

Señor Juez

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

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXP. RADICADO No: 13001-33-33-005-2018-00176-00
DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS.

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

I. SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

AL 1). NO NOS CONSTA, pero se infiere de los documentos aportados.

AL 2). NO NOS CONSTA, pero se infiere de los documentos aportados.

AL 3). NO NOS CONSTA, toda vez que no se tuvo conocimiento de dicha situación y tampoco se participó de manera directa en el hecho expuesto por el demandante.

AL 4). NO NOS CONSTA, toda vez que no se tuvo conocimiento de dicha situación y tampoco se participó de manera directa en el hecho expuesto por el demandante.

AL 5). NO NOS CONSTA, pero se infiere de los documentos aportados.

AL 6). ES CIERTO, mediante la Resolución No. 20178000193725 del 05 de octubre de 2017, la SSPD resolvió sancionar a ELECTRICARIBE con multa de \$13.789.080 por indebida notificación y, por ende, incurrir en Silencio Administrativo Positivo.

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

AL 8). ES CIERTO, mediante la Resolución 20188000011725 del 16 de febrero de 2018, la SSPD resolvió confirmar la resolución sancionatoria.

AL 9). NO ES UN HECHO, es una citación jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la noción, ejecución y finalidad del Silencio Administrativo Positivo frente a las peticiones elevadas a la Administración.

AL 10). NO ES UN HECHO, es un juicio de valor emitido por la parte actora, al manifestar que la Ley 1437 de 2011 no brinda un término claro para efectuar la

notificación por aviso. Así mismo, alude una cita el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011; por tanto, no se debe considerar como tal. Sin embargo, la ley y la jurisprudencia son claras al decir que se debe enviar el aviso al cabo de los cinco días, es decir, una vez finalizado el quinto día hábil.

AL 11). NO ES UN HECHO, nuevamente se refiere a una interpretación normativa realizada por la parte demandante sobre el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

AL 12). NO ES UN HECHO en sentido estricto, por el contrario, es una citación sobre un Concepto emitido por la SSPD.

AL 13) y 14). NO SON HECHOS, se refiere a una interpretación normativa realizada por la parte demandante sobre el artículo 158 de la ley 142 de 1994, en relación con el término para dar respuesta a las peticiones de los usuarios, conforme al proceso de notificación de la ley 1437 de 2011. Se debe resaltar que la notificación es la forma correcta de dar a conocer los actos administrativos de carácter particular emitidos por la administración.

AL 15). NO NOS CONSTA, lo que se pruebe en el proceso. Lo anterior, por cuanto no se participó de manera directa en el hecho alegado. Cabe resaltar, que también se evidencia una citación de una sentencia proferida por el Juzgado 14 Administrativo del Circuito de Barranquilla, en relación con la aplicación del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011 para dar respuesta a las peticiones elevadas por los usuarios; por tanto, no se debe considerar como un hecho.

AL 16). NO NOS CONSTA, lo que se pruebe. Lo anterior, toda vez que no se participó de manera directa en el hecho sujeto a demanda. También, se evidencia una interpretación subjetiva del demandante, al alegar la falta de configuración del Silencio Administrativo Positivo por cuanto éste no hace relación a la notificación sino a la respuesta, olvidando que la notificación es la forma en que se da a conocer al usuario un acto administrativo de carácter particular que resuelve su petición.

AL 17). NO ES UN HECHO, es un extracto jurisprudencial del Consejo de Estado, en relación con los efectos de la notificación o notificación irregular de los actos administrativos. Aquí se confunden las cosas para el demandante, porque una cosa es la validez del acto administrativo en términos generales, que en términos generales producen silencio negativo, pero una muy distinta la falta de respuesta de los actos que resuelven peticiones a los usuarios de servicios públicos, pues el acto ficto de contenido positivo se configura por la no respuesta, es decir no manifestar la decisión, que sólo se logra con la notificación.

AL 18) y 19). NO SON HECHOS, son interpretaciones de la demandante acerca de la existencia y validez de los actos administrativos, que lo hace por analogía con el procedimiento administrativo; igualmente, se presenta un extracto jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con los términos para notificación del acto administrativo. Como ya se dijo, una cosa es la validez del acto administrativo en términos generales, que en términos generales producen silencio negativo, pero una muy distinta la falta de respuesta de los actos que resuelven peticiones a los usuarios de servicios públicos, pues el acto ficto de contenido positivo se configura por la no respuesta, es decir no manifestar la decisión, que sólo se logra con la notificación.

AL 20). NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva del demandante basado en una norma.

AL 21). NO ES UN HECHO, es una citación normativa del artículo 43 del Decreto 019 de 2012.

AL 22). NO ES UN HECHO, es una consideración subjetiva del extremo activo, respecto de la aplicación del artículo 43 del Decreto 019 de 2012 y la no aplicabilidad de la Ley 1437 de 2011, para la respuesta a los recursos, pero nos encontramos frente a una petición de un usuario.

AL 23). NO ES UN HECHO, es un extracto jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto a la interpretación del artículo 43 del Decreto 019 de 2012.

AL 24). NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva del demandante sobre la aplicación del Decreto 019 de 2012 al caso concreto.

AL 25). NO ES UN HECHO, es un juicio de valor de la parte demandante al pretender la aplicación del Decreto 019 de 2012 sobre la Ley 1437 de 2011 y 142 de 1994. Sorprende la interpretación sesgada y acomodada del demandante, en esta demanda dice una cosa sobre aplicabilidad de la ley 142 de 1994, y en las demás demandas, todas las que cursan en el mismo Juzgado 5 Administrativo de Cartagena, dice otra, como tratando de encontrar con cual teoría falla el juez.

AL 26). NO ES UN HECHO, se reitera, es una apreciación subjetiva del demandante, al indicar que los actos administrativos objeto de demanda en el presente medio de control adolecen de nulidad porque, según entiende, no aplica el CPACA ni la ley 142, sino el Decreto 019 de 2012.

AL 27). ES CIERTO, se infiere del documento aportado.

AL 28). NO ES UN HECHO, en tanto el demandante en los cuatro (04) numerales que divide el punto, sólo expone sus apreciaciones basadas en la norma aplicable y en una Resolución sobre la función del Superintendente de Servicios Públicos; empero, estas afirmaciones no conducen a desvirtuar la sanción impuesta por la SSPD. Lo cierto, en este caso, es que se incumplieron los términos legales para proceder a notificar las respuestas de la Empresa a las peticiones de los usuarios.

AL 29). NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva de la parte actora. Este punto también denota el desconocimiento que tiene la demandante de la normatividad aplicable, pues, efectivamente, cuando los superintendentes delegados o cualquier dependencia de la Superintendencia de Servicios Públicos profiere una decisión administrativa en ejercicio de una función delegada por el Superintendente, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y conceder únicamente el recurso de reposición por ser éste el único procedente. Igualmente, aunque el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 fue modificado por Ley posterior y especial en materia de procedimiento administrativo, es completamente claro en señalar que, contra las decisiones del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas, sólo cabe el recurso de reposición.

AL 30), 31) Y 32). NO SON HECHOS, son citas normativas de la Ley 142 de 1994.

Si bien es cierto la Ley 142 de 1994 consagra un régimen propio en materia de servicios públicos domiciliarios, no puede pretenderse su aplicación preferente en cuanto corresponde al trámite de los recursos procedentes contra los actos administrativos unilaterales de las entidades públicas del orden nacional, toda vez que la especialidad de la Ley 142 de 1994 se predica respecto de asuntos relacionados directamente con los servicios públicos domiciliarios y no en aspectos procesales.

En efecto, el artículo 186 de la ley 142 de 1994 se endereza a asegurar la existencia de un régimen jurídico único aplicable a los servicios públicos domiciliarios, y en caso de conflicto con otras leyes que regulen asuntos específicos, como los procesales o de organización del Estado y función pública, la materia es de aplicación preferente, como es el caso de la ley 489 de 1998 cuyo fundamento es el artículo 150, numeral 7º de la Constitución Política, en razón a que el tema de la delegación de funciones administrativas no es un asunto propio del régimen de servicios públicos.

Pero, además, el demandante desconoce que la delegación de funciones de control, inspección y vigilancia que ejerce la SSPD proviene directamente del Presidente de la República, por mandato expreso de la Constitución Política.

AL 33). NO ES UN HECHO, habida cuenta que se refiere a un juicio de valor de la parte actora; al igual que un extracto jurisprudencial.

Adicionalmente, se menciona que en relación con la segunda parte del hecho aludido por la parte activa, es una apreciación subjetiva emitida bajo el supuesto que la SSPD obró de manera racional y desproporcionada en la imposición de la sanción, y lo que se observa en los actos acusados es que la medida sancionatoria fue tomada y graduada en consideración de varios factores.

AL 34). NO ME CONSTA, lo que se pruebe en el proceso.

II. SOBRE LAS PRETENSIONES:

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

III. EXCEPCIONES Y ARGUMENTOS DE DEFENSA:

3.1 ASPECTOS PREVIOS SOBRE LA DECISIÓN DE VINCULAR COMO TERCERO INTERESADO AL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO EMPRESARIAL DE LA SSPD.

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

El FONDO EMPRESARIAL fue creado con el fin de fortalecer las funciones de intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD. La Ley 812 de 2003 facultó a la SSPD para constituir un patrimonio autónomo con los

excedentes de las contribuciones de los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme el numeral 3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, transferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y/o las Comisiones de Regulación; el producto de las multas que imponga la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; los rendimientos que genere el Fondo Empresarial y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio, los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y; los que reciba por operaciones de tesorería y los demás que obtenga a cualquier título.¹

Constitución del Patrimonio Autónomo - Fondo Empresarial (FE)

De acuerdo con el artículo 132 de la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo Empresarial, con el objeto de garantizar la viabilidad y la continuidad en la prestación del servicio, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá constituir un fondo empresarial, como patrimonio autónomo administrado por la FEN, o por la entidad que haga sus veces, o por una entidad fiduciaria. Según la ley, este fondo podrá apoyar, de conformidad con sus disponibilidades, a las empresas que contribuyen al Fondo en los procesos de liquidación ordenados por la SSPD, mediante la financiación de los pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y, en general, de aquellos a los cuales se les terminen los contratos de trabajo. El Fondo también podrá financiar las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo económico, técnico y logístico a la Superintendencia para analizar y desarrollar los procesos de toma de posesión con fines de liquidación.²

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

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

¹ Artículo 2.2.9.4.3. del Decreto 1082 de 2015

² A este fondo ingresarán los recursos excedentes de que trata el numeral 85.3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tal como queda modificado mediante el párrafo de la presente disposición; el ordenador de los gastos será el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

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

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

ARTÍCULO 247. Fortalecimiento del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios seguirá funcionando el Fondo Empresarial creado por la Ley 812 del 2003, a través de un patrimonio autónomo cuyo ordenador del gasto será el superintendente de servicios públicos domiciliarios. Este Fondo podrá financiar a las empresas en toma de posesión para: i) Pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general para el pago de las obligaciones laborales y, ii) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión. Igualmente podrá contratar y/o apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas en áreas financieras, técnicas, legales y logísticas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la empresa objeto de toma de posesión, así como los estudios necesarios para determinar la procedencia de la medida de toma de posesión y las medidas preventivas de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994. Así mismo, de forma excepcional y por una sola vez, el Fondo podrá apoyar con recursos a la empresa en toma de posesión para asegurar la viabilidad del esquema de solución a largo plazo en los servicios de agua potable y saneamiento básico, acorde con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional. Lo dispuesto en el presente inciso también será aplicable a las empresas que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en toma de posesión. A este Fondo ingresarán los recursos de los excedentes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), y el producto de las multas que imponga esta superintendencia”.

(Subrayado fuera de texto)

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

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

“(...)15. Que mediante Resolución No. 20175270100865 del 27 de junio de 2017, se dio inicio al presente proceso licitatorio 01 de 2017. 16. Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelantó el proceso de Licitación Pública No. 01 de 2017, que de conformidad con el acta de cierre de fecha 28 de julio de 2017, presentaron propuestas las siguientes empresas: BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, CONSORCIO EMPRESARIAL CAP.17. Que mediante Resolución No. 20175270154015 del 11 de septiembre de 2017, se adjudicó el contrato dentro del proceso de licitación público No. 01 de 2017 a BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA. (...)”

De lo anterior se desprende que la SSPD adelantó un proceso de contratación pública para celebrar el contrato de fiducia mercantil, ante el cual se presentaron dos ofertas de empresas fiduciarias privadas, entre ellas BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, la seleccionada, entidad financiera que presta servicios de negocios fiduciarios. Valga precisar que éste contrato de fiducia mercantil para

constituir el Fondo Empresarial, suscrito por la SSPD y la fiduciaria, es muy diferente a los contratos que se celebren por el fiduciario, por instrucción del ordenador del gasto, para poder desarrollar las actividades del FE.

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

“2. NATURALEZA DEL CONTRATO.

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

3. OBJETO DEL CONTRATO.

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

(Subrayados fuera de texto)

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

- a. *Suscribir como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Empresarial, los actos y contratos necesarios para cumplir la finalidad del P.A. Fondo Empresarial, conforme a las instrucciones que imparta el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios como Ordenador del Gasto, previa revisión de los documentos que se le remitan para el efecto.*
- d. *Llevar la vocería para la protección y defensa del patrimonio autónomo frente a terceros, incluido el fideicomitente y los contratistas, y contratar con los recursos del patrimonio autónomo los apoderados necesarios para ello.*
- e. *Salir al saneamiento frente a eventuales contingencias judiciales o extrajudiciales, ejerciendo las acciones legales o proponiendo las excepciones legales, inherentes a su calidad de propietario fiduciario, respecto de los bienes del Patrimonio Autónomo. Estas actividades se realizarán con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo en cuanto correspondan a la defensa del mismo y no sean por causas imputables a la gestión de la Fiduciaria.*
- f. *Contratar con los recursos del Patrimonio Autónomo a los apoderados necesarios para la defensa del Fideicomiso.*
- k. *Rendir cuentas comprobadas de su gestión cada seis (6) meses, dentro de los plazos y términos establecidos dentro de la circular jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia. La anterior rendición de cuentas se entenderá aprobada (...)*
- l. *Llevar registro y control detallado de todos los contratos que suscriba como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo.*
- g. *Realizar todas las gestiones de cobro de los recursos que se deban transferir al Patrimonio Autónomo.*

(Subrayados fuera de texto)

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

- a. *Efectuar en general todos los pagos requeridos para el cumplimiento de la finalidad del Patrimonio Autónomo.*
- d. Administrar la cartera ejerciendo la acción de cobro, si a ello hubiere lugar.
(Subrayados fuera de texto)

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

Naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos.

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

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

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

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

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

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

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

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
- (...)
- 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
- (...)

8) *Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.*

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

Entonces, como puede observarse, un patrimonio autónomo es un conjunto de bienes transferidos a una entidad fiduciaria para que los administre sin confundirse con sus propios bienes ni con los de otros patrimonios autónomos, y deben estar separados (con contabilidad separada e independiente) de los bienes que conforman los activos de la fiduciaria, los cuales también se excluyen de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del fideicomitente, y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia.

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

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

Decreto 663 de 1993 – EOSF:

“ARTICULO 146. NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS.

(...).

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

(...)

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

(...)”

Decreto 2555 de 2010:

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

(Subrayado fuera de texto)

La existencia del patrimonio autónomo es una de las características esenciales del contrato de fiducia mercantil de que trata el estatuto comercial que, en conjunto con la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos, lo diferencian de los encargos fiduciarios o las fiducias públicas a los que hace relación la ley de contratación de la administración pública (ley 80 de 1993).³

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

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

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

³ El Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias), creó un nuevo tipo de contrato autónomo e independiente denominado Fiducia Pública, diferente a la fiducia mercantil y el encargo fiduciario. La fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituye patrimonio autónomo propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

administrativa de gestión financiera, de conformidad con las normas que lo rigen, el contrato 831 de 2017 y el Manual de procedimientos.

3.2. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

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

Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

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

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

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

“ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 367, 368 369 y 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

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

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

2.5. Prestación eficiente. “

Para estos efectos la misma ley 142 de 1994 en el artículo 3° dota de herramientas a las entidades públicas para llevar a cabo esta intervención, las cuales para este caso se concretan en: regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta la calidad y el control y vigilancia de la observancia de las normas sobre la materia.

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. *<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:*

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

(...)”

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

conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley (numeral 29 del artículo 79) y, iii) Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que se encuentren sujetas (Artículo 81).

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

81.1. Amonestación.

81.2 <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Multas desde 1 hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003.

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

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

Legalidad y Proporcionalidad de la Sanción

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la facultad sancionatoria de la Superintendencia la cual tiene fundamento de manera explícita en la Ley 142 de 1994 en el artículo 79.1 cuando dispone, que compete a elle: *“Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a que estén sujetos quienes presten servicios públicos [...] y sancionar sus violaciones”*

De otra parte, el Decreto 990 de 2002 en el artículo 1 señala como función del Superintendente la de ejercer el control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios.

Función que fue delegada mediante el artículo 2 de la Resolución 21 de 2005 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien delega en los Superintendentes Delegados dentro de su ámbito sectorial, las funciones de imponer sanciones a los prestadores que violen normas, amonestar, imponer multas, etc. Respecto de la multa ha sido reglada la facultad en el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, y con base en la normatividad actual, es incuestionable la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para adelantar investigaciones e imponer sanciones. En este orden de ideas, debe recordarse que la Superintendencia tiene las facultades sancionatorias previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 mediante la cual puede imponer sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la falta, con el fin de regular el ejercicio de las actividades privadas y evitar perjuicios a los usuarios o a otros prestadores de servicios públicos.

También es importante advertir que la aplicación del SAP en materia de peticiones a las empresas de servicios públicos, de conformidad con el artículo 158 de la ley 142 de 1994, hace relación a responder y resolver al usuario, y ello únicamente se logra con la notificación del acto administrativo, pues de nada sirve preparar un documento de respuesta si no se lo hace conocer al peticionario, o si aún, haciéndolo, lo notifica en forma irregular, vulnerando las disposiciones legales que rigen el procedimiento.

Respecto de la imposición de la sanción, si bien la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios aplica el procedimiento especial previsto en los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, debe atender de manera preferente lo señalado en el CPACA y en la Ley 489 de 1998, que son normas también especiales pero preferentes en estos asuntos administrativos sancionatorios.

Las investigaciones a los prestadores se desarrollan de acuerdo con las actividades que integran el proceso de investigaciones de conformidad con las previsiones de la Ley 142 de 1994 y el CPACA, respetando en todo caso el debido proceso y de derecho de defensa de la empresa.

Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para el cálculo de las sanciones siempre tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual constituye un postulado que racionaliza la actividad sancionatoria de la administración evitando el desbordamiento de la actuación represiva, encauzándola dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última entre las menos gravosas para el administrado.

En este sentido el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 prevé el monto de la sanción como la facultad que le asiste a la autoridad administrativa para graduarla atendiendo los factores allí señalados. En tal sentido, los criterios de graduación que deben observar los funcionarios son los que el legislador ha previsto, que para el caso son los del artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, la decisión proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cuanto al monto de la multa fue hecha conforme a derecho manifestación que se dirige a declarar por parte del despacho la improcedencia de las pretensiones respecto del acto proferido por dicha Superintendencia.

Procedencia de la sanción por violación de las normas y aplicación del SAP

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

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

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

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

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

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

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

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

acreedores, esta medida está orientada a garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida”.

Es claro, entonces, que los usuarios de las empresas prestadoras de servicios públicos, aún de aquellas en proceso de intervención por parte de la SSPD, tienen como derecho fundamental elevar peticiones respetuosas a las autoridades y a los particulares que presten servicios públicos, de conformidad con la norma, y cuando la ESP hace caso omiso a resolver tal solicitud en el plazo previsto, opera de forma automática, por expresa disposición del artículo 158 de la ley 142 de 1994, la figura del silencio administrativo positivo. Es decir, cuando una ESP no da respuesta a una petición elevada por un usuario o suscriptor dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la petición, el simple hecho de no dar respuesta provoca *ipso facto* que la petición realizada por el ciudadano sea favorable a sus intereses, mediante la figura del acto administrativo ficto o presunto, producto de la desidia de la entidad de no dar respuesta, salvo que se demuestre que hubo culpa del peticionario o se requirió un plazo adicional para recaudar pruebas conducentes para la respuesta.

Este plazo de 15 días hábiles fue fijado mediante la referida ley estatutaria.

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

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

La improcedencia de los recursos de apelación

En relación con el argumento de la demanda de haberse vulnerado el debido proceso a ELECTRICARIBE E.S.P. al no otorgársele la posibilidad de apelar las decisiones sancionatorias adoptadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 113 de la ley 142 de 1994, es evidente que no le asiste razón en cuanto, se reitera, dichos actos no admiten tal recurso, precisamente por la inexistencia de superior jerárquico.

Es importante mencionar que ELECTRICARIBE E.S.P. ha sido sancionada con multa por la SSPD en varias oportunidades, distintas a los casos que aquí nos ocupa, por indebida notificación de las respuestas a PQRs de usuarios, y por aplicación de la ley 142 de 1994 se ha tenido que reconocer el silencio administrativo positivo a los peticionarios. Por esa misma razón, alegando la misma acción y los mismos supuestos fácticos y jurídicos, ha presentado demanda en diversos juzgados administrativos de toda la región Caribe de Colombia. En 12 procesos exactamente iguales, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena⁴, en sentencia de primera instancia del 30 de enero de 2020, dispuso lo siguiente:

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

(Subrayados fuera de texto)

Reitera el *A quo*⁵ un pronunciamiento jurisprudencial del H. Consejo de Estado⁶, a saber:

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

En tal sentido, apelando al principio de igualdad en el acceso a la administración de justicia y resolución de fondo de los conflictos que las partes someten a su análisis, no le asiste razón al demandante para procurar la nulidad de las resoluciones demandas y mucho menos evitar el pago de las multas, en tanto la SSPD procedió consecuente con el ordenamiento jurídico, el cual desconoce constantemente la empresa, y por esa razón no deben prosperar sus pretensiones.

⁴ Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, J. Enrique Antonio del Vecchio Domínguez. Sentencias 30 de enero de 2020, expedientes: 13001333300820190001000 (S. No. 0015); 13001333300820190001500 (S. No. 0016); 13001333300820180013100 (S. No. 0006); 13001333300820180018600 (S. No. 0007); 13001333300820180020200 (S. No. 0202); 13001333300820180020600 (S. No.0009); 13001333300820180022200 (S. No.0010); 13001333300820180022600 (S. No.0226); 13001333300820180026600 (S. No.0012); 13001333300820180028300 (S. No.0014); 13001333300820170027500 (S. No.0005); 13001333300820180027900 (S. No.0013);

⁵ *Ibíd.* Op. Cit.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. 10 de julio de 2014, donde fungió como demandante Ingeniería Ambiental S.A. E.S.P. y como demandada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, si bien es cierto la Ley 142 de 1994 consagra un régimen propio en materia de servicios públicos domiciliarios, no puede pretenderse su aplicación preferente en cuanto corresponde al trámite de los recursos procedentes contra los actos

administrativos unilaterales, toda vez que la especialidad de la Ley 142 de 1994 se predica respecto de asuntos relacionados directamente con los servicios públicos domiciliarios y no en relación con aspectos distintos, como es el del tema de los aspectos procesales.

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

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

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

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

Respecto de la resolución del recurso de reposición, sea lo primero anotar que para verificar su procedencia el primer punto a considerar es su procedibilidad. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 74 señala los recursos que proceden contra los actos que ponen fin a las actuaciones administrativas.

Así las cosas, cuando los superintendentes delegados o cualquier dependencia de la Superintendencia de Servicios Públicos profiera una decisión administrativa en ejercicio de una función delegada por el Superintendente, debe darse aplicación a lo

dispuesto en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y conceder únicamente el recurso de reposición por ser éste el único procedente.

3.2.3 EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.

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

IV. PETICIONES DEL FIDEICOMISO FONDO EMPRESARIAL:

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

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

V. PRUEBAS:

Documentales:

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

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

VI. ANEXOS:

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

VII. NOTIFICACIONES:

Datos para comunicaciones y notificaciones del suscrito: Dirección: Carrera 7a No. 74-56 Of. 408 Bogotá D.C. tel: 3131720 cel: 3153153300, y al correo electrónico: henrylizarazoocampo@hotmail.com

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

De la Honorable Jueza, con toda atención.



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