

CAPACIDAD DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS PARA IMPONER MULTAS – Interposición de recursos en materia de servicios públicos domiciliarios

Las facultades para imponer la sanción pecuniaria estarían otorgadas por el Decreto 1303 de 1989, cuya vigencia y aplicación conjunta con la Ley 142 de 1994 estableció esta Sección en sentencia del 8 de septiembre de 2005 De conformidad con la norma anterior, además de las sanciones de suspensión o el corte del servicio en los términos de los artículos 16 y 18 del citado Decreto, el suscriptor está obligado a pagar a la entidad por el uso no autorizado o fraudulento del servicio los valores que la misma disposición establece, los cuales no incluyen multas adicionales. Por otra parte, el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, solo faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios para cobrar los consumos no facturados. De conformidad con lo anterior y tal como lo constataron la Empresa de Energía de Cundinamarca y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en las Resoluciones No. 0UDCP 0009RR del 1 de abril de 2003 y No. 004221 del 14 de mayo de 2004, respectivamente, los recursos procedentes eran el de reposición y subsidiariamente el de apelación, sin que el actor hubiese podido oponerse solo mediante la apelación, pues en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, los recursos procedentes para agotar la vía gubernativa y acudir al juez contencioso están expresamente regulados en la Ley 142 de 1996 que es de carácter especial y por tanto no es aplicable en estos casos la norma general del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo conforme al cual el recurso de apelación puede interponerse directamente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1303 DE 1989 / LEY 142 DE 1994 / LEY 689 DE 2001.

NOTA DE RELATORIA: Capacidad de las empresas prestadoras de ser vicios públicos para imponer multas, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de octubre de 2012, Rad. 2004-00483, MP. María Elizabeth García González. Interposición de recursos en materia de servicios públicos domiciliarios, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2007, Rad. 2003-00571, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00633-02

Actor: DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES –DNE-

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y LA EMPRESA DE ENERGIA DE CUNDINAMARCA S. A.

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1105 de 2006¹, y la solicitud del apoderado judicial de la actora, que es una entidad pública en liquidación, en el sentido de dar prelación al presente proceso, procede la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente presentado por los apoderados de la actora, de la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. Empresa de Servicios Públicos EEC-ESP; y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contra la sentencia de 21 de febrero de 2008 expedida por la Sección Primera – Subsección “A”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual: (i) se decretó la nulidad del artículo primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca, en cuanto que mediante ese acto se le impuso una multa en cuantía de \$359'329.985 a la Dirección Nacional de Estupefacientes; (ii) se decretó también la nulidad de los actos confirmatorios de la decisión anterior, esto es, de la Resolución OUDCP 0009 RR, de abril 1° de 2003, proferida por la misma empresa; y de la Resolución

¹ Artículo 7°. *De los actos del liquidador.* Los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan ejercicio de funciones administrativas, constituyen actos administrativos y serán objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el procedimiento de liquidación.

Sin perjuicio del trámite preferente que debe dar a las acciones instituidas por la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo dará prelación al trámite y decisión de los procesos en los cuales sea parte una entidad pública en liquidación.

Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del procedimiento no procederá recurso alguno.

El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos en los términos del Código Contencioso Administrativo y demás normas legales.

004221 de mayo 14 de 2004, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La nulidad es parcial y comprende dichos actos en cuanto que confirmaron la decisión de imponer la sanción aludida; (iii) Se declaró, a título de restablecimiento del derecho de la demandante, que la Dirección Nacional de Estupefacientes no está obligada a pagar la suma de \$359'329.985 que le fue impuesta como multa en el numeral primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003 proferida por la Empresa de Energía de Cundinamarca y (iv) se denegaron las demás súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

La Dirección Nacional de Estupefacientes, por medio de apoderado, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A. contra: i) La Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. "E.E.C. E.S.P." y la ii) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que en sentencia definitiva, se sirva hacer las siguientes declaraciones y condenas:

1-Que es nula la Resolución No. OUDCP 009 del 14 de febrero de 2003 expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. "E.E.C. E.S.P.", por medio de la cual se impuso una sanción pecuniaria por una suma de SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS m/cte. (\$718.688.920), a la Dirección Nacional de Estupefacientes, a la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., y a Alianza Fiduciaria S.A.

2-Que es nula la Resolución No. 0UDCP 0009RR del 1 de abril de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. "E.E.C. E.S.P.", por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0UDCP 009 del 14 de febrero de 2003.

3-Que es nula la Resolución No. 004221 del 14 de mayo de 2004, expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos, por medio de la cual se desató el recurso de apelación.

4-Que la Dirección Nacional de Estupefacientes se encuentra exonerada de toda responsabilidad endilgada por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y que es absolutamente ajena a la relación contractual empresa-suscriptor y/o usuario.

5-Que se reintegre el dinero pagado (total o parcialmente, en el caso en que se suscriba acuerdo de pago) a la Empresa de Energía de Cundinamarca, por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como consecuencia de la sanción impuesta por medio de la Resolución No. 009 del 14 de febrero de 2003, junto con los intereses que se hayan causado desde el momento en que se realizó el pago, hasta la fecha en que se dé cumplimiento por parte de la Empresa de Energía de Cundinamarca a la providencia proferida por el Consejo de Estado de llegarse a esa instancia. Esta pretensión está sujeta a que la Dirección de cumplimiento al acto administrativo de sanción o que sea ejecutada por la vía ordinaria y tenga que satisfacer la obligación.

I.1.1. Fundamentos de derecho

La actora señala como normas violadas los artículos 13 y 83 de la Constitución Nacional, el artículo 130 de la Ley 142 de 1993, modificado por el artículo 18 de la ley 689 de 2001 y la Resolución No. 108 de 1997 de la CREG, el inciso 6 del artículo 3° del C.C.A., artículo 36 del C.C.A.

El concepto de la violación fue expuesto por la accionante en los términos que se resumen a continuación:

Manifiesta, a título de introducción, que interpone los recursos dos sentidos: el primero, para cumplir con la función de administrar en debida forma los bienes dejados bajo su tenencia, propendiendo por su correcta disposición, el segundo, para defender los intereses de la DNE o los del Estado, que son los mismos. Es decir, que en este tipo de eventos convergen las dos condiciones o calidades en cabeza de la Dirección, de ahí la trascendencia de contar con un fallo a favor.

En el caso de la SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS S.A., propietaria del establecimiento de comercio HOTEL TOCAREMA, la Dirección Nacional de Estupefacientes tiene bajo su administración, el 50.42%, que es el porcentaje que se encuentra en trámite de extinción de dominio, de suerte que en principio debería propenderse por la defensa, únicamente de ese porcentaje, sin embargo, considerando que los bienes de marras son viables y productivos si se administran como un todo, buscan que se respete el principio de legalidad frente a la sociedad

y frente al establecimiento de comercio, considerados como una unidad de empresa.

Realizadas las anteriores precisiones, se ocupa de relacionar las normas violadas por los actos demandados así:

I.1.1.1. El Postulado de la Buena Fe, artículo 83 de la Constitución.

El postulado de la buena fe, establecido en el art. 83 de la Constitución Nacional, en el art. 709 del C.C., fue desconocido por la E.E.C.- ESP, pues asumió in limine que las presuntas falencias encontradas en el cableado del Hotel fueron causadas por la Dirección Nacional de Estupefacientes. Esta posición no es compartida por la Dirección porque no se ha desvirtuado la buena fe con que ésta aplica los Sistemas de Administración de Bienes. Es más, en este caso concreto, ni la persona que estaba frente al hotel (señor Miguel Oswaldo Fajardo Correal) ni la persona que figura como gerente de la Sociedad Hotelera las Acacias (señora Martha Gaitán Cendales) fueron designados por la Dirección Nacional de Estupefacientes, sino por el Juzgado 12 Civil del Circuito que tramita un proceso ejecutivo del Banco Ganadero contra la familia Gaitán Cendales, en el caso del señor Fajardo Correal.

I.1.1.2. El artículo 13 Constitucional

Considera la actora que se viola el principio de igualdad porque la E.E.C. E.S.P. debió acudir ante el juez de extinción de dominio para hacer valer su derecho como los demás acreedores de buena fe exenta de culpa.

I.1.1.3. Artículo 85 del C.C.A.

I.1.1.4.Falsa Motivación y desviación de poder

1. Existe **falsa motivación** porque los hechos base de las resoluciones sancionatorias no tienen ninguna relación con las funciones que cumple la Dirección Nacional de Estupefacientes. Aplicar un principio de solidaridad para significar que la Dirección se puede considerar como usuaria, es desde todo punto de vista ilegal, pues la solidaridad se predica de ley, convención o contrato.

Respecto a la ley, señala que tanto la Ley 142 de 1993, la Ley 689 de 2001, como las demás normas que la complementan y desarrollan, **no hacen alusión a que la Dirección, por el solo hecho de administrar unos bienes, que son de propiedad de particulares**, pueda ser considerada como parte en el contrato de servicios, y menos que por cumplir una función legal puede ser multada, **SOLIDIARAMENTE** y a la postre, afectarse su patrimonio.

Con relación a la convención o testamento, la Dirección no ha suscrito ningún acto jurídico de esta naturaleza, luego en nuestro sentir, el principio de solidaridad no

puede aplicarse a una entidad como la Dirección Nacional de Estupefacientes, lo que no quiere decir que estén desestimando la vigencia de tal principio en materia de servicios públicos, de tarifas y de subsidios, como lo prevé la propia Carta Política.

Es decir, que la Dirección no se encuentra en ninguno de los extremos y condiciones de que trata el art. 130 de la Ley 142 de 1993, modificado por el art. 18 de la Ley 689 de 2001. **No es suscriptora**, porque esta condición no se adquiere por el simple hecho de tener a su disposición un bien; **no es usuaria** porque no se sirve del servicio, no lo utiliza; **no es propietaria** (esta afirmación debe aceptarse de bulto) y **tampoco se puede tomar como poseedora**, pues lo que indican las leyes es que es la “tenencia” del bien incautado la que pasa a la DNE, no la posesión, que son dos figuras distintas. Es más, la última norma que es la que rige la figura de la extinción de dominio utiliza la expresión “pasarán a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes”.

Como si lo anterior fuera poco, la Dirección Nacional de Estupefacientes solamente administra el 50.42% de la Sociedad Hotelera LAS ACACIAS, luego si en gracia de discusión debiera pagar alguna multa, lógicamente debería ser respecto del porcentaje que se encuentra afectado, pues como se sabe, el porcentaje desafectado (49.58%) y devuelto a la familia Gaitán Cendales, obedeció a la decisión de tutela No. T-212 de 2001, proferida por el H. Corte Constitucional, quien determinó que había operado el fenómeno de la cosa juzgada.

En consecuencia, si pudiese legalmente la Dirección pagar el valor de la multa, no podría hacerlo sobre porcentajes de bienes que pertenecen a particulares, luego aplicar el principio de la solidaridad en este caso sería ubicar a la DNE es una situación ilegal y contraria a derecho.

Se presenta también falsa motivación y contradicción entre los argumentos contenidos en la Resolución No. 0009RR del 1° de abril de 2003 y la Resolución No. 004221 del 14 de mayo de 2004 (expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos), pues en la primera (página 23) se soporta la multa frente a la Dirección Nacional de Estupefacientes, en el hecho de que las obligaciones que se derivan de la prestación del servicio son en esencia obligaciones personales y no reales, por lo que no tiene necesidad la Empresa de Energía de perseguir los bienes, sino *“el sancionado responde de manera personal”*.

En la segunda Resolución, (página 26) la Superintendencia soporta la confirmación del acto sancionatorio y por supuesto desconoce los argumentos de la Dirección, en una decisión del H. Consejo de Estado, del 13 de octubre de 1955, proferida dentro del expediente No. 3472, con ponencia del magistrado Ernesto Ariza Muñoz, en la cual se dice que: ***“la responsabilidad de los usuarios o suscriptores de los servicios fluido eléctrico se ha considerado de carácter objetivo.*** (Destacado de la Superservicios).

2.Desviación de poder

Estima la Dirección Nacional de Estupefacientes, que se presenta la causal de desviación de poder, en los actos administrativos demandados, porque si bien la Empresa de Energía tiene la facultad sancionadora por ser quien presta el servicio de energía eléctrica, también lo es que se desvía esta facultad hacía una persona jurídica de derecho público que nada tiene que ver con la composición accionaria de la Sociedad multada.

Si se acepta que la responsabilidad de los usuarios y suscriptores en materia de servicios públicos es objetiva, es decir que no se funda en el elemento esencial de la intención, dolo o propósito de causar daño o delito que se constituye en el campo penal, la Empresa de Energía debería multar a los propietarios, poseedores o suscriptores del contrato de servicios, no a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

I.1.1.5. El artículo 36 del C.C.A.

Los principios de proporcionalidad de los hechos que le sirvieron de causa a la decisión administrativa y los fines perseguidos por la norma que los autoriza, relacionados en el art. 36 del C.C.A., fueron violados, por cuanto, (i) se hace estimativo sobre proyecciones de lo dejado de facturar por parte del Hotel en una suma superior a los TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS, soportados en una Resolución que faculta a la Empresa de Energía a hacer dicho cálculo con seis (6) meses de antelación, o mejor, se deben tomar los últimos seis meses anteriores al descubrimiento de la situación fraudulenta; y (ii) el consumo total del hotel mensualmente, no supera los VEINTE MILLONES DE PESOS, luego cómo se explica que se tase una multa por consumo dejado de pagar en

semejante cantidad, si el hotel no ha dejado de pagar, otra cosa es que lo facturado, al parecer era menos de lo que debía ser, por las presuntas irregularidades encontradas, pero, se entiende que jamás se dejó de pagar el servicio.

I.1.1.5.. Artículo 18 de la Ley 793 de 2002

El art. 18 de la Ley 793 de 2002, trata sobre la sentencia que debe proferir el juez penal del circuito especializado, en materia de extinción del derecho de dominio, allí en el inciso tercero se indica que *“si en la sentencia se reconocieron derechos de un acreedor prendario o hipotecario de buena fe exenta de culpa, la Dirección nacional de Estupefacientes, directamente o por conducto de la Fiduciaria, procederá a su venta (del bien) o subasta, y pagará el crédito en los términos que la sentencia de indique”*.

En sentir de la Dirección Nacional de Estupefacientes, cualquier obligación, derecho o acreencia que una persona quiera hacer valer frente a un bien que sea objeto de trámite de extinción del derecho de dominio, DEBERÁ ser reconocido por el juez.

Es claro que un acto administrativo en firme, como los expedidos por los entes demandados **será el documento idóneo para que la Empresa de Energía de Cundinamarca se haga parte en el proceso de extinción del derecho de dominio, y allí el juez penal especializado** (autoridad judicial natural de la acción

de extinción) **reconozca ese derecho, mismo que será satisfecho con la venta de los bienes**, como preceptúa el artículo 18 citado.

I.1.1.6. Artículo 1° de la Ley 785 de 2002

El inciso tercero del art. 1° de la Ley 785 de 2002, dice que “*la decisión de incautación del bien tendrá aplicación inmediata y la TENENCIA del mismo pasará a la Dirección Nacional de Estupefacientes (...)*”. (Mayúsculas fuera del texto original).

Nótese que la propia ley que rige la materia de Administración de Bienes determina que la Dirección Nacional de Estupefacientes será mera tenedora de bienes. No es poseedora, no es usuaria, no es suscriptora y menos propietaria. Luego darle la condición que se le dio por aparte de los entes demandados, viola directamente el artículo aquí citado.

I.1.1.7. El artículo 29 de la Carta y el Agotamiento de la Vía Gubernativa

Considera vulnerado el debido proceso por cuanto las partes en el contrato de prestación de servicios según el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001, y la Resolución CREG 108 de 1997, son la empresa de servicios públicos y **el suscriptor y/o usuario** calidades que no ostenta la DNE cuya función la define la actora, como un sistema de

administración de bienes al que no le son aplicables las normas a que están sujetas las partes del contrato.

Igualmente considera vulnerado el derecho de defensa al no haberse dado trámite al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la DNE, pues si bien el mismo fue interpuesto en tiempo por la Dirección Nacional de Estupefacientes, no fue aceptado por la Superintendencia de Servicios Públicos, con fundamento en la interpretación que se le da al art. 154 de la Ley 142 de 1993, conforme a la cual, el recurso de reposición es obligatorio, y que el de apelación, por su condición de subsidiario sólo procede a expensas del primero de los nombrados.

La actora considera equivocada esa apreciación por cuanto, a su juicio, en ningún momento el artículo citado establece que la reposición es obligatoria. Lo que dice la norma al comienzo es que el RECURSO es un acto para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones, pero no dice cual recurso, por tanto ha de entenderse que será el que escoja el afectado, de los dos que existen.

Pero si se quiere ser más precisos e hilar más fino, es necesario mirar la segunda parte del artículo 154 citado se refiere a los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación. Contra estos actos procede el recurso de reposición y el de apelación en los casos en que expresamente los consagra la ley. Fíjese que no dice nada el artículo al listar los recursos que proceden, ni siquiera se detiene a explicar que el de apelación es subsidiario, lo cual nos indica que para estos efectos el procedimiento a seguir será el establecido en el art. 51 del C.C.A.

Siendo aún más exégetas en la interpretación de la norma, se tiene que decir que la Resolución No. 0009 del 13 de febrero de 2003, no pertenece a ninguno de los eventos relacionados en la parte segunda del art. 154 referido. Una simple lectura del epígrafe de la Resolución de multas muestra que se trata de una decisión POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES UNIFORMES DEL CONTRATO DEL SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA Y SE ORDENAN UNOS PAGOS.”

Argumenta que en el presente caso no se está en presencia de una decisión de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación. Se está ante una Resolución que impone una multa, una sanción pecuniaria y que ordena unos pagos, es decir, que si la tesis aquí cuestionada fuera válida, no lo sería para el caso de las RESOLUCIONES DE SANCIONES O MULTAS Y DE ORDENACIÓN DE PAGOS, luego se caería el argumento expuesto y flagrantemente se violaría el instituto del debido proceso y el derecho de defensa.

Así las cosas, o se acepta que el aquo interpretó los argumentos de la Dirección como recurso de reposición, o se acepta que la Superservicios declaró agotada la vía gubernativa (artículo sexto). De no ser así, se está ante la circunstancia prevista en el art. 135 del C.C.A., inciso tercero. Pero en todo caso, entiende la Dirección que cumplió con el requisito previsto en el inciso primero del art. 135 referido.

La Empresa de Energía de Cundinamarca, estudia como se dijo, los argumentos de la Dirección Nacional de Estupefacientes, le da la connotación de recurso de reposición porque expresamente manifiesta que no están llamados a prosperar sus argumentos. Igualmente, en el ARTÍCULO TERCERO ordena remitir el recurso de apelación interpuesto directamente a la Dirección. Es decir no la deniega, evento en el cual les hubiese dado la oportunidad de acudir a la queja.

I.2. La contestación de la demanda

I.2.1. Contestación de la demanda por la Empresa de Energía de Cundinamarca E.E.C. E.S.P.

La Empresa de Energía de Cundinamarca por medio de apoderado contesta la demanda con los argumentos que se resumen a continuación:

En el numeral 12.1 de las Condiciones Uniformes del Contrato para la Prestación del Servicio Público de Energía Eléctrica, se preceptúan las conductas que dan lugar a la imposición de sanciones por incumplimiento del contrato las siguientes:

“Se consideran conductas que generan incumplimiento o las Condiciones Uniformes del Contrato para la prestación del servicio público de energía eléctrica, por uso no autorizado del servicio de energía eléctrica, y dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias, las siguientes:

(...)

12.1.3. Adulterar las conexiones eléctricas y/o equipos de medida o alterar con alguna anomalía que impida su correcto funcionamiento.

Sobre el particular es procedente informarle al señor Juez que estas son las Últimas Condiciones Uniformes que fueron publicadas, tal y como lo prescribió el legislador en el artículo 131 de la Ley 142 de 1994.

La Empresa no encuentra que la violación al artículo 83 constitucional se hubiese presentado, debido a que si bien la actuación administrativa se inicia de oficio, no es menos que en ella se atienden no solo las formas propias del proceso sino que se acude a la aplicación de las normas que rigen la materia correspondiente a los servicios públicos domiciliarios. La empresa en modo alguno ha pretendido desconocer el postulado de la buena fe, ni menos desatiende el concepto que el mismo conlleva.

Tampoco considera que se haya quebrantado el Artículo 13 Constitucional debido a que no se puede predicar su violación, cuando la ley de servicios públicos y demás disposiciones que rigen la materia, se aplican sin discriminación alguna, por cuanto los servicios públicos son universales y día a día se propende por su eficaz prestación en procura de la satisfacción de las necesidades generales o colectivas, no en forma individual o parcial, pues son una necesidad pública; se prestan en igualdad de condiciones para todo el que los solicita.

Añade que la actuación adelantada por la Empresa de Energía de Cundinamarca, en el trámite administrativo respectivo hasta su terminación fue respetuosa y observadora de las prerrogativas fundamentales que le asisten a los consumidores del servicio de energía eléctrica y en observancia de la parte final del numeral 12.3.5. De las Condiciones Uniformes del Contrato.

En ningún momento la Empresa vulneró los derechos de defensa y el debido proceso del accionante, siempre se le respetaron los preceptos constitucionales dándole la oportunidad de defenderse y controvertir la imposición de la sanción pecuniaria, utilizando los mecanismos establecidos en la ley, verbigracia, la presentación de los descargos, las pruebas, diferente es que por causa imputable al usuario y/o propietario no se hayan interpuesto los recursos administrativos en la actuación.

Precisa que no hay falsa motivación, pues los argumentos esbozados por la actora desconocen las normas especiales existentes en materia de servicios públicos, respecto de la solidaridad que en ellas se consagra.

Advierte que la situación relacionada con la administración de sólo el 50.42% no es una razón válida para desconocer el principio de solidaridad consagrado en la Ley 142, artículo 130 modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de agosto 28 de 2001.

En este caso particular, el usuario HOTEL TOCAREMA se estaba beneficiando del fluido eléctrico, por tener un servicio directo, al intervenir la acometida antes del

medidor, no retribuyendo a la Empresa el derecho que le asiste ésta, por cuanto en el artículo 99.9 de la ley 142 de 1994, prohíbe la exoneración en el pago de los servicios públicos de que trata la Ley para ninguna persona natural o jurídica.

Ahora bien, una vez la decisión administrativa se encuentre en firme, la Empresa de Energía de Cundinamarca queda facultada para incluir el valor correspondiente de la sanción en la factura según lo estipulado en el artículo 42 literal O de la resolución 108 de la CREG, siendo así procede a facturar los valores correspondientes a las sanción pecuniaria impuesta, tal y como lo preceptúa el último inciso del numeral 12.3 de las Condiciones Uniformes del Contrato para la Prestación del Servicio Público de energía eléctrica.

Lo anterior, concordado con lo estipulado en el numeral "9.3 íbidem. *CONTENIDO DE LAS FACTURAS: Las facturas de cobro que expida la EEC-ESP contendrán como mínimo la siguiente información: 9.3.13. De las Sanciones de carácter Pecuniario*".

Es así que lo expuesto permite afirmar que efectivamente la Empresa contaba con argumentos sólidos y verificables para adelantar el procedimiento y adoptar las decisiones que hoy se impugnan, por lo que se desecha la apreciación impulsiva de la falsa motivación de los actos atacados.

Tampoco puede identificar la E.E.C. E.S.P. en las actuaciones adelantadas por las entidades demandas desviación o abuso de poder, pues estas entidades actuaron de conformidad con los mandatos constitucionales, legales y regulatorios, según

se ha expuesto. Como se ha demostrado en el curso de este libelo tanto la Empresa como la Superintendencia de Servicios Públicos, se encuentran facultadas constitucional y legalmente para actuar y, en el asunto de marras la atribución a ellas otorgada no ha sido usada para fines diferentes. Las decisiones son correctas y se encuentran ajustadas a las estipulaciones legales. Es así que no existe ningún fin ilegítimo o ilegal en las actuaciones.

Argumenta que respecto del artículo 18 de la Ley 793 de 2002 dado que corresponde a una situación exógena a la aquí tratada, no amerita pronunciamiento alguno, por cuanto lo que se busca con su invocación es que las entidades demandadas acudan a hacerse parte en un proceso en el cual no tienen injerencia alguna.

La E.E.C. E.S.P. tampoco considera de recibo la afirmación de la actora por la cual arguye que la Empresa y la Superintendencia de Servicios Públicos desconocieron la posibilidad de agotamiento de la vía gubernativa por parte de la DNE, por una errónea interpretación del artículo 154 de la ley 142 de 1994.

Considera la demandada que esta discusión se encuentra agotada en cada una de las decisiones administrativas que se pronunciaron en relación con la obligatoriedad de invocar un recurso de apelación como subsidiario de la reposición. Sin perjuicio de lo dicho, encuentra conveniente precisar que si bien los recursos son posibilidades que la ley otorga a los suscriptores o usuarios para obligar a la Empresa a revisar sus propios actos, no debe olvidarse que la Ley 142 de 1994 señaló un procedimiento especial, consagrado en el capítulo VIII del título VI, indicando que el Recurso de Reposición es siempre principal y por ende, el de

apelación se convierte en subsidiario del anterior y condiciona así su procedibilidad.

I.2.2. Contestación de la demanda por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por intermedio de apoderado contestó la demanda solicitando se denegaran las súplicas de la demanda apoyándose principalmente en los siguientes argumentos.

El sustento de los cargos de nulidad propuestos por la Dirección Nacional de Estupefacientes como demandante en este proceso consiste concretamente en que no debió ser vinculada solidariamente al pago de la deuda liquidada por la Empresa de Energía de Cundinamarca sobre el inmueble donde funciona el establecimiento comercial Hotel Tocarema, ya que la sola circunstancia de estar la Dirección Nacional de Estupefacientes legalmente habilitada para administrar dicho inmueble, no implica que sea cesionaria del contrato de servicios públicos, ni que haya suscrito contrato alguno con la Empresa, como tampoco ostenta frente al inmueble derecho de dominio, ni se beneficia del servicio de energía prestado a ese inmueble.

Este planteamiento del demandante no es aceptable en tanto si bien es cierto la administración del establecimiento comercial no le confiere título de dominio, desde el punto de vista legal lo hace jurídicamente responsable del mismo y desde el punto de vista material lo habilita para detentarlo u ocuparlo físicamente pues

esta es la consecuencia natural y obvia de un situación de incautación como medida precautelaría dentro del trámite de extinción de dominio.

Proferida la orden de incautación y efectuada la anotación de estas medida en el registro de instrumentos públicos, se limita el dominio sobre el inmueble, quedando "a disposición" del Estado, a través de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Tanto es así que la orden de la Fiscalía que se registró en este caso decía expresamente "inscribir la ocupación". Luego es claro que esta medida tiene efectos erga omnes y por lo tanto implica que a partir de ese momento las situaciones jurídicas que se presentan frente al inmueble ocupado vinculan al ocupante.

Bajo este contexto se debe tener en cuenta que dentro del régimen especial o de servicios públicos domiciliarios, el criterio legal de solidaridad consagrado en el artículo 130 de la ley 142 de 1994, no se predica únicamente frente a quien tiene la calidad de propietario del inmueble, sino que la citada norma también se refiere a los usuarios del servicio y conforme a lo dispuesto en el artículo 14.33 de la misma ley usuario es el consumidor **que se beneficia de un servicio público**, beneficio que no necesariamente implica el uso efectivo del servicio, sino la **provisión real de ese bien (la energía eléctrica en este caso) a un determinado inmueble**, que en tratándose de un establecimiento comercial como el Hotel Tocarema, resulta indispensable para posibilitar su explotación económica es decir **su efectiva administración**.

Así las cosas, al ser la Dirección Nacional de Estupefacientes la administradora y ocupante del establecimiento comercial Hotel Tocarema, adquiere la calidad de usuaria del servicio de energía eléctrica prestado por la Empresa de Energía de Cundinamarca y, en consecuencia es solidariamente responsable en el pago de las obligaciones derivadas del contrato de servicios públicos vigente entre dicho establecimiento y la empresa prestadora.

Por lo tanto, esta Superintendencia al resolver el recurso de apelación se basó en las normas legales vigentes, que rigen el tema de la solidaridad en servicios públicos domiciliarios, lo cual implica que su decisión de confirmar en este aspecto la decisión empresarial es plenamente válida.

De otra parte, al resolver el recurso de apelación la Superintendencia también tuvo en cuenta las pruebas practicadas por la empresa prestadora del servicio, las cuales, a juicio de la Entidad fueron conducentes, pertinentes y valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por lo que encontrándose suficientemente probada la existencia de la anomalía en el equipo de medida, la empresa quedaba facultada para imponer la sanción por incumplimiento contractual consignada en la respectiva decisión empresarial.

En virtud de las mencionadas circunstancias, la Superintendencia procedió a confirmar en todas sus partes la decisión empresarial proferida por la Empresa de

Energía de Cundinamarca en contra de la Dirección Nacional de Estupefacientes como deudor solidario.

Con fundamento en lo expuesto se concluye que con la expedición de la resolución No.004221 del 14 de mayo de 2004 no se infringió la normatividad superior aludida por la demandante como fundamento de los cargos de nulidad, como tampoco se incurrió en falsa motivación ni es desviación de poder como lo alega el accionante.

II.LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo del 21 de febrero de 2008, (i) decretó la nulidad del artículo primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca, en cuanto que mediante ese acto se le impuso una multa en cuantía de \$359'329.985 a la Dirección Nacional de Estupefacientes; (ii) decretó también la nulidad de los actos confirmatorios de la decisión anterior, esto es, de la Resolución OUDCP 0009 RR, de abril 1° de 2003, proferida por la misma empresa; y de la Resolución 004221 de mayo 14 de 2004, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La nulidad es parcial y comprende dichos actos en cuanto que confirmaron la decisión de imponer la sanción aludida; (iii) a título de restablecimiento del derecho de la demandante, declaró que la Dirección Nacional de Estupefacientes no está obligada a pagar la suma de \$359'329.985 que le fue impuesta como multa en el numeral primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003 proferida por la Empresa de Energía de Cundinamarca; y (iv) denegó las demás súplicas de la demanda.

Para adoptar su decisión el Tribunal adujo los siguientes argumentos:

II.1. No encontró el Tribunal que se hubiera violado el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, por cuanto si bien la DNE no puede considerarse como propietaria ni poseedora ni suscriptora del contrato de prestación del servicio de energía, puede ser considerada como usuaria, dado que el Hotel Tocarema fue puesto a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes en virtud del oficio 064 de septiembre 18 de 1996, emitido por la Dirección Regional de Fiscalías, debido a que ese hotel está vinculado con un proceso de extinción de dominio.

Desde el momento en que un bien es puesto a disposición de la DNE, dicha entidad asume una obligación de cuidado y administración de ese bien que incluye el pago de los servicios públicos domiciliarios y que cumple a través de sus propios agentes o mediante la designación de un depositario provisional. Este depositario es escogido por la DNE y puede ser removido o remplazado en cualquier tiempo cuando la entidad considere que es necesario para efectos de la adecuada administración del bien.^{2[1]} También tiene la DNE sobre el depositario provisional facultades de supervisión y control de gestión. Existen, por ende, durante todo el tiempo que el bien se encuentre a disposición de la DNE, y durante todo el tiempo que dure el depósito provisional, obligaciones de cuidado del bien y de vigilancia sobre la gestión del depositario.

^{2[1]} Decreto 1461 de 2000, art. 20.

Para el Tribunal el hecho de que la señora MYRIAM YOLANDA SUÁREZ haya sido designada como secuestre por una autoridad judicial no desvirtúa la condición de administradora de la DNE ni ésta pierde por ese motivo las facultades de vigilancia y control sobre los bienes y sobre la labor misma de la secuestre, ya que esas facultades devienen directamente de la ley. De hecho, en la hipótesis de que las labores de la secuestre llegaren a interferir de manera negativa sobre la adecuada administración de los bienes, no cabe duda de que la DNE podría adoptar las medidas necesarias para corregir tal situación.

Así las cosas el cargo no prospera porque la DNE tiene obligaciones de cuidado respecto de los bienes que están a su disposición por ministerio de la ley, y eso implica vigilar y supervisar también los sujetos que directamente están a cargo del bien, esto es, los depositarios. Eso implica la responsabilidad por pagos o asegurar el pago de los servicios públicos, en el caso de los inmuebles.

II.2. Respecto de la violación de los artículos 13 y 29 de la Constitución, el Tribunal consideró que pese a la vaguedad de los argumentos esgrimidos por la actora, una interpretación integral de la demanda permitía concluir que lo que quiso decir la demandante es que una entidad pública o, como en el presente caso, una empresa de servicios públicos, debe respetar los principios del debido proceso y especialmente el de legalidad. Así, cuando el artículo 29 de la Constitución dice que ***nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa***, eso implica que las autoridades públicas solamente pueden ejercer las atribuciones, funciones y potestades que la ley prevé de antemano, esto es, antes de la ocurrencia de los hechos de que se trate.

Desde ese punto de vista, para el Tribunal lo que se trata es de establecer es si las empresas de servicios públicos tienen, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, la potestad de imponer sanciones y de cobrar retroactivamente consumos no facturados en periodos anteriores.

Para resolver el asunto el a quo trae a colación la sentencia [T-558 de 2006](#)³, donde la Corte Constitucional manifestó que las empresas prestadoras de servicios públicos no están autorizadas por la ley para imponer sanciones a los usuarios, por lo cual decretó la nulidad parcial de los actos acusados en cuanto que en los mismos se adoptó la decisión de imponerle a la demandante una sanción en cuantía de \$359'329.985. La nulidad es parcial debido a que no afecta a la parte de la decisión relacionada con el cobro de la energía no facturada y con el cobro de la revisión técnica efectuada por la empresa.

Para el juez de primera instancia, si la razón de ser de la sentencia de tutela T-558 de 2006 de la honorable Corte Constitucional estriba en que las empresas de servicios públicos no están autorizadas por ley alguna para imponer sanciones a los usuarios, debe concluirse necesariamente que no lo estaban para la fecha en que fue proferida la decisión contenida en los actos administrativos acusados. Es decir, en febrero de 2003, que es la época en que se profirió la Resolución OUDCP 0009 por parte de la Empresa de Energía de Cundinamarca, tampoco el ordenamiento jurídico consagraba potestad sancionatoria alguna en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos.

³ Corte Constitucional, sentencia de julio 18 de 2006, magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Pero cuando se trata del tema del cobro de energía no facturada, la conclusión es diferente. En efecto, recuerda el Tribunal que los actos acusados, aparte de la imposición de la multa (que será anulada) le impusieron a la demandante (solidariamente con la Fiduciaria Alianza S.A. y con la Sociedad Hotelera las Acacias S.A.) el pago de la suma de \$359'329.985 por concepto de consumos dejados de facturar.

Respecto del cobro de tales consumos dejados de facturar, sí existe ley previa que faculta a las empresas para medir el consumo, facturar el mismo y cobrarlo a los usuarios. También existe norma legal que les permite cobrar consumos atrasados dejados de facturar en su debida oportunidad, es decir de manera retroactiva hasta por un periodo de seis meses hacia atrás. Tales normas son los artículos 130 y 146 de la Ley 142 de 1994.

De lo anterior dedujo la Sala que no existía motivo válido para exigirle a las empresas de servicios públicos que se hicieran parte dentro de ningún proceso de extinción de dominio (cuando el inmueble respectivo está vinculado a tal tipo de proceso) para que allí hagan valer el derecho que tienen a cobrar las facturas respectivas. No hay norma alguna que le imponga a las empresas esa carga. En cambio, como ya se vio, la ley sí autoriza a esas empresas a facturar y cobrar los consumos a los usuarios. para el Tribunal no hay razón para concluir que el hecho de que una empresa de servicios públicos cobre al usuario del servicio el valor de los consumos resulte violatorio del derecho a la igualdad o del debido proceso, como de forma imprecisa lo dice la actora.

Por lo anterior, no prosperó el cargo respecto del cobro de los consumos no facturados.

II.3. En cuanto al hecho de que la Empresa de Energía de Cundinamarca no le dio trámite al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante contra la resolución sancionatoria, el Tribunal entiende que sí hubo agotamiento de la vía gubernativa por parte de la actora, pues la DNE interpuso el único recurso que según la ley es obligatorio para agotarla, es decir, el de apelación. Quien hizo mal, fue la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al rechazar el recurso sin dar más opciones al usuario. “Debió darle trámite al recurso de reposición implícito en la interposición de la apelación para obligar a la empresa a pronunciarse primero y luego sí dar curso a la apelación, si la decisión de la empresa era todavía contraria a los derechos e intereses del usuario, en este caso la DNE”.

Advierte el Tribunal que la E.E.C. E.S.P. tal como lo demuestra el acto acusado, sí se ocupó de las razones de la DNE para impugnar la Resolución OUDCP 009 del 14 de febrero de 2003, a pesar de anunciar que la DNE habría interpuesto equivocadamente solo el recurso de apelación. Es decir, el a quo considera que la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP entendió que había una reposición implícitamente interpuesta, por lo cual la Superintendencia de Servicios Públicos al considerar improcedente el recurso de apelación, que fue el único interpuesto, incurrió en la figura de no haber dado al usuario oportunidad para interponer y tramitar el recurso.

Lo cierto es que, se repite, el hecho de que la Administración no haya querido tramitar la vía gubernativa no constituye causal de nulidad de los actos habida cuenta de que la vía gubernativa es un factor externo al acto o a la decisión que ya se tomó. Como existió un acto, este es susceptible de ser juzgado por los tribunales. En este caso el acto está integrado por la decisión inicial de la Empresa de Energía de Cundinamarca a que alude la pretensión primera y las dos resoluciones restantes que confirmaron la inicial, independientemente de que a la DNE no se le haya oído en sede de apelación. Sí se oyeron las apelaciones de los otros recurrentes.

II.4. Respecto de la falta de proporcionalidad del cobro de una suma superior a trescientos millones de pesos por los consumos dejados de facturar, considerando que el Hotel Tocarema consume un promedio de 20 millones mensuales, el Tribunal denegó la prosperidad del cargo porque: (i) el argumento planteado no fue aducido en la vía gubernativa, En consecuencia, no puede ser considerado en sede jurisdiccional; y (ii) aún salvada esta cuestión formal, el a quo no halló prueba de la desproporción a que alude la actora. Es al demandante al que le corresponde demostrar con pruebas idóneas que hubo un cobro de lo no debido hasta el punto que se atentó contra el principio de razonabilidad del acto por desproporción de medio a fin. Y nada de esto aparece acreditado. Salvo el punto de la multa ilegalmente impuesta, el cobro de los demás rubros no fue desvirtuado por la actora.

II.5. En cuanto al restablecimiento del derecho señaló el Tribunal que como no existe constancia en el expediente de que la multa hubiere sido pagada por la demandante, a título de restablecimiento del derecho se declarará que la Dirección

Nacional de Estupefacientes no está obligada a pagar la suma de \$359'329.985 que le fue impuesta como multa mediante los actos acusados.

III.FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III.1.Recurso interpuesto por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Señala el apoderado de la **Dirección Nacional de Estupefacientes** de que en el fallo atacado se le atribuyó la condición de usuaria del servicio público de energía para considerar que le eran aplicables las normas por consumos no facturados, con lo cual se confundió la administración que hace la DNE con la titularidad del dominio.

Añade la DNE que el contrato del servicio público de energía eléctrica que fundamentó las decisiones aquí demandadas, fue celebrado entre la SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS S.A Y LA EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA, de manera que la DNE no se constituye como parte dentro del contrato de condiciones uniformes del servicio público referido y por tanto no puede condenársele solidariamente.

III.2. Recurso interpuesto por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.E.C. E.S.P.-

La Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. –E.E.C. E.S.P.–, en su apelación señala que la sentencia debió ser inhibitoria por cuanto la demandante (DNE) no agotó la vía gubernativa, requisito para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto la DNE solo presentó recurso de apelación en forma directa contrariando las normas especiales del régimen de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de recursos, conforme a las cuales sin mediar el recurso de reposición no es viable apelar y si no se apela no se agota la vía gubernativa.

Añade la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. –E.E.C. E.S.P.– que el Tribunal interpretó la demanda como un ataque a la competencia de la E.E.C. E.S.P. para expedir el acto acusado cuando lo que de verdad se alegó fue una violación al derecho a la igualdad, de suerte tal que lo hecho por el Tribunal, en el fondo, es reconocer, de oficio, y sin razones que lo ameriten, la incompetencia de la Empresa de Energía para expedir actos administrativos de carácter sancionatorio, cuestión que le es permitida en uso de las atribuciones que en esta materia le han sido reconocidas por la jurisprudencia, las que debió enunciar en el fallo, y no interpretando la demanda de manera equivocada, atribuyéndole un cargo JAMAS endilgado por el demandante y sobre el cual la Empresa de Energía jamás se pronunció. Lo cual si acarrea una violación del Derecho Fundamental de Defensa en razón a la imposibilidad de controvertir, dentro de la primera instancia, este cargo que el Tribunal le endilgó a los actos administrativos demandados, razón más que suficiente para revocar la sentencia.

Adicionalmente, el apelante señala que, contrario a lo sostenido por el a-quo sí existe una norma que permite a las empresas de servicios imponer sanciones y es

el Decreto 1303 de 1989, norma cuya legalidad y vigencia, aún bajo los dictámenes de las leyes 142 y 143 de 1994, no puede ser puesta en duda, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección Primera.

En forma alguna el Tribunal podía desconocer, menos de la manera en que lo hizo, la presunción de legalidad que acompaña la Resolución 108 de 1997 de la CREG, pues, como ya se vio, tanto el Consejo de Estado en la citada sentencia del 8 de septiembre de 2005, como la Corte Constitucional en la sentencia T-224 del 23 de marzo de 2006, ya habían señalado que en el régimen de prestación de servicios públicos domiciliarios no existía un vacío legal en lo referente a las potestades sancionatorias de las empresas de servicios públicos, de suerte tal que resulta incontrovertible la facultad de las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios- único argumento para desconocer la eficacia de la resolución en comento.

Ahora bien, otra razón que demuestra lo infundado que resulta basarse en una falta de competencia de la CREG para no aplicar tal resolución, es el hecho de que la misma, en su artículo 54, lejos de establecer una potestad sancionatoria, lo único que hace luego de reiterarla es fijar la metodología que se debe utilizar para que la empresa correspondiente tase la sanción que se le debe imponer al usuario frente a los actos fraudulentos, de donde debe concluirse que con su expedición en forma alguna se llenó un supuesto e inexistente vacío legal- como lo sostuvo el Tribunal.

III.3. Recurso interpuesto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El apoderado de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** manifiesta su inconformidad con el fallo respecto de:

1) el agotamiento de la vía gubernativa por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

2) la facultad sancionatoria de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

En Relación con el Agotamiento de la Vía Gubernativa, como requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, señala que la DNE no interpuso recurso de reposición en contra de la decisión de la Empresa de Energía de Cundinamarca y en su lugar interpuso de manera directa el recurso de apelación razón por la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se abstuvo de resolver el recurso interpuesto, porque según las normas legales y específicamente el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, este recurso únicamente procede como subsidiario al de reposición.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca realiza una interpretación diferente de la expuesta en el artículo 154 de la ley 142 de 1994 y realiza una diferenciación técnica entre el agotamiento de la vía gubernativa y la vía gubernativa, para concluir que el agotamiento de la vía gubernativa y el Código Contencioso

Administrativo son diferentes y que el requisito de procedibilidad establecido en el Código se refiere únicamente como obligatorio al recurso de apelación.

No obstante dado que la Ley 142 de 1994 señala que el recurso de apelación es subsidiario, cuando la Dirección Nacional de Estupefacientes interpuso el recurso de apelación de manera directa, la Superintendencia de Servicios Públicos en ejecución de los mandatos perentorios de la ley debía abstenerse de resolverlo.

Por todo lo anterior, dado que el demandante no agotó la vía gubernativa el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no debió pronunciarse de fondo sobre la demanda.

En cuanto a la facultad sancionatoria de las Empresas de Servicios Públicos, señala la apelante que de la lectura de los recursos y del texto de la demanda si bien se mencionó como derecho violado el debido proceso, el actor no alegó como concepto de violación la supuesta ilegalidad de la sanción impuesta por la Empresa de Energía de Cundinamarca.

No puede entonces el juzgador suplir las negligencias o ineficiencias del actor, ya que por naturaleza la Jurisdicción Administrativa es rogada y el fallador no puede interpretar un concepto de violación que no fue invocado por el actor, y si lo hace estará fallando extra petita, lo cual genera incongruencia en la sentencia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dio una interpretación y acomodó un concepto de violación que no fue alegado por el actor, ni en la actuación administrativa, ni tampoco en el debate procesal judicial.

Atendiendo las normas citadas, el fallador no debió estudiar ese cargo que no fue planteado por el demandante y por lo tanto, no procedía la declaración de nulidad por ese concepto.

Si en gracia de discusión se admitiera que se agotó la vía gubernativa y que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca verdaderamente interpretó lo que quiso expresar el actor (aunque fuera de manera implícita), tampoco procedería la declaración de nulidad de los actos por las siguientes causas:

- Indebido agotamiento de la vía gubernativa sobre el punto de la facultad sancionatoria de las empresas de servicios públicos, porque en la actuación administrativa la Dirección Nacional de Estupefacientes centró su defensa en que no reunía los requisitos para ser considerado como usuario de los servicios públicos y en que no había suscrito el contrato de condiciones uniformes con la Empresa de Energía de Cundinamarca. Alegó la figura jurídica que lo vinculaba con el inmueble y discutió la solidaridad de la sanción.

Pero la Dirección Nacional de Estupefacientes no se refirió a la legalidad del acto por considerarla violatoria del derecho al debido proceso y en especial, no se alegó la falta de facultad sancionatoria de la Empresa de Energía de Cundinamarca.

El hecho de fundar la sentencia en cargos no planteados y bajo conceptos de violación no esbozados en la demanda ni en la actuación administrativa afecta no solo el aspecto formal de la sentencia, sino que además afecta el derecho al debido proceso de la Superintendencia de Servicios Públicos. Porque no se le brindó la oportunidad de ejercer sus derechos procesales para controvertir el punto expuesto.

De tal manera que según lo expuesto por no haberse agotado la vía gubernativa respecto del cargo de “violación del derecho al debido proceso, por falta de facultad sancionatoria de las empresas de servicios públicos” no se puede dar trámite al cargo y mucho menos declarar la nulidad de los actos demandados.

- Efectos inter partes de las sentencias de Tutela, por lo cual bien los antecedentes jurisprudenciales proferidos por la Corte Constitucional son fuente informal del derecho, no se configuran en obligatorios sino únicamente respecto de las partes del proceso y vale la pena mencionar que sus efectos únicamente pueden ser a futuro y nunca de manera retroactiva.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

V.1. Normas demandadas

Los actos administrativos demandados, que por su extensión no se transcriben sin perjuicio de que se haga referencia a su contenido dentro de esta providencia son:

(i) la Resolución No. 0UDCP 009 del 14 de febrero de 2003 expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. "E.E.C. E.S.P.", por medio de la cual se impuso una sanción pecuniaria por una suma de SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTE PRESOS m/cte. (\$718.688.920), a la Dirección Nacional de Estupefacientes, a la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., y a Alianza Fiduciaria S.A.; (ii) la Resolución No. 0UDCP 0009RR del 1 de abril de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. "E.E.C. E.S.P.", por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., y a Alianza Fiduciaria S.A. contra la Resolución No. 0UDCP 009 del 14 de febrero de 2003; y (iii) la Resolución No. 004221 del 14 de mayo de 2004, expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos, por medio de la cual se desataron los recursos de apelación.

La parte resolutive de los actos administrativos citados son del siguiente tenor:

Resolución Número OUDCP 0009 de 14 de febrero de 2003

“Por la cual se impone una sanción por incumplimiento de las condiciones uniformes del contrato del servicio público de Energía Eléctrica y se ordenan unos pagos.”

EL JEFE DE LA UNIDAD DE DETECCIÓN Y CONTROL DE PÉRDIDAS DE LA EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMRCA S.A. “E.E.C. E.S.P.” EN USO DE LA DELEGACIÓN CONFERIDA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA No. 1674 DE DICIEMBRE 10 DE 2002 DE LA NOTARIA SESENTA Y DOS DE BOGOTÁ, PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994, LA RESOLUCIÓN 108 DE 1997 DE LA CREG Y LAS CONDICIONES UNIFORMES DEL CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELECTRICA (...)

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: *Sancionar solidaria y pecuniariamente, el incumplimiento de las Condiciones Uniformes del Contrato para la Prestación de Servicios Públicos de Energía Eléctrica y por la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$ 359.329.985) a la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES en su condición de usuaria del servicio de energía eléctrica, así como la FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A. / SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS S.A. en su(s) condición (es) de propietario (s) del inmueble ubicado en la CALLE 29 CARRERA 6 DE GIRARDOT y/o suscriptor(es) del servicio de energía eléctrica al cual le corresponde el código de prestación del servicio 99, por concepto de Señales del transformador de corriente de la fase T interrumpidas.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Ordenar el pago solidario por la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS*

MONEDA LEGAL (\$369.329.986) a la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES en su condición de usuaria del servicio de energía eléctrica, así como a la FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A. y SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS en su(s) condición(es) de usuaria del servicio de energía eléctrica, así como a la FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A. Y SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS S.A. en su(s) condición(es) de propietaria(s) del inmueble ubicado en la CALLE 29 CARRERA 5 DE GIRARDOT y/o suscriptor(as) del servicio de energía eléctrica al cual le corresponda el código de prestación del servicio 99, por concepto de Consumos dejados de facturar, acorde con lo expuesto en la parte motiva de la presunta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar el pago solidario por la suma de VEINTICOCHO MIL NOVECIENTOSCINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$ 28.950) por concepto de revisión técnica de instalaciones Eléctricas a la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, así como a la FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A./SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIAS S.A. en su(s) condición(es) de propietario(s) del inmueble ubicado en la CALLE 29 CARRERA 6 DE GIRARDOT y/o suscriptor(es) del servicio de energía eléctrica al cual le corresponde el código de prestación del servicio 99.

ARTÍCULO CUARTO: El pago de las sumas mencionadas en esta providencia deberá efectuarse al día siguiente a la fecha de su ejecutoria, caso contrario generará intereses de mora a la tasa permitida por la ley.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente decisión al señor **MUVDI MARIO** identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 73081554, en su condición de gerente del Hotel Toca rema- **SOCIEDAD HOTELERA LAS ACACIA S.A.** quien puede ser localizado en la Carrera 5 No. 19-14 de Girardot, haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra la presente decisión administrativa procede el recurso de reposición ante este despacho dentro de los cinco(5) días siguientes a su notificación y en subsidio de éste, el de apelación ante el gerente o representante legal de la Empresa, quien en tal caso remitirá el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para su resolución.

ARTÍCULO SEXTO: Notificar personalmente el contenido de la presente decisión al doctor **ALFONSO PLAZAS VEGA** en su condición de Director de la Dirección Nacional de Estupefacientes, o quien haga su veces, quien puede ser localizado en la carrera 16ª No. 79-08 de esta Ciudad, haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra

la presente decisión administrativa procede el recurso de reposición ante este despacho dentro de los cinco(5) días siguientes a su notificación y en subsidio de éste, el de apelación ante el gerente o representante legal de la Empresa, quien en tal caso remitirá el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para su resolución.

ARTÍCULO SEPTIMO: *Notificar personalmente el contenido de la presente decisión al Señor Pablo Trujillo Telado en su condición de Representante Legal o quien haga su veces, de la **FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A.**, quien puede ser ubicado en la carrera 19 No. 88-46 de Bogotá D.C., de la misma y advirtiéndole que contra la presente decisión administrativa procede el recurso de reposición ante este despacho dentro de los cinco(5) días siguientes a su notificación y en subsidio de éste, el de apelación ante el gerente o representante legal de la Empresa, quien en tal caso remitirá el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para su resolución.*

ARTÍCULO OCTAVO: *Comunicar la presente decisión al señor MIGUEL OSWALDO FAJARDO en su condición de interesado, quien puede ubicarse en la Calle 29 carrera 5, Hotel Tocarema en Girardot, entregándole una copia de la misma.*

ARTÍCULO NOVENO: *esta Decisión rige a partir de la fecha de su notificación.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C.

JORGE WILLIAM DURAN CASTELLANOS

Jefe Unidad de Protección y Control de Pérdidas

Resolución Número OUDCP 009RR del 1 de abril de 2003

“por la cual se resuelve el recurso de reposición”.

EL JEFE DE LA UNIDAD DE DETECCIÓN Y CONTROL DE PÉRDIDAS DE LA EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. "E.E.C. E.S.P." EN USO DE LA DELEGACIÓN CONFERIDA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA No. 1674 DE DICIEMBRE 10 DE 2002 DE LA NOTARIA SESENTA Y DOS DE BOGOTÁ, PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994, LA RESOLUCIÓN 108 DE 1997 DE LA CREG Y LAS CONDICIONES UNIFORMES DEL CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELECTRICA (...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Confirmar en su totalidad y en cada una de sus partes, la resolución No. OUDCP 009 del 14 de febrero de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presten decisión.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Conceder a la FIDUCIARIA LA ALIANZA S.A. Y/O ALIANZA FIDUCIARIA S.A., así como a MIGUEL OSWALDO FAJARDPO CORREAL en su condición de representante del secuestre designado dentro del proceso ejecutivo hipotecario promovido por el Banco Ganadero e Instituto de Fomento Industrial en contra de la Fiduciaria Alianza S.A. ante el Juzgado Doce Civil del Círculo de Bogotá, el recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

ARTÍCULO TERCERO: *Remitir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el recurso de apelación directa promovido por la Dirección Nacional de Estupefacientes en contra de la resolución OUDCP 009 de 2003 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

ARTÍCULO CUARTO: *Notificar personalmente el contenido de la presente as las personas que actuaron en la presente actuación, para lo cual se les citará a las direcciones que figuran en el expediente y advirtiéndoles que contra la presente no procede recurso alguno.*

ARTÍCULO QUINTO: *Esta Decisión rige a partir de la fecha de su notificación.*

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C.

JORGE WILLIAN DURAN CASTELLANOS

Jefe Unidad de Detección y Control de Peridas

Resolución No. 004221 de Mayo 14 de 2004

“Por la cual se resuelve un recurso de apelación”

EL DIRECTOR TERRITORIAL CENTRO

De la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por los numerales 29 y 31 del Artículo 79, los Artículos 154 y 159 (Modificado por el Artículo 20 de la Ley 689 de 2001) de la Ley 142 de 1994 y el Numeral 18, Artículo 20 del decreto 990 de 2002, (...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- *Confirmar en todas sus partes la Decisión No. OUDCP del 14 de febrero de 2003 proferida por la EMPRESA DE ENERGIA DE CUNDINAMRCA S.A. E.S.P., de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO.- *La Empresa deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto.*

PARÁGRAFO.- *la Empresa deberá informar a la Dirección Territorial Centro- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al día hábil*

siguiente al que haga efectivo el cumplimiento de la presten Resolución allegando la prueba del mismo.

ARTÍCULO TERCERO.- *Declarar improcedente el recurso de apelación directo promovido por el doctor **LIBARDO GAUTA RINCÓN**, en calidad de apoderado de la **DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES "DNE"** de acuerdo con el poder especial otorgado por el señor **ALFONSO PLAZAS VEGA** en calidad de Director Nacional de Estupefacientes, contra la decisión No. OUDCP 0009 del 14 de febrero de 2003 proferida por la **EMRPESA DE EENRGÍA DE CUNDINDAMARCA S.A. ESP**, de conformad con la parte motiva de la presente resolución.*

ARTÍCULO CUARTO.- *Notificar personalmente el contenido de esta resolución a **DIEGO DELGADO MONTOYA** en calidad de apoderado del Hotel Toca rema de acuerdo con el poder especial otorgado por el señor **MIGUEL OSWALDO FAJARDO CORREAL EN CALDIAD DE REPRESENTANTE LEGAL del HOTEL TOCAREMA**. Con cédula de ciudadanía No. 17.153.006 expedida en Bogotá, con domicilio en la Diagonal 86 No. 31 – 04 de Bogotá D.C. haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra esta no proceden recursos en la vía gubernativa por encontrarse agotada.*

ARTÍCULO QUINTO.- *Notificar personalmente el contenido de esta resolución a **JORGE LUIS MOSCOTE GNECCO** en calidad de apoderado de **ALIANZA FIDUCIARIA** de acuerdo con el poder especial otorgado por el señor **ALEJANDRO GARNTNER ESCOBAR EN CALIDAD DE REPRESENTANTE Legal de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, con cédula de ciudadanía No. 80.506.390 expedida en Bogotá, con domicilio en la carrera 19 No. 88-46 de Bogotá D.C. haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra esta no proceden recursos en la vía gubernativa por encontrarse agotada.*

ARTÍCULO SEXTO.- *Notificar personalmente el contenido de esta resolución a **LIBARDO GAUTA RINCON** En calidad de apoderado de **LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES "DNE"** de acuerdo con el poder especial otorgado por el señor **ALFONDO PLAZAS VEGA** en calidad de Director Nacional de Estupefacientes, con cédula de ciudadanía No. 3.017.476 expedida en Foyeque(Cundinamarca) con domicilio en la Carera 16ª No. 79- 08 pido 5 de Bogotá D.C., haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra esta no proceden recursos en la vía gubernativa por encontrarse agotada.*

ARTÍCULO SÉPTIMO.- *Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al Representante Legal de la **EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. ESP.** O quien haga sus veces para su cumplimiento.*

ARTÍCULO OCTAVO.- *La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los,

BENJAMIN RUEDA ACEVEDO

V.2. Competencia

Lo primero que observa la Sala es que de acuerdo con el artículo 357 del C. C. A., que regula la competencia del superior cuando decide recursos de apelación, ésta “se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”. En el presente caso tanto la parte demandante como las demandadas, apelaron la sentencia de primera instancia, razón por la cual la Sala resolverá sin limitaciones.

V.3. El caso concreto

En el presente caso las disposiciones demandadas imponen, de una parte, una sanción pecuniaria por el incumplimiento de las condiciones uniformes del contrato para la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, y de otra el cobro de sendas sumas por concepto de consumos dejados de facturar, en razón de la interrupción de las señales del transformador de corriente, y de la revisión técnica de instalaciones eléctricas.

La Sala procederá a analizar la decisión impugnada, tanto en relación con la multa impuesta por haber encontrado probada la ocurrencia de una adulteración de los equipos y redes eléctricas en el Hotel Tocarema, como respecto de los cobros por consumos no facturados y revisión técnica de instalaciones eléctricas con ocasión de la misma irregularidad.

Consideraciones respecto de la multa.

En cuanto a la sanción pecuniaria impuesta, encuentra la Sala que caben dos cuestionamientos: (i) si la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. estaba facultada para imponerla y (ii) en caso afirmativo, que recursos eran procedentes.

Las facultades para imponer la sanción pecuniaria estarían otorgadas por el Decreto 1303 de 1989, cuya vigencia y aplicación conjunta con la Ley 142 de 1994

estableció esta Sección en sentencia del 8 de septiembre de 2005 al ratificar la posición de la Sala en los siguientes términos:

“(...) la Sala en sentencia de 18 de julio de 2001 (Expediente 5344, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), precisó, y ahora lo reitera, que el [Decreto 1303 de 1989](#) es una norma especial que, como tal, es de preferente aplicación frente a las disposiciones de la [Ley 142 de 1994](#) que, si bien estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y en forma general reguló lo relativo a los contratos de servicios públicos, no se refirió íntegramente a todos los aspectos relativos a esta prestación quedando vigentes, por lo tanto, las disposiciones de carácter especial y aquellas que no fueren contradictorias con sus mandatos. Al efecto, dijo la Sala: “...Así lo señaló en forma expresa el artículo 186 de esta Ley cuando indicó: De conformidad con lo anterior, las normas de la [Ley 142 de 1994](#) son complementarias de las contenidas en el [Decreto 1303 de 1989](#) que, en cuanto no sean contrarias, mantienen su vigencia y deben interpretarse sistemáticamente como un todo, por cuanto no existe contradicción entre las prescripciones de la [Ley 142 de 1994](#) y las disposiciones del [Decreto 1303 de 1989](#) aplicadas para el caso concreto, las cuales contemplan situaciones que no fueron cobijadas por la primera y mantienen, por lo tanto, su vigencia y eficacia...” De tal manera que no es acertado el argumento de la entidad demandada en cuanto consideró que como en virtud de la expedición de las leyes [142](#) y [143 de 1994](#) se derogaron las leyes que le sirvieron de sustento al Decreto acusado éste perdió su fuerza ejecutoria”⁴.

En efecto, el artículo 20 del Decreto 1303 de 1989 dispone:

Artículo 20. LOS HECHOS QUE DETERMINAN LAS SANCIONES PECUNIARIAS Y MONTO. Además de la suspensión o el corte del servicio en los términos de los artículos 16 y 18, el suscriptor deberá pagar a la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, d.c., ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Radicación: 11001-03-24-000-2002-00323-01. Actor: Laureano Colmenares Camargo. Lo dispuesto en anterior providencia fue reiterado en sentencia de la Sección Primera del cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012) Consejera ponente: Maria Elizabeth García González. Radicación: 25000-23-24-000-2004-00483-01 Actor: Almacenes Generales de Deposito de la Caja Agraria y Banco Ganadero – ALMAGRARIO S.A.

entidad por el uso no autorizado o fraudulento del servicio los siguientes valores:

a) *Por cada KWH facturado a tarifa inferior, por causas imputables al usuario, caso contemplado en el literal a) del artículo 16; la entidad liquidará el servicio teniendo como base las tarifas correspondientes al nuevo uso y el consumo durante el tiempo de la situación irregular. A la cantidad resultante se le descontará lo pagado por el usuario durante el mismo período. Si hay lugar a ello, la entidad cobrará los respectivos intereses moratorios. De no ser factible establecer el tiempo de permanencia de esta anomalía, se tomará un período de seis (6) meses para calcular el consumo irregular. Así mismo, se cobrará la diferencia entre las tarifas vigentes de conexión en la situación nueva y en la situación autorizada, en caso que ésta sea positiva;*

b) *Por aumentar la carga o capacidad instalada por encima de la contratada sin autorización de la entidad, caso contemplado en el literal d) del artículo 16; se cobrará dos veces el valor de la diferencia entre la tarifa de conexión vigente para la situación nueva y la tarifa de conexión vigente para la situación autorizada;*

c) *Por fraude en las conexiones o aparatos de medición o control o por alteraciones que impidan su funcionamiento normal, caso contemplado en el literal e) del artículo 16; se cobrará el consumo fraudulento, o sea la diferencia entre el consumo estimado por la entidad según el procedimiento descrito en el párrafo único de este artículo y el consumo registrado en el equipo de medida, por el tiempo de permanencia de la anomalía, valorado con las tarifas vigentes y multiplicado por dos (2) cuando se trate de la primera vez y por cuatro (4) en caso de reincidencia, siempre que la diferencia sea positiva.*

Se utilizará como tarifa vigente, la correspondiente al mes de la ocurrencia de la anomalía, que en el caso residencial será la del bloque de consumo donde se ubique el consumo mensual calculado por la entidad y en el caso no residencial será la tarifa máxima de energía según la clase de servicio, nivel de voltaje y sistema de facturación.

d) *Por retirar, romper o adulterar uno cualquiera de los sellos instalados en los equipos de medición, protección, control o gabinete, o que los existentes no correspondan a los instalados por la entidad, caso contemplado en el literal f) del artículo 16; se cobrará un 15% de la tarifa de conexión del estrato socioeconómico en que se encuentre ubicado el inmueble, con un mínimo, por cada sello, de dos (2) salarios mínimos diarios vigentes, en el caso residencial; y un 15% de la tarifa de conexión con un mínimo, por cada sello, de cinco (5) salarios diarios mínimos vigentes, en el caso no residencial;*

e) *Por reconexión no autorizada de un servicio suspendido, caso contemplado en el literal n) del artículo 16; se cobrará un recargo*

equivalente al doble de la tarifa de reconexión establecida por la autoridad competente;

f) Por utilización del servicio a través de una acometida fraudulenta, caso contemplado en el literal e) del artículo 18; se cobrará el valor del servicio recibido, a las tarifas que corresponda según el mes y el tipo de uso, más los intereses moratorios de ley correspondientes al período de liquidación. El consumo se calculará en la forma señalada en el párrafo único de este artículo. Se exceptúa el evento contemplado en el artículo 21 del presente Decreto.

Parágrafo. PROCEDIMIENTO PARA ESTIMAR EL CONSUMO FRAUDULENTO. Para estimar el consumo fraudulento, se tomará el mayor valor entre la carga instalada, capacidad instalada, carga contratada, capacidad contratada o el nivel de carga promedio del estrato socioeconómico correspondiente y se multiplicará por el factor de utilización y por el tiempo de permanencia de la anomalía, tomado en horas; de no ser posible establecer fehacientemente la duración de la misma, se tomará un período de 4.320 horas. El factor de utilización para cada caso y el nivel de carga promedio del estrato socioeconómico, serán establecidos por la entidad según lo preceptuado por el artículo 26 del presente Decreto.

De conformidad con la norma anterior, además de las sanciones de suspensión o el corte del servicio en los términos de los artículos 16 y 18 del citado Decreto, el suscriptor está obligado a pagar a la entidad por el uso no autorizado o fraudulento del servicio los valores que la misma disposición establece, los cuales no incluyen multas adicionales.

Por otra parte, el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, solo faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios para cobrar los consumos no facturados.

En efecto, la norma citada dispone:

Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la

técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.

La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

(...)

En los términos de la norma transcrita, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, están facultadas para cobrar los consumos no facturados, pero no para imponer multas a los usuarios.

En este orden de ideas resulta pertinente aquí recordar los señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU-1010 de 2008 , Magistrado ponente doctor

Rodrigo Escobar Gil, acogida por la Sala en providencia del 4 de octubre de 2012⁵, donde se discurrió así respecto de la capacidad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para imponer multas:

“(…)En apoyo de lo expuesto anteriormente, debe resaltarse además, el hecho de que en el contrato de servicios públicos domiciliarios no se está frente al acuerdo de voluntades de dos particulares que se encuentran en un mismo plano de igualdad y que han celebrado un contrato con objeto que involucre intereses netamente privados.

Por el contrario, de un lado, es evidente que en el contrato de condiciones uniformes, la autoridad administrativa o el particular a quien se le ha habilitado para su prestación, se encuentra en una posición de privilegio en relación con el usuario, ya que el primero de ellos goza de unas prerrogativas y potestades especiales que el legislador le ha otorgado, con el fin de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Esta posición de privilegio se manifiesta, además, en una de las características que identifica el contrato de servicios públicos domiciliarios, el de ser un contrato de adhesión, lo que significa que “las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerle a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido de las mismas”^{6[109]}; característica que, como lo ha sostenido esta Corte, hace necesario que estos contratos “deb[a]n ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio.”^{7[110]}

Pero adicionalmente, y de otra parte, es claro que el objeto de este acuerdo no involucra intereses de contenido netamente privado, sino que se trata de un contrato a través del cual se busca el cumplimiento de una función pública que, por expresa disposición constitucional, es inherente a la

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación 25000-23-24-000-2004-00483-01. Actor: Almacenes Generales de Depósito de la Caja Agraria y Banco Ganadero- Almagrario S.A.

^{6[109]} Sentencia [C-075 de 2006](#), Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

^{7[110]} Sentencia [C-1162 de 2000](#), Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

finalidad social del Estado, esto es, la prestación de servicios públicos de carácter domiciliario.

Precisamente, a partir del reconocimiento de la importancia de este objeto contractual, la Corte Constitucional ha señalado que “el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función. Además, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y, como anteriormente se indicó, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”^{8[111]}

Así las cosas, el desequilibrio en el que se encuentran las partes y el hecho de que el objeto contractual se relacione con una actividad inherente a la finalidad social del Estado, en los términos del artículo 365 constitucional, también llevan a concluir que tratándose del contrato de servicios públicos domiciliarios, existen razones objetivas para justificar la exigencia de que éste se encuentre regulado por un ordenamiento especial, lo que implica que medidas como las adoptadas por las empresas accionadas no puedan estar circunscritas al ámbito exclusivo del derecho privado, en este caso, a la aplicación analógica de la cláusula penal.

La asimetría de poder que existe entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios o suscriptores, descarta entonces cualquier posibilidad de aplicación analógica de la cláusula penal en el contrato de prestaciones uniformes.

9.4. *En consecuencia, para la Corte es claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios no están facultadas para imponer sanciones de tipo pecuniario a los usuarios, ni por la vía del ejercicio de una potestad administrativa sancionatoria, ni tampoco como consecuencia del ejercicio de una potestad de las previstas en el derecho privado, esto, a través de las cláusulas penales.*

^{8[111]} *Ibídem.*

En consecuencia, los cobros que se han hecho a título de sanción comportan una clara y evidente violación de los artículos 6, 29 y 210 constitucionales, en tanto constituyen una extralimitación de las funciones y prerrogativas que les han sido reconocidas por la ley a las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, ya sean públicas o privadas. Estas actuaciones, han comportado una vulneración del derecho al debido proceso de los usuarios, por haber sido impuestas con absoluto desconocimiento de los principios de reserva de ley y de los principios de legalidad y tipicidad, en cuanto las conductas, la sanción y el procedimiento que informan el ejercicio de la potestad sancionadora y la regulación de los servicios públicos domiciliarios, debían estar contenidos en la ley.

Adicionalmente, en el numeral Décimo Primero de la parte resolutive de la mencionada sentencia, la Corte Constitucional ordenó a las empresas de servicios públicos domiciliarios no solo que hacia el futuro se abstuvieran de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios de tales servicios, sino también de cobrar las sanciones que se hubiesen impuesto con anterioridad a esa providencia y que no hubieren sido pagadas.

Así las cosas, acoge la Sala el planteamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de decretar la nulidad del numeral primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca en lo que tiene que ver con la multa impuesta a la Dirección Nacional de Estupefacientes en cuantía de \$359'329.985. Como consecuencia de lo anterior, se decretará la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución OUDCP 0009RR de fecha abril 1° de 2003, que es la resolución que resolvió varios recursos de reposición interpuestos contra la decisión inicial y también se decretará la nulidad parcial de la Resolución 004221 de mayo 14 de 2004, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que

resolvió varios recursos de apelación en la vía gubernativa. Estos últimos dos actos fueron confirmatorios de la decisión inicial.

Finalmente cabe anotar que dada la vigencia del Decreto 1303 de 1989, conforme a la citada sentencia de 8 de septiembre de 2005 expedida por esta Corporación⁹, resulta aplicable a la sanción monetaria impuesta, el artículo 22 de esa normativa, conforme al cual los actos administrativos que profieran las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios para la aplicación de las sanciones previstas en ese Decreto, deben regirse por las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual en el caso de la imposición de multas el recurso que obliga es el de apelación que fue debidamente interpuesto por la actora.

Al haber declarado improcedente el recurso respecto de la multa impuesta, la Superintendencia, como lo afirma el a quo no dio al usuario oportunidad para interponer y tramitar el recurso, pues como los señala el mismo Tribunal, rechazar ilegalmente un recurso es, finalmente, incurrir en las categorías que pueden caber en el último inciso del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

De lo anterior se deriva que, respecto de la imposición de la multa, el hecho de que la Superintendencia no haya querido tramitar la vía gubernativa no constituye causal para que esa decisión no sea susceptible de ser juzgado por los tribunales. En este caso el acto, en lo referente a la multa, está integrado por la decisión inicial de la Empresa de Energía de Cundinamarca a que alude la pretensión

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, d.c., ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Radicación: 11001-03-24-000-2002-00323-01. Actor: Laureano Colmenares Camargo.

primera y las dos resoluciones restantes que confirmaron la inicial, independientemente de que a la DNE no se le haya oído en sede de apelación. Sí se oyeron las apelaciones de los otros recurrentes.

Consideraciones sobre el cobro de consumos no facturados.

Condición de Usuaría de la DNE

Como bien lo señala en el presente caso la Dirección Nacional de Estupefacientes *“Por disposición de la parte final inc.2 artículo 12 de la Ley 793 de 2002, la Dirección Nacional de Estupefacientes es el **SECUESTRE DEPOSITARIO DE LOS BIENES EMBARGADOS O INTERVENIDOS EN EL TRÁMITE DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**”*.¹⁰

Al respecto es menester señalar que, en el sub lite, la Sociedad Hotelera las Acacias S.A. propietaria del Hotel Tocarema fue puesta a disposición de la DNE

¹⁰ Ley 793 de 2002. ARTÍCULO 12. FASE INICIAL. El fiscal competente para conocer de la acción de extinción de dominio, iniciará la investigación, de oficio o por información que le haya sido suministrada de conformidad con el artículo 5° de la presente ley, con el fin de identificar los bienes sobre los actuales podría iniciarse la acción, de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 2°.

En el desarrollo de esta fase, el fiscal podrá decretar medidas cautelares, o solicitar al Juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda, que comprenderán la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores y, de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física. En todo caso la Dirección Nacional de Estupefacientes será el secuestre o depositario de los bienes embargados o intervenidos.

en un proceso de extinción de dominio y, por lo tanto, las facultades de representación legal de la empresa, atribuidas al representante legal, debían ser ejercidas a partir de la medida cautelar por la Dirección Nacional de Estupefacientes, y en tal virtud, como usuaria del servicio público de energía debía cuidar de los equipos y conexiones a los transformadores y medidores de la Empresa de Energía, máxime considerando que el numeral 4 del artículo 682 del Código de Procedimiento Civil impone al secuestre la obligación de tomar las medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento de los bienes a su cargo.

En consecuencia, la Dirección Nacional de Estupefacientes, al administrar los bienes puestos a su cuidado, es en tanto tal un usuario calificado, que según el artículo 12 de la Ley 142 de 1994 que forma parte de los principios que deben permear la aplicación de esa normativa, está obligado a cumplir los deberes que como usuario le competen, y como tal solidariamente responsable de las obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos, conforme lo dispone el artículo 130 de la Ley 142 de 1996, modificado por la [Ley 689 de 2001](#), artículo 18, cuyo tenor es:

Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario.

El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

De conformidad con la norma transcrita, en el contrato de servicios públicos, tanto el propietario o poseedor del inmueble como el usuario del servicio (en este caso la DNE) son solidarios en sus obligaciones y derechos.

Agotamiento de la vía gubernativa.

Ahora bien, dado que a la DNE se le impuso por la Empresa de Energía de Cundinamarca el pago de consumos no facturados por haber encontrado probada la ocurrencia de una adulteración de los equipos y redes eléctricas en el Hotel Tocarema, , la Sala procederá a verificar si la actora agotó debidamente la vía gubernativa, presupuesto para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tal como lo consagra el artículo 135 del C.C.A. cuyo tenor es:

ARTÍCULO 135.—Modificado por el [Decreto 2304 de 1989](#), artículo 22
POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES.
La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.

En materia de servicios públicos domiciliarios la normatividad especial que los regula, Ley 142 de 1994, establece respecto de los recursos que:

Artículo 154. De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.

No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.

El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.

De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato.

*Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. **La apelación se presentará ante la superintendencia.***

*Artículo 159. **Modificado por la [Ley 689 de 2001](#), artículo 20.** De la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos. La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo. El recurso de apelación sólo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el Gerente o el representante legal de la Empresa, quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo.*

Si dentro del trámite de la apelación, la Superintendencia de Servicios Públicos estima necesario practicar pruebas o el recurrente las solicita, deberá informar por correo certificado a las partes, con la indicación de la fecha exacta en que vence el término probatorio, que no puede ser superior a treinta (30) días hábiles, prorrogables hasta por otro tanto.

Parágrafo. Una vez presentado en forma subsidiaria el recurso de apelación, las partes podrán sustentar y aportar pruebas a la Superintendencia para que sean tenidas en cuenta al momento de resolver en segunda instancia.

De conformidad con la normativa transcrita, es evidente que en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios es obligatorio interponer el recurso de reposición, y que el de apelación es subsidiario de aquel, por lo cual no puede interponerse directamente.

La necesidad de interponer los dos recursos en materia de servicios públicos domiciliarios, como requisito para presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ha sido planteada claramente por esta Corporación en sentencia de 11 de octubre de 2007 así:

Al efecto, conviene advertir que la competencia asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para conocer del recurso de apelación contra las decisiones en comento, es una situación jurídica excepcional y, por ende, extraña a la regulación común de ese recurso, más cuando tal competencia está dada a un organismo de inspección y vigilancia del sector de los servicios públicos domiciliarios, lo que la hace partícipe de las decisiones de sus vigiladas, estructuras que por demás tienen el carácter de persona jurídica autónoma, pública o privada, situación que implica que quien controla también interviene en decisiones del sujeto o ente controlado, lo cual no es aceptado en la ciencia de la administración.

Lo común y usual del recurso de apelación es que sea intraorgánico, de allí que en la doctrina se le denomine también recurso jerárquico o de alzada; de modo que su conocimiento por un ente distinto al que pertenece el funcionario que expide el acto administrativo impugnado, como ocurre con el recurso de apelación previsto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1995 es una forma exótica y muy excepcional de regular ese recurso, tanto que a diferencia de la regulación común no puede interponerse directamente, sino que se debe interponer de manera subsidiaria al recurso de reposición, lo cual indica a las claras que el legislador ha querido que antes de impugnar el acto ante el superior funcional el interesado debe hacerlo ante la misma autoridad o funcionario que decidió su petición o reclamo; amén de que frente a esos recursos opera el silencio administrativo positivo.

Por lo tanto, su normativa por ser especial y excepcional sólo puede aplicarse específicamente a ese punto, sin que sea posible extenderla a mecanismos diferentes al recurso excepcionalmente así regulado.

En ese orden, el recurso de apelación implica una jerarquía, pero exclusivamente de carácter funcional, pues es la relación inherente o que se genera con ese recurso, de allí que la competencia que mediante el mismo se otorga sea justamente funcional excepcional, es decir, que sólo se tiene en virtud de la interposición del recurso y de ninguna otra forma.

Si el recurso de apelación de que habla el comentado artículo 154 no se interpone con el de reposición y, por ende, de manera subsidiaria, el competente para decidirlo está inhibido de examinar o pronunciarse sobre el asunto. Puede incluso interponerse de manera directa y aún así está inhibido respecto del mismo. No es, entonces, una competencia discrecional, sino reglada; no es permanente, oficiosa ni directa, sino excepcional u ocasional, a instancia de parte, con sujeción a término y subsidiaria; no es general, sino especial sólo respecto de los actos apelados. (Resalta la Sala)

(...)

En esos últimos tópicos emerge una incompatibilidad entre la regulación especial del recurso de apelación en comento y el artículo 69 del C.C.A., toda vez que al establecerse aquél como subsidiario es claro que el legislador ha querido prever que las empresas de servicios públicos tengan forzosamente una oportunidad de revisar sus decisiones en

comento antes de que el peticionario o reclamante acuda a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; oportunidad que no tendrían con la revocación directa consagrada en el artículo 69, y con la cual se dejaría sin eficacia el carácter subsidiario que el legislador le ha fijado a la excepcional intervención funcional de ese organismo en las referidas decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Situación que no ocurre con la regulación común del recurso de apelación, en razón a que ella permite que éste se puede interponer “directamente” o como subsidiario del de reposición, a voces del artículo 51, inciso tercero, del C.C.A., para ante el inmediato “superior administrativo” según expresión del artículo 50, numeral 2, ibídem; de suerte que no es necesario que quien expidió el acto tenga previamente la oportunidad de revisarlo; situación con la cual es compatible la posibilidad de que el superior revoque directamente el acto de su inferior inmediato, sea de oficio o por solicitud, igualmente directa, del interesado.

Mientras que en la Ley 142 de 1994, los recursos tienen regulación especial, en cuanto a su definición, clasificación, actos que son susceptibles de ellos, forma de presentación, términos u oportunidad para interponerlos y resolverlos, condiciones de procedibilidad y de interposición, competencia para resolverlos, etc.

El artículo 154 define el recurso como un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato; y prescribe que “Contra los actos de **negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación** que realice la empresa proceden el **recurso de reposición**, y el de **apelación** en los casos en que expresamente lo consagra la ley.” (Destaca la Sala), y en su parte final establece que la apelación se presentará ante la Superintendencia, lo cual ha de entenderse “para ante” la Superintendencia en concordancia con el artículo 159 ibídem, modificado por el artículo 20 de la Ley 689 de 2001, por cuanto dice que dicho recurso sólo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el Gerente o el representante legal de la Empresa, quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la cual, una vez lo reciba, deberá darle el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo¹¹.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente. Rafael Ostau de Lafont Pianeta Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00571-02. Actor Codensa S.A. E.S.P.

Resulta pues claro para la Sala que, de conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, la actora, que como se dijo es un usuario calificado, debió interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución OUDCP 0009 de 14 de febrero de 2003 expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A.- E.S.P., cosa que en realidad no ocurrió.

En efecto, en el expediente aparece probado que:

1. Mediante oficio No.064 del 18 de septiembre de 1996 la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., propietaria del Hotel Tocarema fue incautada y puesta a órdenes de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

2. La decisión de poner la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., propietaria del Hotel Tocarema a disposición de la DNE obedeció a la existencia de un proceso de extinción de dominio en el que resultaron involucrados esos y otros bienes¹².

3. La DNE al hacerse cargo de los bienes mencionados, procedió a designar a un depositario provisional para que administrara el hotel Tocarema y para que se asegurara de que ese establecimiento siguiera desarrollando su objeto social y operando normalmente.

4. Con el fin de administrar la Sociedad Hotelera las Acacias S.A., propietaria del Hotel Tocarema, la Dirección Nacional de Estupefacientes expidió una serie de actos administrativos en los que:

- Designó como destinatario provisional a la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACIONES SOCIAL-PROSOCIAL, según la Resolución No. 1807 del 12 de noviembre de 1996¹³.

¹² Folios 28 a 30 del cuaderno principal.

¹³ Folio 31 del cuaderno 2.

- Nombró como depositaria provisional a MYRIAM YOLANDA SUÁREZ, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá¹⁴.
- Nombró como depositaria provisional sobre las cuotas partes de la sociedad que seguían en manos de la DNP a MARÍA DEL CARMEN DUQUE CASAS en la Resolución No. 1056 del dieciocho de noviembre de 2002¹⁵.
- Nombró a JORGE ELIÉCER GARCÍA CORTÉS, como depositario provisional del 50.42% de las acciones del bien de extinción de dominio, mediante la resolución No. 0254 de 19 de marzo de 2003¹⁶.
- Nombró a DANIEL PARIS ARBOLEDA, representante de la sociedad, como depositario provisional del 50.42% de las acciones del bien de extinción de dominio, mediante la resolución No. 0754 del 6 de agosto de 2003¹⁷.

5. El día 27 de marzo de 2003, la Empresa de Energía de Cundinamarca practicó una visita al Hotel Tocarema y encontró que el “retorno de uno de los transformadores de corriente” estaba interrumpido dentro del aislamiento, obstaculizando la señal de corriente que va desde este transformador a los medidores de energía Activa y Reactiva, irregularidad que ocasionó una defectuosa medición del consumo de energía. Dicha irregularidad fue dada a conocer a la DNE mediante oficio No. D.G. UDCP-FOR-0567-2002 del veintiocho de mayo de 2002.

6. El 23 de diciembre de 2002, la DNE presentó descargos ante la Empresa de Energía de Cundinamarca¹⁸, según consta en la Resolución OUDCP 0009 del 14 de febrero de 2003.

7. Los argumentos expuestos por la DNE en el escrito de descargos no fueron aceptados por la entidad demandada y, en consecuencia, la Empresa de Energía de Cundinamarca profirió la Resolución OUDCP 0009 del 14 de febrero de 2003¹⁹, acto que: (i) impuso una multa por valor de \$359.329.985, de forma solidaria, a la Dirección Nacional de Estupefacientes, a la Fiduciaria Alianza y a la Sociedad Hotelera las Acacias como propietaria del Hotel Tocarema; (ii) le impuso esa a las mismas personas el cobro de otros \$359.329.985, por concepto de consumos dejados de facturar y por la revisión técnica de las instalaciones eléctricas.

¹⁴ Resolución 1274 de 29 de octubre de 1999. Folio 31 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 33 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 41 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 56 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 309 del cuaderno principal.

¹⁹ Folios 74 a 91 del cuaderno principal.

8. La Dirección Nacional de Estupefacientes no interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución y solo interpuso recurso de apelación de manera directa²⁰. Las otras sociedades implicadas si interpusieron recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, que fue resuelto mediante a Resolución OUDCP 0009RR del primero de abril de 2003²¹, que confirmó lo resuelto en el acto inicial, señalando expresamente respecto del escrito de la DNP que:

En el caso bajo estudio, el apoderado especial de la Dirección Nacional de Estupefacientes no interpuso recurso de reposición, como se observa en escrito del 4 de marzo de 2003, en contra de la resolución OUCDP 009 del 14 de febrero de 2003, sino que hizo uso del recurso de alzada no subsidiariamente sino de manera directa.

Ante lo precedente, esta Empresa de Servicios Públicos no está obligada a pronunciarse sobre el asunto por las razones que a continuación se exponen:

En los procedimientos descritos en el Capítulo VII de la Ley 142 de 1994, el recurso de reposición siempre será el recurso principal.

En efecto, de conformidad con lo descrito en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición y queja son facultativos, sin embargo la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, como régimen jurídico especial que es, invierte esta condición y convierte el recurso de reposición como obligatorio. De tal forma que sin que se surta el trámite del mismo, no podría el superior funcional, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, abocar el conocimiento de lo decidido por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP.

Es decir, la condición subsidiaria del recurso de apelación condiciona su procedibilidad a la existencia o ejercicio del recurso de reposición.

Entonces, si “(...) interponer un recurso es el acto procesar de parte donde se menciona el medio de impugnación escogido” y el recurso principal de reposición tiene como propósito obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del

²⁰ Folio 147 del cuaderno principal.

²¹ Folios 92 a 114 del cuaderno principal.

contrato, debe concluirse que si el interesado no hizo uso de él porque lo desistió, no lo interpuso o no lo escogió, quien expide la decisión objeta no está obligado a revisarla.

Así las cosas, a la EEC-Es no le es exigible el pronunciarse sobre las observaciones que planteó el apoderado de la DNE.

9. El recurso de apelación de las sociedades fue resuelto mediante la Resolución 004221 del catorce de mayo de 2004²², que confirmó la decisión inicial. Sin embargo, en el artículo tercero de la misma decisión la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios declaró improcedente el recurso de apelación directo promovido por la DNE por considerar que:

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el doctor Librado Guatita Rincón, en calidad de apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes, debe señalarlas que le mismo es improcedente al estar incorrectamente interpuesto, por cuanto en materia de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 en su artículo 154 consagra un trámite especial en materia de recursos, pues dispone que el recurso de reposición es obligatorio, de tal suerte que si no se interpone, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no puede abocar conocimiento de la decisión tomada por la ECC-ESP.

El no hacer uso del recurso de alzada de manera subsidiaria sino de manera directa no tiene cabida en la actuación administrativa que aquí se adelanta, pues el recurso de reposición debe ser el recurso principal, tal como lo señala la norma específica que aquí se aplica, por lo que este Despacho no entrará a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

De conformidad con lo anterior y tal como lo constataron la Empresa de Energía de Cundinamarca y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en las Resoluciones No. 0UDCP 0009RR del 1 de abril de 2003 y No. 004221 del 14 de mayo de 2004, respectivamente, los recursos procedentes eran el de reposición y

²² Folios 116 a 146 del cuaderno principal.

subsidiariamente el de apelación, sin que el actor hubiese podido oponerse solo mediante la apelación, pues en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, los recursos procedentes para agotar la vía gubernativa y acudir al juez contencioso están expresamente regulados en la Ley 142 de 1996 que es de carácter especial y por tanto no es aplicable en estos casos la norma general del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo conforme al cual el recurso de apelación puede interponerse directamente.

Considera la Sala que en el momento en que la actora interpuso únicamente el recurso de apelación contra la Resolución No. 0009 del 14 de febrero de 2003, por su propia voluntad agotó indebidamente la vía gubernativa, ya que claramente en la referida Resolución se le hizo saber en el artículo tercero que:

“ARTÍCULO SEXTO: *Notificar personalmente el contenido de la presente decisión al doctor **ALFONSO PLAZAS VEGA** en su condición de Director de la Dirección Nacional de Estupefacientes, o quien haga su veces, quien puede ser localizado en la carrera 16ª No. 79-08 de esta Ciudad, haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra la presente decisión administrativa procede el recurso de reposición ante este despacho dentro de los cinco(5) días siguientes a su notificación y en subsidio de éste, el de apelación ante el gerente o representante legal de la Empresa, quien en tal caso remitirá el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para su resolución”.*
(Subraya la Sala)

De lo anterior se deriva que la Empresa de Energía de Cundinamarca fue clara al indicar al actor en la Resolución OUDCP 0009 del 14 de febrero de 2003, aquí demandada, los recursos procedentes contra la misma, y la subsidiariedad del recurso de apelación.

En consecuencia, en relación con el cobro de consumos no facturados, se encuentra probado el indebido agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la actora.

Corolario de lo dicho es que debe la Sala (i) confirmar la decisión adoptada el 21 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de lo consignado en los numerales Primero, Segundo y Tercero²³ de la parte resolutive de la misma, y (ii) revocar el numeral Cuarto²⁴ de la parte resolutive de la sentencia atacada y en su lugar inhibirse para pronunciarse de fondo sobre las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²³ **PRIMERO: DECRÉTASE** la nulidad del artículo primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Cundinamarca, en cuanto que mediante ese acto se le impuso una multa en cuantía de \$359'329.985 a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

SEGUNDO. DECRÉTASE también la nulidad de los actos confirmatorios de la decisión anterior, esto es, de la Resolución OUDCP 0009 RR, de abril 1° de 2003, proferida por la misma empresa; y de la Resolución 004221 de mayo 14 de 2004, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La nulidad es parcial y comprende dichos actos en cuanto que confirmaron la decisión de imponer la sanción aludida.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho de la demandante, **SE DECLARA** que la Dirección Nacional de Estupefacientes no está obligada a pagar la suma de \$359'329.985 que le fue impuesta como multa en el numeral primero de la Resolución OUDCP 0009 de febrero 14 de 2003 proferida por la Empresa de Energía de Cundinamarca.

²⁴ **CUARTO. NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la decisión adoptada el 21 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de lo consignado en los numerales Primero, Segundo y Tercero de la parte resolutive de la misma.

SEGUNDO. REVÓCASE el numeral Cuarto de la parte resolutive de la sentencia del 21 de febrero de 2008 expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección "A" y en su lugar **INHIBESE** para pronunciarse de fondo sobre las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. Reconócese personería al doctor JOSÉ FERNANDO BELTRÁN GUEVARA, como apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes, para los efectos señalados en el poder que adjunta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA