidad de los actos administrativos. Sin embargo, al no generarse el vicio en su producción sino en su comunicación, sólo impacta en su eficacia final, por tal razón, tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo. 4. Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos no concedió el recurso de apelación en contra de las Resoluciones que imponen las sanciones, pese a ser procedente conforme al artículo 113 de la Ley 142 de 1994 toda vez que los actos administrativos fueron expedidos por un Delegatario. 5. Ausencia de aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad del art. 50 del cpaca y Decreto 281 de 2016"

Solicita entonces que se declare la nulidad de la sanción impuesta por el art. 1 de la resolución SSPD-20178000199425 de 2017-10-11 , se declare la nulidad de la sanción confirmada mediante la resolución 20188000037875 de 2018-04-16 únicamente en cuanto confirma la sanción impuesta mediante la resolución SSPD- 20178000199425 de 2017-10-11 , a título de restablecimiento se declare que ELECTRICARIBE no está obligada a pagar el valor de la sanción impuesta mediante las resoluciones mencionadas.

Frente a estos argumentos se interpone excepción de legalidad de los actos demandados en fundamento a dentro del trámite administrativo sancionatorio se pudo establecer por esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de una debida valoración de las pruebas obrantes en el expediente administrativo sancionatorio que la empresa prestadora de servicio infringe el art. 158 de la ley 142 de 1994 que remite al procedimiento de notificación del CPACA art. 67 a 73, al emitir una decisión que no surtió efectos o se tiene por no emitido; por envío extemporáneo del aviso, irregularidad que de conformidad con el art. 72 del CPACA torna el acto o respuesta ineficaz, configurándose el SAP. 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. La multa no se impuso arbitrariamente, sino con aplicación de los criterios previstos en el art. 81 de la ley 142 de 1994, como lo son la naturaleza y la gravedad de la falta, en este caso la sanción impuesta tuvo como causa la omisión de respuesta al usuario es decir un incumplimiento a los deberes como parte del contrato de servicios públicos, en contravía de las normas que rigen sus actuaciones, no demuestra la diligencia debida rompiendo su deber de mantener un equilibrio de cargas a las partes; así valorados los hechos y pruebas de la investigación, se encuentra que la sanción a imponer era la MULTA y de manera discrecional pero debidamente sustentada, se impuso su monto, teniendo en cuenta que la infracción de la empresa prestadora, el impacto negativo en la sociedad, y el factor de reincidencia.

De la misma forma se ejerce oposición a las pretensiones de la demanda con las siguientes excepciones: No se demanda el acto ficto o presunto emanado de la declaratoria del Silencio Administrativo Positivo, por lo cual así se declarara la nulidad de los actos administrativos demandados quedaría incólume el acto presunto por no haber sido atacado; Falta de legitimación en la causa de la SSPD respecto de la pretensión de devolución de las sumas canceladas por concepto de la multa impuesta a ELECTRICARIBE, las sumas recaudadas por dicho concepto no entran al patrimonio de mi representada sino a un patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. quien para restituir dichas sumas deberá ser vencida en juicio; Inexistencia de responsabilidad civil del Estado (SSPD) por la expedición de sanción (multa) por configuración del Silencio Administrativo Positivo, toda vez que no puede predicarse antijuridicidad de la acción sancionatoria del Estado; y por último se alega la excepción previa de inepta demanda por falta de los requisitos formales, respecto de la patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. puesto que la pretensión resarcitoria de devolución de sumas canceladas por concepto de multa es conciliable y de su exclusiva competencia, debiendo el demandante previamente a llamarla en juicio agotar el requisito de la conciliación prejudicial.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

De antemano solicito se tengan como argumentos para sustentar la posición de esta Entidad, las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas en los actos administrativos demandados, las que soporto y complemento con los siguientes argumentos, atendiendo los planteamientos de la demanda:

Son objeto de defensa los siguientes actos Administrativos:

No. Acto administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20178000199425	2017-10-11	Resolución Impone sanción	Dirección Territorial Norte
20188000037875	2018-04-16	Resolución Confirmatoria	Dirección Territorial Norte

Los cuales se encuentran ajustados a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, tal como se expone a continuación frente a los argumentos de la demanda.

SUSTENTO DE LA DEMANDA:

- EN CUANTO A LA SINTESIS DEL CASO:

Señala el demandante que los actos administrativos demandado son nulos porque: "1. El artículo 158 de la Ley 142 de 1994 únicamente sanciona con silencio positivo la omisión de la empresa de contestar la petición de la usuaria dentro del plazo de 15 días. ELECTRICARIBE S.A. contestó antes de los 15 días que tenía para dar respuesta al caso objeto de la conciliación. Por lo cual, no hubo silencio administrativo positivo y los actos administrativos son nulos. 2. El aviso fue enviado conforme al art. 68 del CPACA. 3. De igual forma 3. Según la sentencia 2010-00178/42872 de julio 29 de 2015 del Consejo de Estado, en el presente caso, los vicios señalados por la superintendencia, recaen sobre la publicidad de los actos administrativos. Sin embargo, al no generarse el vicio en su producción

sino en su comunicación, sólo impacta en su eficacia final, por tal razón, tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo. 4. Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos no concedió el recurso de apelación en contra de las Resoluciones que imponen las sanciones, pese a ser procedente conforme al artículo 113 de la Ley 142 de 1994 toda vez que los actos administrativos fueron expedidos por un Delegatario. 5. Ausencia de aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad del art. 50 del cpaca y Decreto 281 de 2016”

EXCEPCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS:

Frente a estos argumentos se interpone excepción de legalidad de los actos demandados en fundamento a dentro del trámite administrativo sancionatorio se pudo establecer por esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de una debida valoración de las pruebas obrantes en el expediente administrativo sancionatorio que la empresa prestadora de servicio infringe el art. 158 de la ley 142 de 1994 que remite al procedimiento de notificación del CPACA art. 67 a 73, al emitir una decisión que no surtió efectos o se tiene por no emitido; por envío extemporáneo del aviso, irregularidad que de conformidad con el art. 72 del CPACA torna el acto o respuesta ineficaz, configurándose el SAP. 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. La multa no se impuso arbitrariamente, sino con aplicación de los criterios previstos en el art. 81 de la ley 142 de 1994, como lo son la naturaleza y la gravedad de la falta, en este caso la sanción impuesta tuvo como causa la omisión de respuesta al usuario es decir un incumplimiento a los deberes como parte del contrato de servicios públicos, en contravía de las normas que rigen sus actuaciones, no demuestra la diligencia debida rompiendo su deber de mantener un equilibrio de cargas a las partes; así valorados los hechos y pruebas de la investigación, se encuentra que la sanción a imponer era la MULTA y de manera discrecional pero debidamente sustentada, se impuso su monto, teniendo en cuenta que la infracción de la empresa prestadora, el impacto negativo en la sociedad, y el factor de reincidencia.

De la misma forma se ejerce oposición a las pretensiones de la demanda con las siguientes excepciones: No se demanda el acto ficto o presunto emanado de la declaratoria del Silencio Administrativo Positivo, por lo cual así se declarara la nulidad de los actos administrativos demandados quedaría incólume el acto presunto por no haber sido atacado; Falta de legitimación en la causa de la SSPD respecto de la pretensión de devolución de las sumas canceladas por concepto de la multa impuesta a ELECTRICARIBE, las sumas recaudadas por dicho concepto no entran al patrimonio de mi representada sino a un patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. quien para restituir dichas sumas deberá ser vencida en juicio; Inexistencia de responsabilidad civil del Estado (SSPD) por la expedición de sanción (multa) por configuración del Silencio Administrativo Positivo, toda vez que no puede predicarse antijuridicidad de la acción sancionatoria del Estado; y por último se alega la excepción previa de inepta demanda por falta de los requisitos formales, respecto de la patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. puesto que la pretensión resarcitoria de devolución de sumas canceladas por concepto de multa es conciliable y de su exclusiva competencia, debiendo el demandante previamente a llamarla en juicio agotar el requisito de la conciliación prejudicial.

En cuanto a la correcta interpretación del art. 69 del CPACA la SSPD advierte que las sanciones que se imponen por la Superservicios por la configuración del Silencio Administrativo Positivo se fundamentan en la necesidad de garantizar el cumplimiento de los fines del estado como lo es la efectiva prestación de los servicios públicos, ante la marcada incidencia que tienen los servicios públicos domiciliarios en la calidad de vida y dignidad de las personas, así como en el desarrollo social y económico del Estado, en el presente caso el usuario ha sido vulnerado en sus derechos de petición y de defensa cuando presenta una reclamación y esta no es resuelta conforme lo dispone la Ley, el artículo 369 de la Constitución establece que la ley es la encargada de determinar los derechos, los deberes y el régimen de protección de los usuarios, siguiendo este mandato, la Ley 142 de 1994, estableció precisamente un capítulo al que denominó “Defensa de los usuarios en sede de la empresa”, donde se establece que es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-957 de 2014, señala:

la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, fue expedida por el Congreso de la República como respuesta al mandato impuesto por el Constituyente previamente mencionado y con el propósito de ser

una ley especial, tendiente a desarrollar los fines sociales de intervención del Estado en la prestación de estos servicios y alcanzar, entre otros, los objetivos de calidad, cobertura, atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; garantizar su prestación continua, eficiente e ininterrumpida del servicio público, proteger la libertad de competencia y prevenir la utilización abusiva de la posición dominante; establecer mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; así como establecer un régimen tarifario proporcional (...)

(ii) Uno de los objetivos de la potestad sancionatoria administrativa, en consecuencia, es el de cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos del ordenamiento. La potestad se activa, a partir del desconocimiento de las reglas preestablecidas, lo que le permite al Estado imponer sanciones como "respuesta a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración". Esta potestad administrativa, por su naturaleza, descarta de antemano la imposición de sanciones privativas de la libertad.

etc.

(...)

En el caso particular de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Ley 142 de 1994 regula sus funciones de control y vigilancia en materia de servicios públicos y la habilita para imponer sanciones ante las infracciones de la ley. La potestad administrativa sancionatoria de la Superintendencia, se consagra en los artículos 79 a 83 de la Ley 142 de 1994, concediéndole tanto a la Superintendencia como al Superintendente, funciones específicas.

Entre las atribuciones que consagra el artículo 79 de la mencionada ley en materia sancionatoria en favor de la SSPD, se encuentran entre otras: (i) 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; (ii) vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y sancionar sus violaciones; (iii) sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios. Incluso el artículo 80-4 de esa misma ley, habilita a la SSPD también, para (iv) sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

(...)

El artículo 81 de la Ley 142 de 1994, le otorga a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la facultad de imponer a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, sanciones como amonestación, multas, cierres de inmuebles, suspensión de actividades, orden de separar administradores o empleados; solicitar el decreto de la caducidad de contratos, prohibir prestar servicios, etc., según la naturaleza y la gravedad de la falta. (...).²

En Sentencia C-558 de 2001, la Corte Constitucional expresó lo siguiente³:

"De capital importancia para la existencia del contrato de condiciones uniformes es el derecho de petición y los principios de publicidad y contradicción, toda vez que al tenor del artículo 152 de la ley de servicios: Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. (...)

A partir de ese presupuesto básico de la publicidad el ejercicio del derecho de contradicción se desenvuelve a través de las actuaciones administrativas y de la vía gubernativa, concretándose ante todo en oportunidades para formular peticiones, quejas, reclamos y recursos, de cuyos resultados prácticos debe dar razón, de una parte, la estructura orgánica y funcional de las oficinas de peticiones, quejas y recursos de las empresas, y de otra, el grado de credibilidad social alcanzado por estas a partir de sus actuaciones y resoluciones.

La Corte en esta oportunidad, resaltó que este carácter esencial de los derechos de petición y contradicción, atendían a:

(...) a la protección inmediata de los derechos del usuario, a la cobertura, calidad y costos del servicio que informan los fines sociales del Estado, y por supuesto, a la participación de las personas en las decisiones que las afectan. De lo cual se sigue la necesidad de que las

² Corte Constitucional Sentencia C-957 de 2014

³ Tomado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=177&p_consec=14282

actuaciones y resoluciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios correspondan tanto a la ley como a la praxis inherente a esa viabilidad empresarial que la Carta reconoce y estimula al amparo de la libre competencia económica con responsabilidad social, ambiental y cultural (artículo 333)".

Por lo tanto para el análisis de las normas y la jurisprudencia que regula el procedimiento para la respuestas de reclamos y recursos presentados por los usuarios ante las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la SSPD aplica una interpretación restrictiva y garantista de los intereses de los usuarios a quienes por mandato constitucional se les debe asegurar la efectivización de los servicios públicos, como imperativo de la esencia de nuestro Estado Social de Derecho. Es así que el art. 68 y 69 del CPACA conforme una interpretación integral con los fines del Estado y los principios de la administración pública y en especial del régimen de los servicios públicos domiciliarios, previene que una vez emitida la decisión esta debe notificarse al usuario mediante citación para notificación personal que se emite dentro de los cinco días siguientes y que el envío del aviso debe ser sin dilaciones injustificadas, inmediatamente al finalizar el término de los 5 días contados a partir del envío de la citación, esto es al día siguiente del vencimiento de dicho término y en el caso bajo estudio no se acató tal disposición.

4.1.- PRIMER CARGO: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FALTAS Y LAS SANCIONES CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 3 DEL CPACA. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO NO SURGE POR YERROS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN. EL ARTÍCULO 158 DE LA LEY 142 DE 1994 ÚNICAMENTE CONTEMPLA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO POR INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA DAR RESPUESTA

SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD RESPECTO DE ESTE CARGO

Analizada la normatividad aplicable al caso concreto, es pertinente aclarar que en el tema de servicios públicos domiciliarios, existe una regulación especial para el derecho de petición que proviene del usuario de servicios públicos, que se encuentra consagrada en los artículos 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994, y que es aplicable a todos los prestadores de servicios públicos, sin importar su naturaleza jurídica, esto es, si son empresas públicas, privadas o mixtas, comunidades organizadas, empresas industriales y comerciales del Estado o municipios prestadores directos.

De igual manera, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos deben expedir las respuestas a las peticiones, quejas y recursos que presenten sus suscriptores o usuarios dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado este término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió la práctica de pruebas, se entenderá que la respuesta se resolvió de manera favorable.

Para efectos del reconocimiento de los efectos del silencio positivo no hay que seguir el procedimiento del artículo 85 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, no se requiere elevar a escritura pública el acto administrativo positivo ficto. Esto significa que el silencio opera de manera automática y la empresa debe, dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término de los 15 días hábiles, reconocer los efectos del silencio administrativo positivo. Si la empresa no lo hace, el peticionario podrá solicitar a la Superintendencia de Servicios Públicos la aplicación de las sanciones correspondientes. Igualmente, la Superintendencia puede adoptar las medidas para hacer efectivo el silencio.

Por lo que se puede concluir que se configura el silencio administrativo positivo, cuando la empresa no emite la respuesta dentro del plazo de los 15 días y cuando dicha respuesta no se notifica en la forma que señala artículos 68, 69, 70 y 71 del CPACA.

Se hace necesario determinar que el silencio administrativo positivo se configura en los siguientes eventos:

.-. Por falta de respuesta o por respuesta tardía;

La empresa debe expedir la respuesta a la petición, queja o recurso que le presente el usuario dentro de los 15 días siguientes contabilizados desde el mismo día en que la solicitud se presentó; una vez producida la respuesta, cuenta con un plazo de 5 días para enviar la comunicación mediante la cual cite al usuario para notificarle la decisión. Lo anterior, sin perjuicio de que la empresa decida utilizar un mecanismo más eficaz para lograr tal cometido, como lo dispone el artículo 67 del CPACA. De allí

que, el silencio administrativo positivo se configura cuando la empresa no emite la respuesta dentro del plazo de los 15 días.

.- Por falta de respuesta adecuada;

Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional al referirse al derecho fundamental de petición, éste no se satisface sino en tanto la respuesta de la administración resuelve de fondo la solicitud del ciudadano. De tal suerte que en los eventos en los cuales la prestadora responda al suscriptor o usuario en forma incompleta o evasiva también se configura el silencio administrativo positivo.

.- Silencio por ampliación injustificado del término legal;

Según lo dispuesto en forma expresa por el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, el término de 15 días hábiles para responder una petición, queja o recursos sólo puede ampliarse por dos causas: práctica de pruebas y demora auspiciada por el usuario.

Ahora bien, para que la empresa exceda el plazo de respuesta por práctica de pruebas, deben cumplirse los siguientes requisitos:

•En el evento en que se decreten pruebas dentro de la actuación administrativa éstas deben ser ordenadas dentro del término de quince (15) días previstos para responder la respectiva petición, queja o recurso.

•En este caso debe entenderse suspendido el término para decidir y el plazo previsto por la administración para la práctica de pruebas debe sujetarse a lo previsto en el del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

•Este comenzará a contarse a partir del día siguiente a su expedición para lo cual la empresa deberá comunicar por escrito al usuario la decisión de practicar pruebas, por el medio que resulte más eficaz y correrá hasta el día señalado en forma expresa por la empresa.

•La decisión de decretar pruebas deberá estar motivada y señalará de forma expresa cuales pruebas se practicarán.

•Así mismo se deberá dejar en el expediente el documento que acredite la efectiva comunicación al usuario de la decisión sobre la práctica de pruebas.

•A partir del día siguiente en que finaliza la etapa probatoria se reanuda el término concedido para responder.

.- Silencio por falta de requisitos en el envío de la comunicación para notificación personal;

El Silencio Administrativo Positivo se configura si la empresa da una respuesta dentro de un plazo no superior a los quince (15) días hábiles que tiene para tal fin, pero no inicia el trámite de notificación del caso, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la expedición del acto. Lo anterior obedece a que la decisión de la empresa sólo le es oponible al usuario, cuando éste efectivamente conoce la respuesta de su petición, queja o recurso. En consecuencia, toda decisión debe ser debidamente notificada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se considera, que la decisión de este ente de control y vigilancia, fue acertada y conforme a derecho porque el pliego de cargos se abrió por indebida notificación y se sancionó a la empresa porque no se cumplieron los requisitos establecidos legalmente en el artículo 68 y 69.

El objeto esencial que guía la actividad de este ente de vigilancia y control, consiste en la tutela de los intereses de los usuarios y en la protección de los derechos que la ley consagra a su favor teniendo en cuenta que dentro de la investigación por Silencio Administrativo Positivo se probó que la empresa no cumplió con lo señalado en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, el cual fue subrogado por el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995; que así mismo no obra prueba alguna que demuestra que reconoció los efectos del silencio administrativo positivo dentro de las setenta y dos (72) hora siguientes al vencimiento del término legal de los quince (15) días para emitir respuesta, para lo cual este organismo de control y de conformidad con el artículo 81 de la ley 142 de 1994, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta, impuso una sanción de multa, la cual se graduó atendiendo

el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia, de conformidad con las consideraciones hechas y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sea lo primero referir que esta Oficina Asesora Jurídica desde el año 2010, mediante el Concepto Unificador 016, y posteriormente, a través de diversas posiciones internas expedidas a solicitud de la Dirección General Territorial, como las obrantes bajo Radicados 20131300020193 y 20131300037913; ha construido el Criterio Jurídico de la Superintendencia de Servicios Públicos en materia de silencio administrativo positivo.

Ahora bien, bajo el análisis de dichas posiciones y conceptos subsiguientes, es posible identificar que la figura del Silencio Administrativo Positivo, definido por la Ley 142 de 1994 en su artículo 158, entendido como el transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como el máximo para adoptar una decisión, configura una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver y/o producidas determinadas circunstancias respecto de la propiedad de dicha respuesta respecto de la solicitud, se entiende otorgada la petición.

En consecuencia, con el SAP estamos en presencia de una presunción legal, una ficción que la ley establece y merced a la cual la Administración se pronuncia a través de su silencio, el cual trae como consecuencia, una decisión inmediata y favorable al peticionario.

En desarrollo de lo anterior, se ha explicado, tal como se expuso en el Concepto Unificado No. 16 de 2010, que la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional ha fijado las reglas atinentes a la atención y garantía del derecho de petición señalando entre ellas que la respuesta debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Oportunidad.
- Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado.
- Debe ser puesta en conocimiento del peticionario.
- Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.
- La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no la exonera del deber de responder.
- Ante la presentación de una petición, la entidad debe notificar su respuesta al interesado.

En ese sentido, el Concepto Unificado No. 16 de 2010 retoma los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, como tribunal en quien reposa la competencia para interpretar el alcance de los preceptos establecidos en la Constitución Política, entre ellos, el alcance del derecho de petición y en particular, aquel que define que la respuesta que se ofrezca ante una petición debe ser notificada al interesado y no simplemente dada a conocer por cualquier medio.

En consecuencia, es de entender que la satisfacción del derecho de petición implica no solo la expedición de la respuesta dentro de los 15 días a que refiere el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, sino también el que dicha respuesta se haga eficaz a través de la notificación al interesado, lo cual implica surtir todos los trámites previstos por la norma procedimental aplicable en orden a lograr dicha notificación.

De igual manera, se ha hecho énfasis en que esta Superintendencia acoge plenamente el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado que se encuentra vertido en la Sentencia de febrero 5 de 1998, Sección Tercera, Expediente No. 98 AC-5436, según la cual: "Las actuaciones posteriores a la producción del acto presunto, tales como la respuesta, la interposición de recursos, resolución de los mismos, etc. son inocuas y, por tanto, no surten ningún efecto"

De lo anterior podemos concluir que los prestadores cuentan con quince (15) días hábiles para dar respuesta a los usuarios y con cinco (5) días para dar cumplimiento a la citación para notificación personal, haciendo analogía normativa, tenemos que el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, establece:

"ARTICULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACION PERSONAL:

...El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejara constancia en el expediente..." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

El silencio administrativo positivo se configura por la FALTA DE RESPUESTA a la petición, queja o recurso interpuesto por el usuario ante el prestador de un servicio público domiciliario. Ausencia de respuesta que puede derivarse de la omisión en responder la petición, queja o recurso, por la ausencia de una respuesta de fondo, es decir, respuestas vagas, evasivas, incompletas o que no se refieran

específicamente a la petición del usuario. De lo anterior se deduce que las respuestas deben ser claras, concretas y precisas, aunque sean desfavorables al usuario.

Ahora bien, este término de respuesta puede verse interrumpido cuando se requiera la práctica de pruebas que se hagan necesarias para dar respuesta al peticionario, quejoso, reclamante o recurrente, se debe dar aplicación a lo normado por los artículos 40, 48 y 108 de la Ley 142 de 1994. En tales condiciones deberá comunicársele al usuario el auto que ordena las pruebas de acuerdo con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 por cuya virtud, cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en el plazo previsto para ello, se deberá informar de manera escrita así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

De igual manera la Falta de Respuesta puede materializarse al expedirse la respuesta oportunamente, pero que no llega a ser eficaz por la ausencia de notificación en los términos previstos en la ley 1437 de 2011, artículos 67 a 73.

El presente caso surge del recurso del usuario JAIME SERRANO quien presente ante Electricaribe reclamación con radicado No. RE2010201632709 de 13 de enero de 2017, para cuya respuesta oportuna la empresa contaba hasta el día 2 de febrero de 2017

Si bien se emite una decisión de fecha el 30 de enero de 2017, la misma no surte efectos ya que el procedimiento de remisión del aviso vulnera lo dispuesto en el art. 69 del CPACA por no haberse remitido al cabo de los cinco días del envío de la citación, debía enviarse el 1 de febrero de 2017 y se remitió el 31 de enero de 2017

Es preciso señalar que el artículo 69 de la ley 1437 prevé que: *“Artículo 69. 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. Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso”*

De la lectura del art. 69 del CPACA es claro que el aviso debe remitirse al cabo de los cinco días del envío de la citación, es decir el día sexto. el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha 04 de Abril de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, ha manifestado que el aviso debe ser remitido el día sexto, en los siguientes términos: *“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...”*, se reitera que el aviso se remite de manera extemporánea, si la citación se remite el 24 de enero de 2017, el aviso debía remitirse al cabo de los 5 días, es decir el 1 de febrero de 2017, pero se remite el 31 de enero de 2017 el 2 de diciembre de 2014.

Al respecto es de resaltarle a la empresa que un acto emitido por ellos nace a la vida jurídica desde que se emite y por ende debe guardar los parámetros de la notificación, y el no cumplimiento de ellos es realizar una indebida e irregular notificación, dicho lo anterior certifica que el proceso de notificación NO se adelantó en legal forma, dado que no se cumplieron los términos del mismo - pues ya existía un acto administrativo por ende debía guardar y seguir el procedimiento, en consecuencia está probado el cargo formulado porque se configuró el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO POR FALTA DE NOTIFICACIÓN.

Se tiene como NO surtida según lo previsto en el artículo 69 del CPACA, en atención a las razones expuestas con anterioridad se probaron los cargos formulados. Lo anterior obedece a que la decisión de la empresa sólo le es oponible al usuario, cuando éste efectivamente conoce la respuesta de su petición, queja o recurso. En consecuencia, toda decisión debe ser debidamente notificada, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas se tiene que el término para contestar por parte del prestador las solicitudes presentadas por los usuarios es de 15 días, término establecido por mandato legal dispuesto en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 y de ninguna manera corresponde a la autoridad, otorgarle un sentido amplio o diferente, menos aún, reducirlo y someterlo a la permanente indefinición a partir de las circunstancias, arbitrio, antojo o capricho de las partes involucradas en una actuación; pretender lo contrario, conllevaría tener actuaciones en la cuales el SAP se predica configurado al tercer día de interpuesta la PQR, en otra ocurrirá en el día quinto, en otra tal vez en el décimo, hasta que en otras sí, como lo dispone la ley, ocurra después del día 15.

Teniendo en cuenta lo anterior, solo puede configurarse el Silencio Administrativo Positivo en materia de servicios públicos domiciliarios una vez transcurridos quince (15) días hábiles contados desde la presentación de una PQR. Antes de cumplirse dicho término, pueden desplegarse actuaciones por las partes, pero ninguna configuraría SAP y de hecho, serían susceptibles de ser subsanadas aquellas irregularmente desarrolladas.

No brindar respuesta al usuario sobre la inquietud elevada ante la empresa, comporta una falta de atención al mismo, una omisión a sus deberes como parte del contrato de servicios públicos, en contravía de las normas que rigen sus actuaciones, no demuestra a la comunidad, que sus actos enmarcan la diligencia debida, quebrantando aquella relación que se debe mantener entre las partes para un equilibrio de cargas. Al no ofrecer el respeto por los derechos que tienen los usuarios a elevar reclamaciones, quejas, peticiones o recursos, no respondiendo a los mismos, vulnera en forma flagrante, disposiciones normativas y contractuales sobre servicios públicos domiciliarios.

Bajo este entendido y teniendo en cuenta que dentro de la investigación por Silencio Administrativo Positivo se probó que la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. no cumplió con lo señalado en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, el cual fue subrogado por el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995, que así mismo no obra prueba alguna que demuestre que reconoció los efectos del silencio dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por lo que se hace acreedora a la sanción de multa. Para la graduación de la misma, dentro del límite de los 2000 salarios mínimos legales, se tendrán en cuenta los criterios de reincidencia e impacto que prevé el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, así:

Por el cargo de la falta de respuesta analizada se impuso sanción consistente en multa, monto que fue tasado teniendo en cuenta además de las consideraciones particulares al caso, la reincidencia que presenta la empresa, pues revisado el archivo institucional se encontró que la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. cuenta con 1.759.374 usuarios y además registra 291 sanciones en firme por hechos similares.

El Silencio Administrativo Positivo que se ha configurado, impacta de manera negativa en la sociedad, pues hace surgir el reproche y desaprobación de su fin, que no guarda coherencia con la que el Estado, a través de las entidades territoriales ha procurado mantener, al entregarle la facultad de coadyuvar con la finalidad de promoción de la cobertura en todo el territorio nacional, de los servicios públicos domiciliarios, ello conlleva al desmejoramiento de la calidad de vida que le asiste a los usuarios, es decir, con el no trámite de la petición se afecta la buena marcha en la prestación del servicio.

De acuerdo a ello se tiene que el silencio administrativo positivo se configura por la FALTA DE RESPUESTA a la petición, queja o recurso interpuesto por el usuario ante el prestador de un servicio público domiciliario. Ausencia de respuesta que puede derivarse de la omisión en responder la petición, queja o recurso, por la ausencia de una respuesta de fondo, es decir, respuestas vagas, evasivas, incompletas o que no se refieran específicamente a la petición del usuario. De lo anterior se deduce que las respuestas deben ser claras, concretas y precisas, aunque sean desfavorables al usuario.

4.2. SEGUNDO CARGO: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 69 DE LA LEY 1437 DE 2011 ESTA NORMA NO ESTABLECE EL TERMINO PERENTORIO DE UN (1) DÍA PARA ENVIAR LA NOTIFICACIÓN POR AVISO.

SUSTENTACION DE LA EXCEPCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

En cuanto a la interpretación aplicada para el computo del término del envío del aviso se resalta que el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha 04 de Abril de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, ha manifestado que el aviso debe ser remitido el día sexto, en los siguientes términos:

“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...”

En consecuencia un acto emitido por la empresa prestadora de servicio, nace a la vida jurídica desde que se emite y por ende debe guardar los parámetros de la notificación, teoría que fue reiterada en reciente jurisprudencia: Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, 22 de marzo de 2018 radicación número 25000-23-24-000-2011-00097-01 Sección Quinta, Consejero Ponente CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, en la cual se señaló:

“FALTA DE NOTIFICACIÓN O PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No conlleva a su inexistencia o invalidez sino a su ineficacia o inoponibilidad [C]omo lo ha explicado esta Corporación en abundantes providencias, la falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que se traduce en la imposibilidad de producir los efectos para los que fue proferido, en la medida en que la publicidad del acto deviene un requisito indispensable para que la decisión adquiera el carácter de obligatoria. [...] Ahora bien, respecto de los actos administrativos de contenido particular, la ausencia o indebida notificación genera la inoponibilidad a su destinatario, es decir, no le es exigible, argumento este que encuentra asidero en que nadie puede ser obligado a cumplir una decisión que desconoce. En ese orden, se reitera, la publicación del acto no es un requisito para su validez, por lo tanto, lo que se afecta es la eficacia del mismo, es decir, lo hace inoponible frente a terceros. [...] Bajo esa tesis, se concluye que en la sentencia de primera instancia el a quo debió denegar las pretensiones de la demanda sobre la base de considerar que el argumento referente a la indebida o falta de notificación no afecta la validez del acto administrativo...”

4.3. LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS INCURRIO EN FALSA MOTIVACION CUANDO CONCLUYO QUE ELECTRICARIBE ENVIO EL AVISO ANTES DEL PLAZO ESTABLECIDO POR LA NORMA. EL AVISO SE ENVIO AL SEXTO DIA DE ACUERDO AL ART. 69 DEL CPACA Y DE ACUERDO A LA MISMA INTERPRETACION QUE HA DADO EL CONSEJO DE ESTADO

SUSTENTACION DE LA EXCEPCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

En cuanto a la interpretación aplicada para el computo del término del envío del aviso se resalta que el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha 04 de Abril de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, ha manifestado que el aviso debe ser remitido el día sexto, en los siguientes términos:

“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...”

En consecuencia un acto emitido por la empresa prestadora de servicio, nace a la vida jurídica desde que se emite y por ende debe guardar los parámetros de la notificación, teoría que fue reiterada en reciente jurisprudencia: Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, 22 de marzo de 2018 radicación número 25000-23-24-000-2011-00097-01 Sección Quinta, Consejero Ponente CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, en la cual se señaló:

“FALTA DE NOTIFICACIÓN O PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No conlleva a su inexistencia o invalidez sino a su ineficacia o inoponibilidad [C]omo lo ha explicado esta Corporación en abundantes providencias, la falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que se traduce en la imposibilidad de producir los efectos para los que fue proferido, en la medida en que

la publicidad del acto deviene un requisito indispensable para que la decisión adquiera el carácter de obligatoria. [...] Ahora bien, respecto de los actos administrativos de contenido particular, la ausencia o indebida notificación genera la inoponibilidad a su destinatario, es decir, no le es exigible, argumento este que encuentra asidero en que nadie puede ser obligado a cumplir una decisión que desconoce. En ese orden, se reitera, la publicación del acto no es un requisito para su validez, por lo tanto, lo que se afecta es la eficacia del mismo, es decir, lo hace inoponible frente a terceros. [...] Bajo esa tesis, se concluye que en la sentencia de primera instancia el a quo debió denegar las pretensiones de la demanda sobre la base de considerar que el argumento referente a la indebida o falta de notificación no afecta la validez del acto administrativo..."

Consejo de Estado señaló:

"Del texto del artículo 69 de la ley 1437 de 2011 se advierten dos situaciones reguladas por la norma, así:

i) La notificación por aviso: Cuando figure en el expediente una dirección, número de fax o correo electrónico, o se puedan obtener en el registro mercantil, caso en el cual se debe remitir el aviso con la copia del acto administrativo a uno de los anteriores destinos.

ii) La publicación del aviso: Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, caso en el cual se publicará la copia íntegra del acto administrativo en la página electrónica de la entidad y en un lugar del acceso al público de la misma.

La situación a la que se refiere la norma en el primer caso es aquella en la cual la administración conoce una dirección, número de fax o correo electrónico del interesado al cual puede enviarse o remitirse el acto administrativo, o se puede obtener del registro mercantil alguno de estos datos. La efectividad de esta forma de notificación supletoria de la personal radica precisamente en que la administración cuenta con alguno de los datos señalados en la ley que permitan la remisión al interesado del aviso junto con el acto administrativo, a efectos de que éste pueda recibir y enterarse del acto administrativo para el oportuno ejercicio de sus derechos.

El segundo evento a que se refiere la norma se presenta cuando no se conoce información sobre del destinatario y, por ende, debe la administración proceder a publicar el aviso con la copia íntegra del acto administrativo tanto en la página electrónica de la entidad como en un lugar de acceso al público de la misma, con lo cual se da publicidad al acto y se surte la notificación mediante estas publicaciones.

Al respecto ha señalado la doctrina²²:

"La segunda situación que regula el artículo 69 que se analiza consiste en la notificación por aviso de la persona de quien se desconozca toda dirección o número de fax, para lo cual se procederá de esta forma:

-Se redactará el aviso con el contenido explicado. Además, el aviso deberá advertir que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro de la publicación del aviso.

-Se publicará tanto en la página electrónica de la entidad como en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad.

-El lapso de esa publicación será de cinco días.

-La notificación se entenderá hecha al día siguiente al de terminación de la publicación, momento en el cual empezará a contarse el término para interponer los recursos, si los hubiere, y para los demás efectos propios de la notificación".

En los casos a que alude la consulta, esto es: cuando el predio o inmueble correspondiente a la dirección proporcionada por el interesado se encuentra cerrado, la dirección no existe o está incompleta, el aviso es devuelto por la empresa de correo argumentando que el destinatario ya no vive en el lugar, la dirección es errónea o no existe, son claros ejemplos de que se desconoce la información del interesado, tanto así que no se pudo surtir con éxito la notificación pues no se pudo remitir o entregar el aviso y el acto administrativo respectivo al interesado.

Ahora, es claro que si bien el legislador no puede prever todas y cada una de las múltiples e innumerables situaciones que en la práctica se pueden presentar en materia de notificaciones y que impiden surtir con éxito la remisión del aviso junto con el acto administrativo, lo que si se observa con claridad es que el sentido de la expresión contenida en el artículo 69 ibídem "Cuando se desconozca la información sobre el destinatario", resulta omnicomprendiva de todos aquellos eventos en los cuales la administración no logra surtir la notificación por aviso, ya sea porque los datos que se tienen del interesado están incompletos, o no permiten la entrega del aviso y del acto administrativo, o resultan de imposible acceso.

Cuando se presente alguna de tales situaciones corresponde a la administración acudir al último mecanismo previsto en la ley para llevar a cabo la notificación por aviso mediante la publicación del mismo junto con el acto administrativo por el término de cinco (5) días en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público dado que no fue posible lograr la notificación personal del acto administrativo, ni la remisión del aviso junto con el acto administrativo a un destino porque la falta de información o alguna circunstancia diferente, como las anotadas, lo impidieron.

Es de anotar que esta previsión legal es garantista del debido proceso y los derechos de los administrados dado que exige que en forma previa se hayan agotado los procedimientos allí señalados para surtir la notificación personal y por remisión o envío del aviso antes de ordenar acudir en última instancia a la notificación mediante la publicación en la página electrónica y en un lugar público de la entidad para que el interesado tenga conocimiento de la decisión. Por lo tanto es el último instrumento con que cuenta la administración para llevar a cabo la notificación del acto a fin de no impedir el ejercicio de las funciones administrativas.

En el caso de que el aviso sea rehusado por el notificado es claro que a pesar de haberse adelantado el procedimiento de notificación conforme a la norma, por una conducta del propio interesado que pretende entorpecer las funciones de la administración, éste impide que se surta con éxito la notificación. En este evento se entiende surtida la notificación personal, ya que es por voluntad del propio interesado y su conducta, las que impiden que la notificación se pueda llevar a feliz término, sin perjuicio de la obligación que le atañe a la Administración de dejar constancia en el expediente de lo ocurrido y valerse de los medios que requiera para este fin. Así y a pesar que este caso no corresponde al evento regulado en la norma, el cual se refiere a aquella situación en la cual se desconoce la información sobre el destinatario, se considera más garantista del debido proceso adelantar la notificación por aviso mediante la publicación en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público."⁴

4.4. CUARTO CARGO: DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO AL NO CONCEDER EL RECURSO DE APELACION CONTENIDO EN EL ART. 113 DE LA LEY 142 DE 1994.

SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

No se comparte el argumento del demandante de ser procedente el recurso de apelación contra la decisión que impone la sanción, la delegación del Superintendente al Director regional para la imposición de sanciones por vulneración del régimen de los servicios públicos es emanada del Presidente de la República, por tal motivo contra tal decisión no admite apelación. 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.

Al respecto ha señalado el honorable consejo de estado que:

"...El demandante alegó que se violó el debido proceso, el derecho de defensa y el estado social de derecho al no conceder y tramitar el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 013427 de

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., cuatro (04) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00210-00(2316) Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

2002, por cuanto era procedente conforme con los artículos 211 de la Constitución Política[11] y 13 de la Ley 142 de 1994[12].

El artículo 2 de la Resolución 013427 de 2002, expedida por la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO SEGUNDO.- Comisionar al Director Territorial Sur occidente de esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con sede en Cali, con el fin de que notifique personalmente la presente Resolución al doctor Orlando Duque Quiroga, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.989.549, expedida en Cali, en calidad de Representante Legal de la empresa INGENIERÍA AMBIENTAL S.A. E.S.P., o a quien a la fecha haga sus veces, a quien puede citarse a la calle 52 No. 10 – 26 de Cali (Valle), haciéndole entrega de una copia de la misma, y advirtiéndole que contra ésta procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 489 de 1998". (Subraya la Sala)

Y, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, norma cuya aplicación reclama el demandante (concretamente el inciso 2°), prevé que:

"ARTÍCULO 113. RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES QUE PONEN FIN A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Salvo que esta ley disponga otra cosa, 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 sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.

Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación

Durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar.". (Subraya la Sala)

Se debe tener en cuenta que el artículo 211 de la Constitución Política señaló que: "La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios".

Adicionalmente, la Ley 489 de 1998, norma especial en cuanto a la delegación de funciones se refiere, reguló lo relativo a la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y expidió las disposiciones, principios y reglas con base en las cuales se deberá ejercer, entre otras, la función de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en el artículo 9 precisó lo siguiente:

"Art. 9°.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos".

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.

Parágrafo.- En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal”.

Significa lo anterior, que, lo cual resulta igualmente pertinente frente a lo ordenado en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo [13]. No prospera el cargo....”⁵

CONSEJO DE ESTADO EN SENTENCIA DEL 24 DE ENERO DE 2002, C.P. DRA. OLGA INÉS NAVARRETE AL TRATAR EL ASUNTO DE MANERA ESPECÍFICA MANIFESTÓ:

“En desarrollo del mencionado artículo” (se refiere al 211 de la C.P. que define a la ley la determinación de las condiciones bajo las cuales las autoridades administrativas distintas al Presidente de la República pueden delegar en sus subalternos o en otras autoridades, la ley 489 de 1998 dispuso sobre delegación, entre otras cosas, que las autoridades administrativas podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de sus funciones a sus colaboradores o en otras autoridades con funciones afines o complementarias; que las funciones delegadas se ejercerán bajo la exclusiva responsabilidad de los delegatarios; que los actos del delegatario estarán sometidos a los requisitos de expedición por la autoridad delegante y serán susceptibles de los recursos que procedan contra los actos de ella, y que el delegante puede en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, principios que ya habían sido precisados por normas anteriores.

De lo expuesto se deduce que la delegación es, pues, una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, razón por la cual está reglamentada por la ley.

De conformidad con la normatividad anterior, y volviendo a la inconformidad del recurrente, resulta necesario precisar que la función ejercida por el Superintendente delegado para la inspección, vigilancia y control le fue delegada, como se vio, por el Superintendente de sociedades, y que éste asumió la competencia en virtud de la ley, para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria que se impugna; por lo tanto, como, según mandato expreso del artículo 50 del Código Contencioso administrativo no habrá apelación contra los actos de los superintendentes, máxime si se tiene en cuenta que los actos de los delegatarios se encuentran sometidos a los requisitos de expedición precisados por el delegante y a los recursos que procedan contra los actos del mismo; no se violó, como lo predica el recurrente, dicho artículo, pues no existe superior que pueda decidir el recurso de apelación interpuesto contra los actos expedidos por el Superintendente; por lo que el mencionado mandato constituye una salvedad al principio de la doble instancia consagrada en la ley, en los términos del artículo 31 de la Constitución Política.

En todo caso, los Superintendentes delegados actúan en calidad de jefes de la respectiva entidad, en los casos en los que, por delegación, realizan las funciones atribuidas a la entidad de vigilancia y control. Por ello, como se informó en la diligencia de notificación, el acto sancionatorio era susceptible del recurso de reposición.”(Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, los actos administrativos que imponen sanción se expiden en el ejercicio de la delegación de funciones, y debe realizarse la interpretación normativa antes señaladas por el honorable consejo de estado, al respecto la oficina jurídica de la entidad en concepto Unificado No. 32 de 2012, a dispuesto:

El artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala como recursos procedentes contra los actos definitivos:

El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014) Radicación: 76001233100020030352401 [19191] Actor: INGENIERIA AMBIENTAL S.A. E.S.P. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Sanción por aplicación indebida de tarifas

El de queja, cuando se rechace el de apelación. Podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

Adicionalmente, el artículo en referencia señala que NO habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Ahora bien, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, delegó, en los Superintendentes Delegados y los Directores Territoriales, mediante Resolución SSPD 021 de 2005, las facultades para imponer sanciones de amonestación y de multa a los prestadores de servicios públicos, previsión ante la cual resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998:

“Artículo 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.”

En conclusión, ante las decisiones definitivas en actuaciones administrativas sancionatorias proferidas por los Superintendentes Delegados y los Directores Territoriales, procede únicamente el recurso de reposición.

4.5. QUINTO CARGO: VIOLACION AL ART. 67 DEL CPACA

SUSTENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, delegó, en los Superintendentes Delegados y los Directores Territoriales, las facultades para imponer sanciones de amonestación y de multa a los prestadores de servicios públicos, previsión ante la cual resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 por tanto ante las decisiones definitivas en actuaciones administrativas sancionatorias proferidas por los Superintendentes Delegados y los Directores Territoriales, procede únicamente el recurso de reposición, en este sentido no era procedente manifestar en el acto administrativo demandado que contra el mismo podía interponerse recurso de apelación.

4.6. OTRAS EXCEPCIONES:

4.6.1. NO SE DEMANDA EL ACTO FICTO SURGIDO DE LA DECLARATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

El apoderado judicial confunde dos situaciones completamente autónomas, de un lado se encuentra el acto ficto positivo y por el otro la resolución de la SSPD que impone la sanción y que luego se confirma; las resoluciones demandadas, en ningún momento ordenan a ELECTRICARIBE restituir suma alguna de dinero de lo cual surja un perjuicio patrimonial a la demandante, sino que reprochan y sancionan a la empresa prestadora de servicios por su incumplimiento del régimen de servicios públicos (art. 158 de la Ley 142 de 1994, art. 69 del CPACA).

Una cosa muy distinta es que el silencio administrativo, el cual opera ipso jure sin necesidad de un acto que lo reconozca, se traduzca en una positivización de las peticiones del usuario, por lo tanto la presunta ilegalidad de este acto ficto no puede endilgarse a otro acto como aquí lo pretende el demandante, puesto que debió demandar directamente el acto presunto.

Si el acto ficto es presuntamente ilegal, el actor debió demandar dicho acto que es completamente autónomo e independiente a las decisiones de la SSPD, ya que el acto ficto en sí mismo sigue vigente y surtiendo efectos hasta que no se le demande.

“...al beneficiario del acto ficto positivo le asiste el derecho de ejecutar el permiso o autorización o el derecho derivado del silencio positivo o conminar a la Administración a que cumpla las acciones que sean pertinentes para efectivizar el derecho derivado de la decisión ficta positiva. Si la Administración considera que el acto se ajusta a derecho y que no ha perdido fuerza ejecutoria, si se trata de actos fictos positivos cuya ejecución depende de la administración, ninguna excusa habría para que se oponga a ejecutarlo, sobre todo si está facultada para revocar o demandar el acto ficto positivo, si lo considera contrario a derecho”. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

En el acto administrativo ficto se da una manifestación presunta de la voluntad de la administración; dicha manifestación se da conforme la presunción iuris et de iure que confiere a los mencionados actos administrativos efectos ex lege. Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, el cual impone la obligación al prestador de dar respuesta a las peticiones y consagra expresamente la ocurrencia del silencio administrativo positivo en favor de los usuarios; se tiene que con la omisión en la obligación de dar respuesta oportuna a la petición, se generan derechos en cabeza del peticionario. Se entiende, según lo indicado en la norma, que dicho acto presunto genera efectos desde que concurren los requisitos que la ley establece para que del silencio de la administración se derive su existencia.⁶

Sobre este tema en particular, esta Oficina se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en el Concepto Jurídico SSPD-OAJ-2013-747, expuso:

“La Ley 142 de 1994, en su artículo 158, subrogado por el Artículo 123 del Decreto 2150 de 1995, dispone lo siguiente:

“... toda entidad o persona vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos, prestadora de los servicios públicos domiciliarios de que trata la citada ley, tiene la obligación de resolver las peticiones, quejas y recursos que presenten los suscriptores o usuarios en desarrollo de la ejecución del contrato de servicios públicos, dentro del término de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación.

Pasado este término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora o que se requirió la práctica de pruebas se entenderá que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. Dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término de los 15 días hábiles, la entidad prestadora del servicio público domiciliario reconocerá al suscriptor o usuario los efectos del silencio administrativo positivo. Si no lo hiciere, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la imposición de las sanciones a que haya lugar conforme a la ley, sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto.

PARÁGRAFO. Para los efectos del presente capítulo, se entiende que la expresión genérica de “petición”, comprende las peticiones en interés particular, así como las quejas y los recursos que presente un suscriptor o usuario”.

En la norma transcrita el legislador consagra una presunción legal en virtud de la cual, si transcurridos 15 días el prestador no ha resuelto la petición presentada por un suscriptor o usuarios, se entenderá que la decisión del mismo respecto a tal petición es favorable al peticionario, instituto legal que opera de manera automática, es decir que no requiere trámite de protocolización para el efecto.

En tal sentido, el acto ficto derivado del silencio administrativo positivo comentado, constituye un verdadero acto administrativo, en el que la voluntad de la empresa de servicios públicos es sustituida por la ley.

Por disposición del legislador únicamente se... (pueden resolverse a favor del peticionario) las pretensiones que se hagan vía petición, queja o recurso relativas al contrato de condiciones uniformes cuando se refieran a situaciones que afecten la prestación del servicio o la ejecución del contrato tales como, su negativa, suspensión, terminación, corte y facturación.

El referido acto ficto goza de las mismas garantías de seguridad jurídica previstas para los actos expesos y particulares, no pudiendo ser contradichos o desconocidos posteriormente por la empresa, quien pierde competencia para pronunciarse sobre la petición, queja o recurso del suscriptor o usuario. En tal sentido, configurados los elementos fácticos descritos en la norma en comento, la empresa no podría expedir, de manera tardía, un acto administrativo que desestime las pretensiones ya... (Resueltas a favor del peticionario) con la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

⁶ CONCEPTO SSPD-OJ-2008-361

De igual manera, una vez configurado dicho silencio, el peticionario carece de interés para imponer ante la empresa recurso contra el acto ficto, dado que con el acaecimiento de tal silencio, el peticionario ha encontrado una respuesta positiva a sus pretensiones.”

En consecuencia si la efectivización del acto ficto según los argumentos del actor le produce algún perjuicio que deba restablecerse, es una situación que escapa de la competencia de la SSPD, es una decisión que debe desarrollarse mediante un juicio contra dicho acto ficto.

4.6.2. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS RESPECTO DE LA PRETENSION DE RESTITUCION DE LAS SUMAS PAGADAS POR ELECTRICARIBE A TITULO DE SANCION CON LOS INTERESES CORRIENTES.

El dinero recaudado por cumplimiento de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios, como en la resolución sanción por configuración del silencio administrativo positivo dentro del régimen de servicios públicos domiciliarios, no son de propiedad de la Superservicios, fueron destinados y hacen parte del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ordenado por la Ley 812 de 2003, rarificado por las leyes 1151 de 2007 y 1450 de 2011, actualmente administrado por la Fiduciaria Bogotá, a quien como vocera del patrimonio autónomo le compete, de ser ordenado en la sentencia, la devolución de las sumas que reclama el demandante, y no a la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios, probándose de esta forma el no cumplimiento del presupuesto procesal de la legitimación en la causa en cabeza del demandado frente a la mencionada pretensión.

Así lo previene la Ley 142 de 1994 en su art. 81, numeral 81.2, modificado por el art. 208 de la Ley 1753 de 2015:

*“81.2. Multas hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales y hasta por el equivalente a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. **Los recursos producto de las multas que imponga esta Superintendencia ingresarán al Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003.** Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución” (subrayado inexecutable C-957 de 2014) resaltado por el suscrito en negrilla.*

Los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte en un proceso, conforme lo dispuesto en el art. 53 del C.G.P:

“ARTÍCULO 53. CAPACIDAD PARA SER PARTE. Podrán ser parte en un proceso:

- 1. Las personas naturales y jurídicas.*
- 2. **Los patrimonios autónomos.***
- 3. El concebido, para la defensa de sus derechos.*
- 4. Los demás que determine la ley.”*

Según lo establece el art. 54 de la misma disposición los patrimonios autónomos comparecerán al proceso a través de su vocero, representante legal o apoderado de la Sociedad Fiduciaria que lo administra.

“ARTÍCULO 54. COMPARECENCIA AL PROCESO. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

...

Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.

...”

En virtud del art. 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del art. 1226, 1234 y 1235 del Código de Comercio, corresponde a la vocera del encargo fiduciario llevar la personería para la

protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, así como oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia.

Es entonces Fiduciaria Bogotá S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios quien debe ser vencida en juicio a fin de acatar la eventual medida resarcitoria solicitada por el demandante y no la Superservicios.

4.6.3. INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO RESPECTO DE LA MULTA IMPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS A ELECTRICARIBE CON OCASIÓN A LA CONFIGURACION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Tal como se ha advertido el restablecimiento del derecho que el demandante pretende de la Superservicios, persigue la devolución de las sumas canceladas por concepto de la sanción emitida y confirmada por mi representada en los actos administrativos demandados, sea lo primero señalar que la parte actora no aporta prueba o constancia de haber abonado dichas sumas, es decir no acredita el cumplimiento del pago de la multa ordenada, en todo caso se resalta que dicha pretensión no es procedente, toda vez que esta sanción no genera un daño antijurídico ni responsabilidad patrimonial del Estado, condición sin la cual no hay mérito para la declaratoria y condena de un restablecimiento del derecho.

Como lo señaló el H. Consejo de Estado mediante providencia del 15 de noviembre de 1990 (Exp. 2339), al referirse a la misma:

*“Quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la de anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la acción llamada “de nulidad”, es decir, la nulidad de los actos (art. 84), procediendo ésta cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera”; **la única diferencia que señala la ley en cuanto hace a esta pretensión común de ambas “acciones” es que la de “restablecimiento del derecho”, además de lo anterior, exige que la persona que la incoa “se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica”.***

Son, pues, las dos acciones, caminos señalados por la ley colombiana como medios para hacer efectivo el control jurisdiccional de los actos administrativos y para ejercer respecto a ellos, si es del caso, las sanciones típicas del principio de legalidad. Se asemejan ellas al denominado “recurso por exceso de poder” que ha consagrado el derecho francés mediante creación jurisprudencia de vieja data, en cuanto atañe a pretender que se anule el acto administrativo en razón de una de las causales que se han visto en el párrafo precedente.

*Ahora bien, como se venía explicando ut supra, la acción de restablecimiento del derecho (la misma que antes se conocía con el nombre de “acción de plena jurisdicción” (CCA, art. 667, L. 167/41) y hoy “acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (D.L. 2304/89, art. 15), aunque en verdad es típicamente de carácter subjetivo (“Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo...”), guarda estrecha armonía con la acción de nulidad simple (tutelar el derecho objetivo), puesto que como se deriva de la simple lectura del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo vigente, **los motivos que se pueden invocar por el demandante, en una u otra acción, son comunes. De allí que una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho sea la anulación del acto administrativo y que otra, consecuencia de los resultados favorables de ésta, el restablecimiento en su derecho. Más, lógicamente, que ese restablecimiento está supeditado a que el derecho subjetivo del interesado exista, porque si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.***

*Esto último fue lo que observó el tribunal en el caso particular del actor, y vio cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión (...). **Que la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de la nulidad del acto y la del restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo debe acceder indubitablemente a ésta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se requiere restablecer, no exista”** (negrillas y subrayas fuera de texto).*

Esta posición fue enfatizada por la Corte Constitucional en el análisis por demanda contra el art. 81.2 de la Ley 142 de 1994 modificado por el art. 208 de la Ley 1753 de 2015, en el aparte "La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución" en esta sentencia la Alta Corporación concluye que es inexecutable y dentro de sus consideraciones reafirma la carencia de antijuridicidad y por ende la ausencia de responsabilidad del estado, en la expedición de la sanción, por eso carece totalmente de fundamento la pretensión antes indicada, al respecto se transcriben las consideraciones del Máximo Juez Constitucional:

"Partiendo de esa premisa, trataremos de llegar a algunas conclusiones a continuación.

El perjuicio económico en el que incurren las empresas de servicios públicos a quienes se les impone una multa de la SSPD, no genera un daño antijurídico ni responsabilidad patrimonial del Estado.

56.- Recordemos que el artículo 81.2 parcial de la Ley 142 de 1994 acusado, establece el deber que tienen las empresas de servicios públicos domiciliarios, a las que se les impuso una multa por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, de interponer la acción de repetición en contra del servidor público subjetivamente responsable. La norma es acusada de ser contraria al artículo 90 constitucional, por desconocer los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado y los requisitos del daño antijurídico, que son la causa de la acción de repetición.

Para dar respuesta a esas y otras preguntas, es necesario partir de dos premisas iniciales sobre el entendimiento que puede tener la regla del artículo 81.2 parcial acusada, en relación con el artículo 90 superior.

La primera premisa, parte del supuesto de que el Legislador entendió en el artículo acusado, que la multa impuesta por la SSPD, en sí misma, podía ser considerada como un "daño antijurídico" para la empresa de servicios públicos, que ella no estaba obligada a soportar, habilitando en consecuencia la repetición contra sus agentes subjetivamente responsables. La segunda premisa posible, por el contrario, parte del supuesto propuesto por algunos intervinientes, de que la multa es finalmente otra forma de "terminación del conflicto administrativo" en los términos del artículo 2o de la Ley 678 de 2001, y que en virtud de ello, se cumplirían los requisitos para la acción de repetición.

57.- Si se trata del primer caso, esto es, de considerar la multa impuesta por la SSPD en sí misma, como una expresión de un "daño antijurídico" que habilita la acción de repetición, lo cierto es que ello desconocería abiertamente el artículo 90 de la Constitución.

La responsabilidad patrimonial del Estado, como vimos, está soportada en la idea clásica de proteger el patrimonio de los asociados de los daños causados por el Estado, bajo las premisas de la existencia de un daño antijurídico, esto es, un daño no justificado y que además el ciudadano no está llamado a soportar, el cual, siendo imputable a la Administración -es decir, producto de su actividad y en conexidad con ella-, da cuenta de la responsabilidad del Estado y le asegura el derecho a una indemnización patrimonial.

Visto lo anterior, debería la Corte determinar: (i) si el pago de una multa impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos constituye un perjuicio patrimonial que jurídicamente "un asociado" no esté llamado a soportar, de manera que pueda ser considerado como un daño antijurídico en los términos descritos y (ii) si dicha multa constituye una imputación al Estado de responsabilidad patrimonial.

Se destaca entonces que el daño antijurídico, bajo los supuestos discutidos hasta el momento, debe recaer en principio, sobre un sujeto pasivo que en general, es una persona natural o jurídica, descrita por la jurisprudencia y la doctrina constitucional, como un particular, un asociado, un ciudadano, un administrado o una víctima del Estado. En efecto, tomando en consideración que en sus orígenes, la responsabilidad patrimonial del Estado fue pensada como un mecanismo de protección para los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, no es ajeno a la responsabilidad patrimonial que sus premisas se estructuran sobre la base de asegurar esa protección ciudadana. Las normas constitucionales relacionadas con la responsabilidad estatal van precisamente dirigidas a asegurar ese tipo de protección de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, tenemos que el daño o perjuicio previsto aquí por el Legislador, desde esta perspectiva, es en realidad un menoscabo económico sufrido por quien hace la erogación correspondiente o paga la multa, que en este caso, es la empresa de servicios públicos.

Claramente ello no genera un daño antijurídico en el sentido en que el concepto ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial del estado.

Como se puede ver de las consideraciones anteriores, una multa impuesta por el Estado a una empresa de servicios públicos, en ejercicio del deber legal de asegurar que se respete el ordenamiento jurídico, siendo éste un mandato incumplido por la misma empresa sancionada, difícilmente puede ser considerado como la expresión de un daño "antijurídico" que de origen a responsabilidad patrimonial del Estado. El daño antijurídico es aquel que, quien lo sufre, no está obligado jurídicamente a soportarlo, es decir que carece de un título jurídico válido que lo soporte. Ello no ocurre cuando, en gracia de discusión, se le impone a una entidad de este tipo una multa, por el incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, que claramente son de su competencia.

Tal daño no cae bajo los supuestos que regula el artículo 90 superior, y por lo tanto, tampoco por este aspecto debe ser objeto de forzosa reparación en los mismos términos. Si bien la multa y su imposición pueden ser imputables al Estado, el daño derivado de la multa para la empresa de servicios públicos, no es antijurídico, lo que impide que se consolide responsabilidad patrimonial alguna por parte del Estado.

De este modo, no puede ser la misma multa percibida como un "daño antijurídico" en sí mismo considerado, que signifique responsabilidad patrimonial del Estado, porque: (a) no existe un daño a un asociado en términos reales, sino un debate entre dos empresas con posición de autoridad, por el cumplimiento o incumplimiento de la ley; y aún en gracia de discusión que pudiera predicarse en favor de la empresa de servicios públicos, (b) el daño no es antijurídico, porque la multa fue impuesta en cumplimiento de un deber legal que le daba justificación material al Estado para imponer la multa, por lo que en cualquier caso el afectado - si se entiende por él a la empresa de servicios públicos -, "estaba llamada a soportarlo" ya que no se trató de una lesión injusta a su patrimonio, sino de una sanción que estaba obligada a asumir, en aras de proteger el interés general de la sociedad y el ordenamiento jurídico y los fines propios de la prestación de servicios públicos.

58.- A su vez, la acción de repetición que se deriva de la habilitación que autorizó el Legislador en la norma que se acusa, no está entonces realmente soportada en un reconocimiento indemnizatorio que debió cumplir el Estado o que el Estado pagó a un tercero por un daño antijurídico, porque independientemente de que se haya impuesto la multa, el daño antijurídico no se dio, de manera tal que su fuente necesariamente está desligada del artículo 90 superior.

En ese orden de ideas, si la multa no es una expresión de un daño antijurídico en los términos descritos, y la repetición que autoriza el Legislador, sobre la base de haber realizado un pago aparentemente indemnizatorio, nunca se dio, la repetición a la que se alude en este caso concreto carece de fundamento constitucional requerido en los términos del artículo 90 superior. Si ello es así, la hipótesis acusada por el demandante en esta oportunidad debe ser declarada inexecutable, porque el Legislador utiliza indebidamente la acción de repetición bajo fundamentos ajenos a los previstos en el artículo 90 superior, para dar cuenta de una responsabilidad patrimonial del Estado que no existe y que no puede ser soportada sobre la base del artículo 90 constitucional.

La multa impuesta por la SSPD no es un reconocimiento indemnizatorio propio de la responsabilidad patrimonial del Estado, que se haya dado a través de una de las formas de "terminación del proceso" exigidas para la procedencia de la acción de repetición.

59.- Con todo, una segunda premisa sobre la hipótesis demandada debe ser objeto de análisis, porque a ella acuden algunos de los intervinientes para sustentar la constitucionalidad de la norma. En efecto, se aduce que la multa administrativa impuesta por la SSPD, refleja válidamente los términos descritos por la Constitución con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, al ser el resultado o una de las formas de expresión de "la terminación del conflicto" de las que habla el artículo 2o de la Ley 678 de 2000[226] y eventualmente tener fundamento en perjuicios causados a terceros. Con el propósito de indagar sobre este aspecto en particular y a título meramente ilustrativo, presenta la Sala el siguiente cuadro comparativo, para evaluar si la multa impuesta por la SSPD puede llegar a expresar realmente la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos del artículo 90 superior. El propósito es establecer si el proceso que termina con la multa, efectivamente puede dar cuenta de las exigencias requeridas por el artículo 90 superior en materia de responsabilidad del Estado, como sigue:

	Multa de la SSPD	Responsabilidad Patrimonial del Estado
Origen	Ley especial en materia de servicios públicos.	Art. 90 Constitucional.
Objetivo	Sancionatorio/ preventivo.	Protección de los derechos patrimoniales de los asociados
Naturaleza	Sancionatoria no indemnizatoria.	Indemnizatoria/ resarcitoria
Partes en el "conflicto"	Estado vs. Estado; o Estado vs. Particulares investidos de autoridad.	Particulares vs. Estado
Forma de resolución del "conflicto"	Acto Administrativo de Superintendente	-Sentencia, Conciliación u otras formas de terminación del conflicto.
Reconocimiento que se concede	a. Declaración de <u>violación o incumplimiento</u> de las normas a las que "deben estar sujetas" las empresas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994. b. Sanción y monto. Nótese que aquí no es necesario acreditar, ni siquiera un daño a terceros, así no sea antijurídico. Mucho menos el antijurídico.	a. Declaración de la <u>existencia de daño antijurídico imputable al Estado</u> . b. Indemnización.
Tipo de reconocimiento	Administrativo	Judicial o con efectos judiciales
Firmeza del acto	Puede ser demandado ante lo contencioso administrativo.	Presta mérito ejecutivo. / Cosa juzgada.
Producto	Sanción pecuniaria que ingresa al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos (Art. 81 Ley 142 de 1994). Nótese que de aquí no se deriva obligación de indemnizar (Art. 79-12 de la Ley 142 de 1994).	Declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y obligación de indemnizar, que al momento del pago, ingresa al patrimonio del asociado.
Afectación que controla	Violación del ordenamiento jurídico y/o tercero (daño). ¿Estaba el tercero obligado a soportar o no el daño? Esa no es una valoración que deba hacerse en el proceso que termina en multa. Basta el incumplimiento normativo. En el proceso administrativo, no se está obligado a saber si hay o no daño antijurídico.	Daño antijurídico causado a una persona, ciudadano o asociado que este no estaba obligado de soportar.
Acción de repetición	Si. Para obtener el reintegro de la multa. Ley 142 de 1994	Si. Para obtener el reintegro del pago por la indemnización ante el daño antijurídico. (Art. 90 C.P)

60.- En mérito de lo expuesto, es evidente que a través del proceso administrativo establecido en la Ley 142 de 1994 que genera la multa de la que habla el artículo 81.2 de la misma ley, hoy acusada, no es posible que se determine la existencia o no de un daño antijurídico, ni se verifique la imputabilidad al Estado, ni se establezca si debía o no ser soportado el daño por el ciudadano, en el hipotético caso en que, con un incumplimiento normativo, exista un perjuicio para algún asociado en los actos que dieron origen a las multas.

Tampoco es el escenario para que un tercero presuntamente afectado pueda acreditar la vulneración real de sus derechos patrimoniales, ni exigir el pago de la indemnización correspondiente. En el procedimiento administrativo sancionatorio en el que la SSPD expide

una multa, no se resuelve en estricto sentido un "conflicto" que, en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado surge entre el Estado y los particulares. Este procedimiento, busca simplemente establecer el cumplimiento o incumplimiento de normas, por lo que no se trata de un conflicto en sentido pleno, sino de la atribución reglada que la SSPD tiene, para imponer sanciones administrativas. Y la razón de esta realidad, es sencilla: todos los aspectos anteriormente expuestos y relacionados con la acreditación del daño antijurídico, no son el objetivo a desarrollar y promover en la facultad sancionatoria asignada a la Superintendencia en las normas que se estudian, ya que esa actuación no fue pensada para el efecto.

Así, la facultad sancionatoria que tiene la Superintendencia con estas multas, no tiene como propósito resolver "conflictos" ni dar respuesta a necesidades indemnizatorias, por lo que no se le puede exigir a un procedimiento específico y reglado, actuar en contra de su propia naturaleza. Menos aún, concederle a un proceso administrativo orientado a otros resultados, la potestad de dar declaraciones sobre la "responsabilidad patrimonial del Estado" a motu proprio, desconociendo el rigor de las exigencias planteadas en el artículo 90 de la Constitución.

Pero hay más, la finalidad de los procesos prescritos por el Legislador, es la realización del derecho sustancial. En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, los derechos en juego son los patrimoniales de los ciudadanos, por lo que las exigencias procesales para garantizar esos derechos deben estar soportadas en mecanismos jurídicos y procesales que respeten las garantías mínimas del proceso y aseguren la real protección de los derechos ciudadanos.

Las debilidades del proceso administrativo en mención son elocuentes. Y pueden demostrarse ante el hipotético caso de la existencia real de un daño antijurídico que un ciudadano no ha debido soportar, con la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de una autoridad pública, causado por una empresa de servicios públicos domiciliarios. De ser ese el caso, es posible que la Superintendencia decida ponerle una multa a la entidad acusada por incumplimiento normativo. Pero incluso si lo hace, nos preguntamos: ¿esa multa relevaría al ciudadano de la necesidad de demandar la reparación del daño antijurídico del que fue víctima por parte del Estado por los medios procesales habilitados para el efecto? La respuesta es negativa. En virtud del artículo 90 superior, el ciudadano está habilitado perfectamente para obtener la indemnización correspondiente si logra probar la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero ¿podría el Superintendente, además de la multa, decretar una indemnización en favor del ciudadano al ser evidente el daño antijurídico por la empresa multada? La respuesta también es negativa a esa inquietud porque las autoridades administrativas tienen sus competencias regladas, están obligadas a realizar únicamente lo autorizado por la ley y en el caso de la SSPD, su facultad es eminentemente sancionatoria.

Por ende, no puede hallársele razón a los intervinientes que alegan que es posible a través de esta multa, cumplir con los propósitos del artículo 90 superior, teniendo en cuenta que: (a) su propia naturaleza es ajena a las exigencias que deben acreditarse para invocar la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos constitucionales descritos; y (b) el proceso administrativo sancionatorio no tiene como eje central analizar esa responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que es muy difícil concluir como lo hacen algunos, que la multa es expresión o es una declaración, precisamente, de esa "responsabilidad patrimonial del Estado" y que por ende es pertinente la repetición correspondiente.

61.- Aunado a lo anterior, no es la multa, ni el proceso administrativo sancionador del que ella se desprende, un proceso que pueda ser concebido como una forma de "terminación del conflicto" que autorice la acción de repetición en los términos enunciados por el artículo acusado. El artículo 2o de la Ley 678 de 2001, - que tiene fundamento en el artículo 90 superior-, reconoce que para que proceda la repetición debe haberse dado un "reconocimiento indemnizatorio" proveniente de una condena, conciliación o una otra forma de "terminación del conflicto". La multa en modo alguno, es un reconocimiento indemnizatorio, pero si en gracia de discusión se piensa en ella como forma de terminación del conflicto, también hay dificultades en esa conclusión.

En efecto, la multa no puede entenderse como una forma de terminación de un conflicto relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando los particulares en estos procesos, son los denunciados de las irregularidades o los afectados, pero difícilmente las partes mismas del proceso sancionatorio.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación o los designados para la "terminación de un conflicto", antes que nada, deberían ser recursos efectivos para garantizar los derechos que se busca proteger en cada caso, con su creación. Como vimos en esta providencia, la tradición jurisprudencial es amplia en materia de protección y garantía de los derechos patrimoniales de los asociados frente a los daños antijurídicos generados por el Estado, por lo que las exigencias frente a esos mecanismos alternativos de resolución de conflictos o de terminación de los mismos, deben ir dirigidas a que puedan cumplir de manera efectiva con el propósito para el cual son creados, que en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, tiene que ver con la declaración de la responsabilidad estatal y la determinación de la indemnización correspondiente, que debe costear el Estado, por el daño antijurídico que le sea imputable. Por consiguiente las formas de "terminación del conflicto", deben ser mecanismos propuestos por el Legislador que puedan mínimamente lograr de manera efectiva ese propósito sustantivo y no otro.

En ese orden de ideas, como lo ha señalado reiteradamente esta Corporación, el derecho al acceso a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos recursos resulten realmente idóneos y eficaces. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que:

"(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". [227]

No pueden considerarse efectivos, en consecuencia, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiriéndose al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos:

"...aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia." [228]

62.- Evidentemente, la condena emitida en un proceso contencioso administrativo, no es el único medio para corroborar esa responsabilidad patrimonial del Estado, conforme a lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación y lo reconocido por el Legislador, al admitir otras formas de "terminación del conflicto", como fuente válida de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial estatal y por consiguiente de una "condena" por daño antijurídico que pueda dar lugar a una repetición. Sin embargo, el medio que se establezca para dar cuenta de la responsabilidad patrimonial del Estado, si debe cumplir con ese propósito material.

Siendo ello así, ya que la justicia estatal formal no siempre es suficiente para la resolución pacífica de los conflictos, la Constitución también ha permitido el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos [229], autorizando por ejemplo a los particulares a solucionar las controversias a través de personas que revestidas transitoriamente de la función de administrar justicia, actúen en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para que profieran decisiones en derecho o en equidad, en los términos que la misma ley señale. (C.P., art. 116) [230].

Los mecanismos alternos de resolución de conflictos, en efecto: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como es el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia; y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, pero éste no se debe tener su fin único o esencial [231].

Así, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, son importantes opciones de justicia autocompositiva que complementan las iniciativas vigentes a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, "mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son

instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos"[232].

63- De lo anterior se concluye, que ni la multa propuesta por la SSPD, ni el procedimiento sancionatorio del que deriva, tuvieron el propósito indemnizatorio que se exige en virtud del artículo 90 superior para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese sentido, tampoco fueron concebidos como formas de terminación de un conflicto en los términos del artículo 90 y en consecuencia, no constituyen un mecanismo válido de declaratoria de responsabilidad patrimonial que justifique o autorice una acción de repetición por parte de las empresas sancionadas.⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, no es procedente el restablecimiento del derecho solicitado, al no emanar de los actos administrativos demandados ningún tipo de responsabilidad patrimonial del Estado.

4.6.4. EXCEPCION PREVIA DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES

Según el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, cuando se pretenda demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo asuntos que son conciliables, es necesario cumplir con la solicitud de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales

El referido artículo fue reglamentado por el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009 que, en el artículo 2º, indica los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo así: "Artículo 2º. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de los contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

En la presente demanda habida cuenta que se pretende la devolución de las sumas de dinero que ELECTRICARIBE canceló por concepto de la sanción por configuración del silencio administrativo positivo, y teniendo en cuenta que dichas sumas no son de propiedad de mi representada sino del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y al tratarse de una pretensión conciliable, el actor debió agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial convocando a Fiduciaria Bogotá, la falta de este requisito genera inadmisión de la demanda, conforme lo establece el art. 170 del CPACA

"(...) su omisión, como en efecto se dio, inhibe el ejercicio de la acción en su contra, circunstancia que le da la razón a la recurrente en cuanto a la procedencia de la excepción previa de inepta demanda por ausencia del requisito de procedibilidad"⁸

V.- SOCIALIZACIÓN REGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Para el caso concreto, resulta aplicable la Ley 142 de 1994, en los siguientes artículos:

"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.

ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. 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. Son funciones de esta las siguientes:

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-957/14

⁸

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

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.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones.

3. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.

4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

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 hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.

81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.4. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva. "

Para este caso en particular, resulta menester tener en cuenta lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia del dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), con radicación número: 25000-23-24-000-2001-9130-01(13353), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ:

"(...) "Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."

"(...)...la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación."

"Sobre el momento en que finaliza el término de caducidad para imponer las sanciones esta Sala ha estimado que es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos."

VI.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional Sentencia C – 451 de 1999 de 10 de junio de 1994, M. P. Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, en cuanto el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 fue subrogado tácitamente por el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995.
- Corte Constitucional Sentencia C – 272 de 1 de abril de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en relación con el Silencio Administrativo Positivo de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuanto tiene que ver con la facultad de vigilancia y control de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y la imposición de sanciones.
- Consejo de Estado, Sección Primera M.P. Dr. Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta, Expediente 117 de 27 de julio de 2006.
- Corte Constitucional Sentencia T – 1160A de 2006, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicación: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549).
- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de Febrero cinco (5) de 1998. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente N° 98 AC-5436.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 3. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. MAGISTRADA PONENTE. STP13706-2014. Radicación No.: 75831 Acta No. 320 Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014)
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00115-01 (47783)
- El Concepto Unificado No. 16 de 2010 retoma los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, como tribunal en quien reposa la competencia para interpretar el alcance de los preceptos establecidos en la Constitución Política, entre ellos, el alcance del derecho de petición y en particular, aquel que define que la respuesta que se ofrezca ante una petición debe ser notificada al interesado y no simplemente dada a conocer por cualquier medio.
- Concepto SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS UNIFICADO 31 donde se analiza lo referente a la notificación, su alcance, regulación e importancia dentro de las investigaciones administrativas como en el debido desarrollo del contrato de condiciones uniformes y el manejo de PQRS por parte del prestador del servicio. Igualmente, se desarrolla el debido uso que se le debe dar al correo certificado y las clases de notificaciones que se pueden presentar o dar uso para los diferentes procedimientos.

De igual manera, se ha hecho énfasis en que esta Superintendencia acoge plenamente el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado que se encuentra vertido en la Sentencia de febrero 5 de 1998, Sección Tercera, Expediente No. 98 AC-5436, según la cual: "Las actuaciones posteriores a la producción del acto presunto, tales como la respuesta, la interposición de recursos, resolución de los mismos, etc. son inocuas y, por tanto, no surten ningún efecto.

VII.- PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por esta Superintendencia en cada uno de los actos administrativos, cuyos planteamientos nuevamente reitero, le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, se declare probadas las excepciones de legalidad de los actos administrativos demandados, y las excepciones de que No se demanda el acto ficto o presunto emanado de la declaratoria del Silencio Administrativo Positivo, por lo cual así se declarara la nulidad de los actos administrativos demandados quedaría incólume el acto presunto por no haber sido atacado; Falta de legitimación en la causa de la SSPD respecto de la pretensión de devolución de las sumas canceladas por concepto de la multa impuesta a ELECTRICARIBE, las sumas recaudadas por dicho concepto no entran al patrimonio de mi representada sino a un patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. quien para restituir dichas sumas deberá ser vencida en juicio; Inexistencia de responsabilidad civil del Estado (SSPD) por la expedición de sanción (multa) por configuración del Silencio Administrativo Positivo, toda vez que no puede predicarse antijuridicidad de la acción sancionatoria del Estado; y por último se alega la excepción previa de inepta demanda por falta de los requisitos formales, respecto de la patrimonio autónomo denominado Fondo Empresarial de la SSPD cuyo vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A. puesto que la pretensión resarcitoria de devolución de sumas canceladas por concepto de multa es conciliable y de su exclusiva competencia, debiendo el demandante previamente a llamarla en juicio agotar el requisito de la conciliación prejudicial; se deniegue así mismo las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

IX.- PRUEBAS

Teniendo en cuenta la solicitud de pruebas presentada por el actor en la demanda, manifiesto al Despacho que no demuestran los cargos que se alegan al contrato reafirman los argumentos de la SSPD en el sentido de que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, se sancionó por la configuración del SAP.

Solicito se tengan como pruebas los siguientes documentos: El expediente administrativo sancionatorio que dio lugar a las resoluciones demandadas, así como los documentos relacionados en el capítulo de anexos para acreditar la personería administrativa.

X.- ANEXOS

Poder especial conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Resolución de nombramiento, Acta de Posesión, referidos a las calidades de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cargo este último en el cual recae la función de representar judicialmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios conforme al numeral 15 del artículo 11 del Decreto 990 del 23 de mayo de 2002.

Además de los anteriores, los siguientes: El expediente administrativo sancionatorio que dio lugar a las resoluciones demandadas.

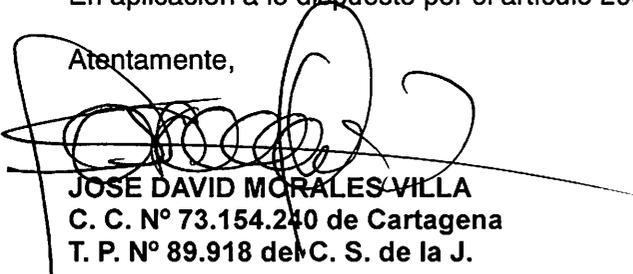
XI. NOTIFICACIONES

Le ruego disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C.; y al suscrito recibirá notificaciones en la secretaría de su Despacho y en los correos electrónicos:

jdmorales@superservicios.gov.co y notificacionesmoralesvilla@gmail.com,

En aplicación a lo dispuesto por el artículo 205 del C.P.A.C.A.

Atentamente,


JOSE DAVID MORALES VILLA
C. C. N° 73.154.240 de Cartagena
T. P. N° 89.918 del C. S. de la J.



Señores
JUZGADO QUINTO (5°) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA
E. S. D.

Referencia: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Radicación: 13-001-33-33-005-2018-00231-00

-CONTESTACIÓN DE DEMANDA-

HERNANDO PARRA NIETO, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 39.463 del Consejo Superior de la Judicatura, e identificado con la cédula de ciudadanía número 19.480.678 expedida en Bogotá, obrando en el presente asunto como apoderado judicial de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, sociedad anónima de servicios financieros legalmente constituida mediante Escritura Pública No. 3178 del 30 de septiembre de 1991 otorgada en la Notaría 11 de Bogotá, con permiso de funcionamiento concedido por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Resolución No. 3615 del 4 de octubre de 1991; quien fuera vocera del **Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, representada legalmente por **ANA ISABEL CUERVO ZULUAGA** mayor de edad identificada con cedula de ciudadanía No. 30.295.441 de Manizales, todo de conformidad con el poder especial otorgado al suscrito el cual acompaño al presente escrito a manera de anexo, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me dirijo a su Despacho con el propósito de dar contestación a la demanda impetrada dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, y en donde resultó vinculada la sociedad **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** para oponerme de manera íntegra y radical a la prosperidad de las pretensiones invocadas por el demandante, en razón de la carencia absoluta de todo soporte fáctico y jurídico, todo lo anterior en los términos que a continuación se exponen:

A LOS HECHOS

Los replico como se consigna enseguida:

Al Hecho Primero. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con la actividad de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, con sus usuarios, del todo ajena a la actividad de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.

Al Hecho Segundo. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con la actividad de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, con sus usuarios, del todo ajena a la actividad de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.



Al Hecho Tercero. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con la actividad de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, con sus usuarios, del todo ajena a la actividad de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.

Al Hecho Cuarto. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con la actividad de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, con sus usuarios, del todo ajena a la actividad de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.

Al Hecho Quinto. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con las facultades sancionatorias de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** adelantadas en contra de la sociedad **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, la cual resulta del todo ajena a la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.

Al Hecho Sexto. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con el ejercicio de los derechos y facultades de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, a los cuales resultan del todo ajena a la actividad de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

Al Hecho Séptimo. - No me consta.

El presente hecho se refiere a circunstancias relacionadas con las facultades sancionatorias de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** adelantadas en contra de la sociedad **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, la cual resulta del todo ajena a la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad que represento se atiene a lo que resulte debidamente demostrado en el trámite procesal.

Al Hecho Octavo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Noveno. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas respecto del artículo 68 de la ley 1137 de 2011.

Al Hecho Décimo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

J. C. C. C.
aria
O
REIN
A. D. C.
RIA
; RON

Al Hecho Décimo Primero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Segundo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas respecto del artículo 68 de la ley 1137 de 2011.

Al Hecho Décimo Tercero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas respecto del artículo 69 de la ley 1137 de 2011.

Al Hecho Décimo Cuarto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Quinto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Sexto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Séptimo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Octavo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Décimo Noveno. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo. - No es un hecho.

Corresponde a la transcripción del artículo 43 del Decreto 019 de 2012.

Al Hecho Vigésimo Primero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Segundo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.



Al Hecho Vigésimo Tercero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Cuarto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Quinto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Sexto. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Séptimo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Octavo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Vigésimo Noveno.- No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Trigésimo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Trigésimo Primero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Trigésimo Segundo. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Trigésimo Tercero. - No es un hecho.

Corresponde a consideraciones jurídicas y fácticas del demandante.

Al Hecho Trigésimo Cuarto. - No me consta.



A LAS PRETENSIONES

Me opongo integralmente a las pretensiones propuestas en el escrito de la demanda, por carecer ellas de todo sustento fáctico y jurídico, por tanto, solicito se declare por el Despacho su desestimación absoluta, con la petición respectiva de condenar en costas a la demandante.

La anterior oposición se sustenta además en la formulación de las excepciones de mérito o de fondo que se consignan en el presente escrito y que enervan del todo las pretensiones formuladas por la demandante en cuanto a mi representada se refiere.

EXCEPCIONES DE MÉRITO O DE FONDO

Solicito a ese Despacho reconocer en el fallo que ponga fin a la controversia sometida a su decisión todas las excepciones de fondo o de mérito formuladas a continuación, con miras a desestimar todas las pretensiones consignadas en la demanda respecto de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**:

- I. **AUSENCIA DE VÍNCULO CONTRACTUAL, LEGAL O REGLAMENTARIO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**
- II. **AUSENCIA DE VÍNCULO CONTRACTUAL, LEGAL O REGLAMENTARIO ENTRE ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. Y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**
- III. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA RESPECTO DE LA VINCULADA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**
- IV. **AUSENCIA DE AFECTACIÓN DE DERECHOS POR PARTE DE LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., CUYO RESTABLECIMIENTO ES SOLICITADO POR LA DEMANDANTE.**
- V. **AUSENCIA DE SUSTENTO FACTICO Y JURÍDICO PARA LA VINCULACIÓN DE LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. AL PRESENTE MEDIO DE CONTROL.**
- VI. **EXCEPCIÓN GENÉRICA, ES DECIR LA CONFORMADA POR LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD, COMPENSACIÓN Y NULIDAD SUSTANCIAL RELATIVA O CUALQUIERA OTRA QUE SE PRUEBE DURANTE EL PROCESO Y TENDIENTE A ENERVAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EN CONTRA DE MI REPRESENTADA.**

De conformidad con lo señalado en el numeral 3º del artículo 96 del Código General del Proceso me permito fundar las excepciones formuladas en los siguientes términos:



Como primera medida se impone señalar que la vinculación de la sociedad **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** al presente Medio de Control impetrado por la sociedad **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, tuvo como sustento la la vocería y administración ejercida por la referida sociedad Fiduciaria del Patrimonio Autónomo denominado como "**FONDO EMPRESARIAL**" constituido por con ocasión de la suscripción del **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, de fecha siete (7) de enero de 2014, e identificado con el número **3-1-41131**.

De conformidad con el contenido del **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS**, antes referido, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** denominado como "**FONDO EMPRESARIAL**" cuya vocería era ejercida por la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, tendría como recursos para su administración los trasferidos por la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS** y derivados de las multas impuestas por esa entidad en ejercicio de sus funciones, recursos que ahora son perseguidos por la demandante.

No obstante lo anterior, resulta necesario señalar que el **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, suscrito el día siete (7) de enero de 2014, identificado con el número **3-1-41131** y mediante el cual se constituyó el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** denominado como **FONDO EMPRESARIAL** cuya vocería era ejercida por la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** fue **TERMINADO Y LIQUIDADO DE MANERA ANTICIPADA Y DE MUTUO ACUERDO POR LAS PARTES** el día dos (2) de noviembre de 2017.

Efectuada la **TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MANERA ANTICIPADA Y DE MUTUO ACUERDO POR LAS PARTES** del referido **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** suscrito el día siete (7) de enero de 2014, los recursos que integraban el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** denominado como **"FONDO EMPRESARIAL"** fueron transferidos a la **FIDUCIARIA BBVA S.A.**, por disposición de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**. De contera que los recursos derivados de las multas impuestas por la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS** en ejercicio de sus funciones, ahora son administrados por la **FIDUCIARIA BBVA S.A.**

De conformidad con lo anterior, la sociedad **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, no resulta vocera ni administradora de **PATRIMONIO AUTÓNOMO** alguno que administre recursos de la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**, derivados de las multas impuestas por esa entidad en ejercicio de sus funciones, recursos que ahora son perseguidos por **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, tal y como consta en el certificado expedido por la doctora **ANA ISABEL CUERVO ZULUAGA**, representante legal de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** de fecha diecisiete (17) de mayo de 2019, que acompaña el presente escrito como prueba documental.

El sustento fáctico de las anteriores excepciones será demostrado durante el desarrollo del proceso mediante los medios probatorios existentes en el expediente, mediante los que se solicitan a continuación, como también por medio de aquellos que se aporten durante las oportunidades prevenidas en la ley procesal.

PRUEBAS

Con el objetivo de demostrar los hechos en que se sirven de sustento a las excepciones propuestas y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 211 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en los artículos 164 y siguientes del Código de General del Proceso, solicito al Despacho decretar y apreciar como pruebas las siguientes:

I. Documentales:

Con el valor asignado por la ley para los documentos emanados de las partes, y de conformidad con lo prevenido por los artículos 243 y siguientes del Código General del Proceso, y en atención al valor probatorio de las copias contenido en el artículo 246 del referido estatuto procesal, me permito allegar como prueba los siguientes:

1. Copia simple del **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, de fecha siete (7) de enero de 2014, e identificado con el número **3-1-41131**.
2. Copia simple del **ACTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS NO. 3-1-41131 CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, suscrita el día dos (2) de noviembre de 2017.



3. Certificado expedido por la doctora **CAROLINA LOZANO OSTOS**, representante legal de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** de fecha diecisiete (17) de mayo de 2019, respecto del estado del el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** denominado como "**FONDO EMPRESARIAL**".

NOTIFICACIONES

La sociedad vinculada **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, recibirá notificaciones en la calle 67 No. 7 – 37 Piso 3, en la ciudad de Bogotá.

Como apoderado de la parte demandada, recibiré notificaciones en la carrera 15 No. 88-64 oficina 619 en la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico hernando@parranietoabogados.com y camilolizcano@parranietoabogados.com

PETICIÓN FINAL.

Por medio de este escrito reitero la solicitud de reconocimiento de personería para actuar como apoderado de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**

ANEXOS

Los documentos anexos a la presente demanda son:

1. Los indicados en el acápite de pruebas documentales.
2. Poder especial para actuar otorgado al suscrito.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Del Señor Juez,



HERNANDO PARRA NIETO

C.C. No. 19.480.678 de Bogotá

T.P. No. 39.463 del Consejo Superior de la Judicatura.



Notaria

30

Notaria Treinta de Bogotá

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

EL NOTARIO 30 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

El anterior escrito fue presentado personalmente por su signatario:

PARRA NIETO LUIS HERNANDO

Identificado con: C.C. 19480678

y Tarjeta Profesional No. 39463

en la Notaria Treinta del Círculo de Bogotá D.C.



hkuy8binyiyhkh

Bogotá D.C. 20/05/2019

a las 12:30:21 p.m.

necg

Verifique estos datos en

www.notariaenlinea.com

BL74BTFW1L96KUUY

A continuación firma el Declarante:



4