



TRASLADO DE EXCEPCIONES

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2016-00175-00
Demandante	Electricaribe S.A. E.S.P.
Demandado	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020), a las 8:00 a.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020), a las 5:00 p.m.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129, 4º piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin12cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648675 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar





Señores¹
JUZGADO 12 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: 13001333301220160017500

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. NO ES CIERTO, el silencio administrativo positivo no solo se configura por ausencia de respuesta dentro del término legal, también se configura por irregularidad en la notificación del acto, pues dicha irregularidad lo torna ineficaz, es decir se tiene como no emitido.
2. ES CIERTO.
3. ES CIERTO
4. NO ES CIERTO. Si la petición se presentó el 6 de septiembre de 2013, los 15 días vencían el 26 de septiembre de 2013.
5. NO ES CIERTO. Se aclara que la respuesta fue emitida el 9 de septiembre de 2013 y esta no surtió efectos por irregularidad en la notificación según el art. 72 del CPACA, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea debía remitirse al cabo de los 5 días del envío de la citación, sin embargo no se envió el aviso, por otro lado la empresa aduce que el usuario se notificó personalmente, pero esto no convalida la irregularidad ya que fue posterior al surgimiento del silencio administrativo positivo.
6. ES CIERTO
7. NO ES CIERTO. Se aclara que el recurso de 30 de septiembre de 2013 no subsana la irregularidad en la notificación, puesto que es posterior a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, recuérdese que los 15 días para la respuesta a la petición vencían el 26 de septiembre de 2013.
8. ES CIERTO. Se aclara que dicha notificación fue posterior a la configuración del silencio administrativo positivo.
9. NO ES CIERTO. Se aclara que la respuesta fue emitida el 9 de septiembre de 2013 y esta no surtió efectos por irregularidad en la notificación según el art. 72 del CPACA, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea debía remitirse al cabo de los 5 días del envío de la citación, sin embargo no se envió el aviso, por otro lado la empresa aduce que el usuario se notificó personalmente, pero esto no convalida la irregularidad ya que fue posterior al surgimiento del silencio administrativo positivo.

¹ Radicado Demanda No. 20198200880732
Expediente Virtual No. 2019132610301151E

10. ES CIERTO

11. ES CIERTO

12. NO ES CIERTO. No se subsana la irregularidad en la notificación, ya que la notificación personal y el recurso fueron posteriores a la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

13. NO ES CIERTO, se reitera los 15 días vencían el 26 de septiembre de 2013 no el 3 de octubre de 2013.

14. NO ES CIERTO, la SSPD sostiene que para la subsanación de las irregularidades en la notificación, esta debe ocurrir dentro de los 15 días para la decisión del reclamo del usuario: Tesis institucional de no procedencia del SAP: 1) Cuando se logra subsanar los yerros de la notificación dentro de los 15 días contados a partir del recibo de la notificación. 2) Cuando se contesta el día 15 por parte de la prestadora la petición o el recurso interpuesto, y dentro de los 5 días siguientes para el envío de la citación se subsanan los errores presentados. Tesis Institucional de Procedencia del SAP: 1) En todos los eventos en los que exista indebida notificación y concomitante a esto se cumplan los 15 días para dar respuesta a la petición de los usuarios ipso iure nace el SAP.

15. NO ES CIERTO. Se aclara que el recurso de 30 de septiembre de 2013 no subsana la irregularidad en la notificación, puesto que es posterior a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, recuérdese que los 15 días para la respuesta a la petición vencían el 26 de septiembre de 2013.

16. NO ES CIERTO. Se aclara que el recurso de 30 de septiembre de 2013 no subsana la irregularidad en la notificación, puesto que es posterior a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, recuérdese que los 15 días para la respuesta a la petición vencían el 26 de septiembre de 2013.

17. ES CIERTO

18. NO ES CIERTO, si se configuro el SAP, la respuesta fue emitida el 9 de septiembre de 2013 y esta no surtió efectos por irregularidad en la notificación según el art. 72 del CPACA, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea debía remitirse al cabo de los 5 días del envío de la citación, sin embargo no se envió el aviso, por otro lado la empresa aduce que el usuario se notificó personalmente, pero esto no convalida la irregularidad ya que fue posterior al surgimiento del silencio administrativo positivo.

19. NO ES CIERTO. La SSPD sostiene que para la subsanación de las irregularidades en la notificación, esta debe ocurrir dentro de los 15 días para la decisión del reclamo del usuario: Tesis institucional de no procedencia del SAP: 1) Cuando se logra subsanar los yerros de la notificación dentro de los 15 días contados a partir del recibo de la notificación. 2) Cuando se contesta el día 15 por parte de la prestadora la petición o el recurso interpuesto, y dentro de los 5 días siguientes para el envío de la citación se subsanan los errores presentados. Tesis Institucional de Procedencia del SAP: 1) En todos los eventos en los que exista indebida notificación y concomitante a esto se cumplan los 15 días para dar respuesta a la petición de los usuarios ipso iure nace el SAP.

20. ES CIERTO

22. ES CIERTO

23. NO ES UN HECHO, se trata de un enunciado procedimental que debe ser probado por el demandante.

24. ES CIERTO.

III. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Solicita el demandante que se declare la nulidad de la sanción impuesta por el art. 1 de la resolución SSPD- 20158200029695 de 13-04-2015 se declare la nulidad de la sanción confirmada mediante la resolución 20158200247195 de 10-12-2015 y que a título de restablecimiento del derecho se declare que ELECTRICARIBE no está obligada a pagar el valor de la sanción impuesta mediante las resoluciones demandadas.

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.

No se encuentran dentro de los argumentos planteados por el demandante fundamentos reales que logren quebrantar la presunción de legalidad que reviste los actos demandados, al contrario la SSPD cumplió sus funciones sancionatorias conforme a derecho; 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.

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
20158200029695	13-04-2015	Resolución Impone sanción	Dirección Territorial Norte
20158200247195	10-12-2015	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. 2. ELECTRICARIBE S.A. contestó antes de los 15 días por lo cual, no hubo silencio administrativo positivo y los actos administrativos son nulos. 3. ELECTRICARIBE cumplió con los requisitos de los art. 68,69 y 72 del CPACA, 4. Los yerros del procedimiento de notificación por los cuales se sanciona no están exigidos por los art. 68,69 y 72 del CPACA. 5) Tales yerros no acarrear silencio administrativo positivo.

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.

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.

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

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 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. EL ARTÍCULO 158 DE LA LEY 142 DE 1994 ÚNICAMENTE CONTEMPLA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO POR INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA DAR RESPUESTA. ESTE ART. NO SANCIONA CON SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO LOS YERROS OURRIDOS DURANTE EL PROCESO DE NOTIFICACION

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 el 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.

En el caso bajo estudio, se observa que el reclamo fue radicado el día de 6 de septiembre de 2013, por lo que contabilizados los quince días hábiles desde la fecha de presentación de la petición es decir hasta el 26 de septiembre de 2013, y la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. probó haber emitido respuesta a la petición objeto de la presente investigación, el día 9 de septiembre de 2013

Respecto del proceso de notificación personal que la empresa debió surtir, esta Superintendencia encuentra que la empresa aporta prueba de haber enviado la citación el 9 de julio de 2012, al cabo de los cuales, es decir el 17 de julio de 2012 debía remitirse el aviso, en el presente caso no se aportó prueba de haberse remitido el aviso.

Se aclara que la respuesta fue emitida el 9 de septiembre de 2013 y esta no surtió efectos por irregularidad en la notificación según el art. 72 del CPACA, en atención a que el aviso se remite de manera extemporánea debía remitirse al cabo de los 5 días del envío de la citación, sin embargo no se envió el aviso, por otro lado la empresa aduce que el usuario se notificó personalmente, pero esto no convalida la irregularidad ya que fue posterior al surgimiento del silencio administrativo positivo.

Además el recurso de 30 de septiembre de 2013 no subsana la irregularidad en la notificación, puesto que es posterior a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, recuérdese que los 15 días para la respuesta a la petición vencían el 26 de septiembre de 2013.

Así mismo, pese que al tenor del artículo 72 de la Ley 1437 del 2011, la irregularidad de la notificación puede subsanarse por medio de la conducta concluyente, lo cierto es que no puede perderse de vista que las disposiciones que integran la parte primera de dicha ley son de carácter general, aplicables a todos los procedimientos administrativos; mientras que la Ley 142 de 1994, conocida como el Régimen Básico de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la connotación de Especial y por tanto preferente en las materias a su cargo, de tal suerte que si el artículo 158 reconoce los efectos favorables sobre una petición que al tenor del artículo 154 ibídem no fue resuelta en término, instituyendo así la figura también excepcional del Silencio Administrativo Positivo, la convalidación de una notificación irregular no puede anular los efectos de gracia que una ley especial ha dado al interesado

Ya que solo es posible la convalidación de la irregularidad en la notificación por conducta concluyente cuando esta se hace antes del vencimiento de los 15 días para dar respuesta a la reclamación del usuario, es decir en este caso vencían el 26 de septiembre de 2013

La SSPD sostiene que para la subsanación de las irregularidades en la notificación, esta debe ocurrir dentro de los 15 días para la decisión del reclamo del usuario: Tesis institucional de no procedencia del SAP: 1) Cuando se logra subsanar los yerros de la notificación dentro de los 15 días contados a partir del recibo de la notificación. 2) Cuando se contesta el día 15 por parte de la prestadora la petición o el recurso interpuesto, y dentro de los 5 días siguientes para el envío de la citación se subsanan los errores presentados. Tesis Institucional de Procedencia del SAP: 1) En todos los eventos en los que exista indebida notificación y concomitante a esto se cumplan los 15 días para dar respuesta a la petición de los usuarios ipso iure nace el SAP.

4.2.- SEGUNDO CARGO: INFRACCION DE LAS NORMAS EN QUE DEBERIA FUNDARSE EL ART. 72 DEL CPACA CONTEMPLA LA MODALIDAD DE NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE PORQUE ESTABLECE QUE SI LA PARTE INTERESADA REVELA QUE CONOCE EL ACTO CONSISTENTE LA DECISION O INTERPONE LOS RECURSOS LEGALES SE ENTIENDE EFECTUADA DICHA NOTIFICACION

SUSTENTACION DE LA EXCEPCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

En materia de notificación por conducta concluyente el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 conserva el mismo contenido del anterior Código Contencioso Administrativo, señalando lo siguiente:

"ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".

De acuerdo con la norma en cita, por regla general, la falta de los requisitos de la notificación conlleva la ineficacia del acto administrativo; sin embargo, el efecto se revierte y de manera excepcional y residual cuando el interesado manifiesta conocer el acto, consiente la decisión o interpone los recursos de ley; es decir que configurada una de las posibilidades planteadas se convalida por mandato legal una situación irregular o a la que le faltan ciertos requisitos. Sobre el particular, resultan aplicables las consideraciones que al respecto y bajo el imperio del derogado Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, anotó el Consejo de Estado: *"En ésta línea de análisis el artículo 48 del antiguo Código Contencioso Administrativo consagra la figura de la Notificación por conducta concluyente al señalar que los efectos de la falta de notificación o notificación irregular sólo se producirán "a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".*

De esta forma se ha entendido que por medio de la figura a la que se alude se busca sanear o convalidar la falta o irregularidad en que pudo incurrir la administración al publicitar los actos administrativos y se configura en tanto la parte interesada manifieste por algún medio que conoce la decisión de la administración y conviene en ella aceptándola u oponiéndose mediante la interposición de los recursos respectivos o de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, conviene precisar el alcance del contenido del artículo 72 toda vez que la notificación por conducta concluyente tiene lugar siempre que se de el supuesto de la expresión "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión".

En ese orden de ideas, el carácter residual de la notificación por conducta concluyente tiene asidero en el hecho de que el capítulo V del título III de la Ley 1437 de 2011, si bien hace mención a las "PUBLICACIONES, CITACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES", lo cierto es que en mayor medida está referido a la forma de notificar los actos de contenido particular y concreto, circunstancia que prevé a partir del artículo 66.

De este modo, si la connotación "residual" no va más allá de aquello que se entiende como "sobrante", resulta apenas consecuente entender que ese "excedente" se predique cuando se han satisfecho las posibilidades o las necesidades.

En sentido, la notificación por conducta concluyente resulta residual de las formas de notificación previstas en el mencionado capítulo V, es decir, de la personal, electrónica y por aviso, -excluyendo de la actos de inscripción o registro que no interesan al régimen de los servicios públicos-; no obstante, de acuerdo con lo dispuesto por el legislador, esta característica se revierte en tanto que si bien se presume de acuerdo con actos del interesado, opera justo cuando la notificación no ha cumplido con el lleno de los requisitos previstos para tal efecto.

Así las cosas, cuando el artículo 72 se refiere a "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión", evidentemente está haciendo referencia al incumplimiento o falta de los requisitos propios de cada una de las formas de notificación previstas por capítulo V y por ello, aún cuando aparezca claro que las formas de notificación no pueden tener efectos sin el lleno de los requisitos legales, el legislador estimó que si la parte interesada revela que conoce el acto, consiente la decisión o interpone los recursos legales, se tendrá por hecha la notificación y producirá efectos legales la decisión.

Ahora, desde luego la evidencia de la acreditación de los "requisitos legales" de la notificación se encuentra sujeta a la observancia de las reglas propias del procedimiento administrativo, dentro del cual se incluye la aplicación subsidiaria de los tipos de notificación; ya que si bien puede acreditarse el cumplimiento de los requisitos de cada una de las formas de notificación, lo cierto es que dadas las particularidades de cada caso en concreto y en aras de acreditar que la actuación se ajustó al principio de legalidad, no siempre determinada forma de notificación es aplicable a la situación. Ejemplo de ello es la prueba de los requisitos de la notificación por aviso cuando ni siquiera se intentó la personal o cuando se acredita la notificación por correo electrónico, pero el interesado solicitó que las notificaciones fueran personales; sin embargo en el contexto planteado, estas precisiones pierden valor, en tanto la conducta concluyente supone un saneamiento de los yerros en el procedimiento de notificación.

De esta manera, "La notificación por conducta concluyente tiene lugar cuando i) la parte interesada revele que conoce el acto, ii) consienta la decisión o iii) interponga los recursos legales (artículo 72, ídem). En estos eventos, si la notificación personal no se ha realizado, pero la persona a quien debe hacerse manifiesta su conocimiento acerca del contenido de la decisión o se refiere a ésta concretamente, se entiende surtida su notificación por conducta concluyente; razón por la cual este tipo de notificación no resulta opcional o facultativo de ser elegido por el interesado, pues su aplicación está sujeta a condición legal y de ahí la improcedencia de efectuar alguna manifestación en relación con la voluntad de ser notificado por dicho medio.

REQUISITOS PARA ENTENDER COMO SURTIDA LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE

En relación con la convalidación de una notificación, que de otra forma sería irregular, las posibilidades legales se concentran en:

- La revelación que hace el interesado sobre el conocimiento del acto Al respecto, cobra especial trascendencia el hecho de que la revelación por parte del interesado debe consistir en una exposición o declaración de que conoce la decisión ante la autoridad respectiva, pues una manifestación privada sobre el conocimiento del acto administrativo no tiene la entidad de cumplir con los términos previstos por la norma
- El consentimiento de la decisión Esta alternativa conlleva intrínsecamente el conocimiento del acto administrativo, pues no de otra forma el interesado tolera o soporta los efectos de la decisión. Ahora, para que el consentimiento sea válido debe existir una manifestación o acto de la voluntad bien sea expreso o tácito.
- La interposición de los recursos legales La formulación de los recursos supone la revelación del conocimiento del acto administrativo, pero no el consentimiento de la decisión; ya que el ejercicio del derecho de defensa y contradicción por regla general se activa cuando el interesado se enfrenta con una decisión que aparentemente afecta sus derechos. Ahora, como quiera que se trata de una situación excepcional el término de interposición de recursos es indeterminable.

La falta de notificación o notificación irregular, de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, constituye una de las situaciones que al comportar una respuesta no oportuna o tardía, al tenor de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, generan los efectos del silencio positivo administrativo – SAP, en materia de lo actos de negativa del contrato, suspensión, corte y facturación, según el artículo 154 íbidem; es decir en materia de servicios públicos domiciliarios.

En relación con la segunda y excepcional consecuencia, esta superintendencia a través del criterio unificado No. 16 de 2010, acogió la posición establecida por el Consejo de Estado según el cual para que no se configure el silencio administrativo positivo la respuesta debe darse y notificarse en término, pues "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 este modo aunque es claro que al tenor del artículo 72 de la Ley 1437 de 2011, legalmente la falta o irregularidad de un notificación puede subsanarse a través de la notificación por conducta concluyente, lo cierto es que no puede perderse de vista que las disposiciones que integran la parte primera de dicha ley son de carácter general, aplicables a todos los procedimientos administrativos; mientras que la Ley 142 de 1994, conocida como el régimen básico de los servicios públicos domiciliarios tiene la connotación de especial y por lo tanto preferente en las materias a su cargo; de tal suerte que si el artículo 158 reconoce los efectos favorables sobre una petición que, al tenor del artículo 154 íbidem, no fue resuelta en término, instituyendo así la figura también excepcional del

108

silencio administrativo positivo, la convalidación de una notificación irregular no puede anular los efectos de gracia que una ley especial le ha dado al interesado.

En efecto, aunque en el escenario general de una convalidación de la falta o irregularidad en la notificación al amparo del artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 podría ser posible continuar con la respectiva actuación administrativa dado que es viable interponer los recursos, en materia de servicios públicos esto no es posible porque, se reitera que, vía jurisprudencial las autoridades judiciales han establecido que justamente la notificación irregular equivale a una respuesta extemporánea y en ese sentido, las actuaciones posteriores de la administración no tienen sentido.

Anotado lo anterior, huelga precisar con exactitud la interpretación que sobre el cumplimiento de términos y para efectos de entender la configuración de la conducta concluyente en materia de servicios públicos domiciliarios ha desarrollado esta entidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuentan con quince (15) días hábiles para dar respuesta a los usuarios interesados, pasados los cuales cuentan con cinco (5) días para enviar la citación para notificación personal en los términos del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011. De este modo, es claro que debe acreditarse el envío de la citación, dentro de los cinco (5) días ya referidos, con el lleno de los requisitos que prevé la norma; pues contrario sensu, se configurará el silencio administrativo positivo - SAP y el acto ficto o presunto nacerá a la vida jurídica por virtud de la ley.

No obstante lo anterior, resulta imperativo señalar que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 68 ibídem sólo resulta predicable una vez vencido el término otorgado por la ley, esto es los cinco (5) días anteriormente referidos, ya que no es posible reprochar un presunto incumplimiento respecto de una obligación cuyo término no ha vencido.

Así las cosas, a modo de ejemplo, si una empresa prestadora envió una citación de manera irregular, pero dentro del plazo de los cinco (5) días para efectuarlo el usuario acude a notificarse, el objeto de la notificación se ha cumplido de modo concluyente y, en consecuencia, se entiende que el interesado conoce el contenido de la decisión; de manera que no puede predicarse el incumplimiento normativo y por contera, la configuración del silencio administrativo positivo – SAP.

En ese contexto, el Silencio Administrativo Positivo - SAP no se origina si la causal que se pretende para soportar su ocurrencia es la inexistencia de respuesta en virtud de la falta de notificación por no envío de la citación o envío de una citación errónea, cuando el usuario acude a notificarse dentro del plazo de los cinco (5) días para dicha citación. Situación distinta obedece a aquella según la cual, si dentro del término de los cinco (5) días el usuario acude a notificarse de modo concluyente y evidencia que el acto de respuesta no ha sido expedido aún, o existe prueba de que no fue expedido dentro del plazo de los quince (15) días otorgado por la ley, pues si bien la causal sigue siendo la inexistencia de respuesta, ella se origina en el incumplimiento del plazo máximo para su expedición.

La SSPD sostiene que para la subsanación de las irregularidades en la notificación, esta debe ocurrir dentro de los 15 días para la decisión del reclamo del usuario: Tesis institucional de no procedencia del SAP: 1) Cuando se logra subsanar los yerros de la notificación dentro de los 15 días contados a partir del recibo de la notificación. 2) Cuando se contesta el día 15 por parte de la prestadora la petición o el recurso interpuesto, y dentro de los 5 días siguientes para el envío de la citación se subsanan los errores presentados. Tesis Institucional de Procedencia del SAP: 1) En todos los eventos en los que exista indebida notificación y concomitante a esto se cumplan los 15 días para dar respuesta a la petición de los usuarios ipso iure nace el SAP.

4.3. OTRAS EXCEPCIONES:

4.3.1. 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 iure 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.⁴

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.

⁴ CONCEPTO SSPD-OJ-2008-361

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 expresos 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.

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.

4.3.2. 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" (negritas 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</u> imputable al Estado. 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 denunciante 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 forma 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.⁵

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.

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:

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.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-957/14

4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presen 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; 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; 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.

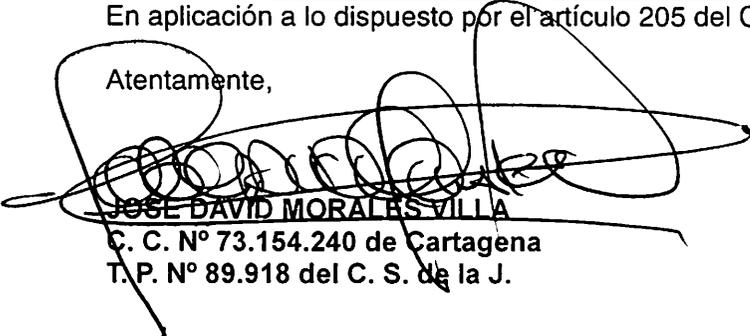
XI. NOTIFICACIONES

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.