

DEMANDA - Cargos o motivos de nulidad planteados en la demanda / CARGOS O MOTIVOS DE CENSURA - Deben formularse en la demanda, incluyendo su modificación o adición / CARGOS O MOTIVOS DE CENSURA - Son extemporáneos los propuestos en alegatos de conclusión / EXCEPCIONES DE FONDO - No pueden ser propuestas por el demandante / DEBIDO PROCESO - Se vulneraría al plantearse cargos de nulidad en los alegatos de conclusión

Antes de cualquier pronunciamiento de la Sala sobre tales cuestiones, conviene aclararle al memorialista que las excepciones en el proceso contencioso le están dadas a la parte demandada como medio de defensa ante las pretensiones de la demanda, luego la parte actora no puede aducir excepciones, sino que lo que ella formula son cargos o imputaciones, en el caso de la presente acción, contra el acto administrativo objeto de dicha acción. De suerte que su alegato de que el a quo debió examinar y decidir lo concerniente a los dos tópicos primeramente mencionado (sic), porque los invoca como excepciones y que por lo mismo debió asumirlos de manera oficiosa, no es de recibo, puesto (sic) claramente son imputaciones o acusaciones que le está formulando al acto administrativo enjuiciado y a la correspondiente actuación administrativa, y como tales y por emanar de la parte actora del proceso no pueden ser menos que cargos, los cuales sólo pueden provenir o formularse en la demanda, incluyendo su modificación o adición, y así los ha de considerar la Sala para revisar la posición del a quo frente a los mismos. Sobre el primer punto en cuestión, le asiste razón al a quo en la medida en que en relación con el tema de la competencia, el cargo inicialmente planteado y con el cual se trabó la litis está referido a la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en general, y así lo abordó el a quo en la sentencia apelada, y no como ahora y desde los alegatos de conclusión en la primera instancia lo quiere presentar el apelante, esto es, circunscrita al Intendente de Control Social de dicha entidad, como falta de competencia funcional de ese funcionario, con lo cual salta a la vista que se está ante modificación sustancial del mencionado cargo, que al momento procesal en que fue planteada resulta claramente improcedente por lo extemporánea, ya que está planteada por fuera de la oportunidad procesal para ello, esto es, la prevista para modificar, corregir o adicionar la demanda. Por consiguiente, la Sala encuentra acertada la decisión del a quo en el sentido de no pronunciarse sobre ese cuestionamiento, pues así lo impone el debido proceso, la lealtad procesal y el derecho de defensa de la parte demandada, ya que en realidad el memorialista lo que planteó fue un cargo distinto o no formulado en la demanda. En cuanto a la ahora alegada caducidad de la facultad sancionatoria en este caso concreto, la Sala observa que no hay razón alguna para que el a quo hubiera hecho siquiera mención de la misma, toda vez que igual que la anterior cuestión, no hizo parte de los cargos formulados en la demanda y por ende tampoco lo fue del debate procesal en la instancia ya surtida, de allí que la entidad demandada no se hubiera referido a ese tema al contestar la demanda. No fue objeto de la litis desde el momento en que ella se trabó, ni siquiera mediante la figura ya comentada de la adición o modificación de la demanda, por lo cual avocar ahora su estudio significaría pretermitir la instancia que debió surtirse en el proceso. En consecuencia, es improcedente hacer cualquier examen o consideración en esta sentencia sobre el fondo del mismo.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 005427 DE 2001 (9 DE AGOSTO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 002552 DE 2003 (15 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 001371 DE 2003 (22 DE FEBRERO)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA)

VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Concepto / VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA - Es objeto de la acción de reparación directa / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Presupone la existencia de un acto administrativo. No procede frente a vías de hecho

El memorialista, como fundamento del recurso y de manera enfática y concluyente, le atribuye a la decisión administrativa enjuiciada el carácter de *vía de hecho*, que como es sabido consiste en la ejecución de una actividad o acción práctica o material prescindiendo del procedimiento y el consiguiente acto administrativo previo que la legitime, y con la cual se causa un perjuicio o daño a una persona en sus derechos patrimoniales o libertades individuales; con lo cual, si la Sala tomara literalmente el carácter de vía de hecho que se aduce en esa argumentación, habría que declarar improcedente la presente acción, toda vez que habría que asumir que no hay acto administrativo que enjuiciar, pues esta acción no tiene como objeto el juzgamiento de una vía de hecho en orden a restablecer el derecho y/o indemnizar los perjuicios, sino los actos administrativos, cuya nulidad es el presupuesto previo y necesario para posibilitar el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de los perjuicios que con los mismos se hubieren causado al accionante, dicho de otra forma, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es directa. En cambio, la acción de que puede ser objeto una vía de hecho sí es directa, de allí que esté consagrada en el artículo 86 como uno de los eventos que dan lugar a la acción de reparación directa, cuando se pretenda la indemnización del daño o perjuicio que la misma llegare a causar a cualquier persona. Sin embargo, la Sala hará caso omiso de la comentada calificación o imputación que también de forma extemporánea hace el memorialista a la decisión administrativa enjuiciada, y en lugar de ello abordará la instancia como acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como viene planteada en la demanda y dio lugar a la formación de la litis; por consiguiente, teniendo como objeto de enjuiciamiento un acto administrativo, que por lo mismo llega revestido de todos sus atributos, en especial el de presunción de legalidad, cuyo análisis o verificación habrá de hacerse en este caso concreto a la luz de los cargos que sí fueron aducidos en la demanda y que ahora reitera en la sustentación del recurso, a saber: falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ausencia de proporcionalidad de la sanción o falta de reproche de culpabilidad, y de indebida acumulación procesal, y con base en ellos se procederá desatar el recurso.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 86

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 005427 DE 2001 (9 DE AGOSTO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 002552 DE 2003 (15 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 001371 DE 2003 (22 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Funciones de inspección y vigilancia / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Competencias en materia sancionatoria. Supuestos para su ejercicio / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanción por no atender peticiones de sus usuarios dentro de los términos de ley / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Reincidencia en

conducta objeto de sanción / SANCION A EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Reincidencia como factor de dosificación de sanción

Falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada. Esta inculpación la sustenta la actora en que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 sólo la facultó para sancionar siempre que el incumplimiento de esa ley afecte en forma directa a usuarios determinados, y en este caso los quejosos no lo fueron en esa forma, y la dosificación de la sanción se basó en la reincidencia, siendo que ésta no existe por falta de sentencia definitiva que permita establecerla y no tuvo en cuenta el impacto de la infracción en el servicio. Al respecto, la Sala observa que ello no pasa de ser una apreciación o interpretación muy personal del memorialista que no guarda correspondencia con el tenor del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 ni con la situación motivo de de la sanción impugnada. En efecto, los peticionarios eran usuarios o suscriptores de la Empresa, y según se reseña, todas las peticiones estaban relacionadas con el servicio que ésta les prestaba, luego eran interesados de manera directa e inmediata y la suerte de las mismas de suyo los afectaba de igual manera. Por lo tanto, los hechos se encuadran en las funciones de control y vigilancia y sancionatorias que el numeral 1 del artículo 79 en cita le otorga a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Dicho canon dice: “ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes: 1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.” En este caso es evidente que hubo unos usuarios determinados, los cuales incluso aparecen individualizados y con su respectiva línea telefónica en la resolución sancionatoria, así como la radicación de su correspondiente petición o reclamación, de modo que aparecen cumplidos a cabalidad los supuestos normativos que delimitan la competencia de la Superintendencia para ejercer las funciones y facultades en cuestión sobre la actora con ocasión de los hechos atinentes a esas peticiones. Igual ocurre con el factor de la reincidencia a que se alude en la resolución acusada para dosificar la sanción impuesta, toda vez que lo confunde con el antecedente penal, el cual si requiere la sentencia ejecutoriada. La reincidencia aludida es la repetición de la conducta omisiva por la actora y que la entidad demandada advierte diciendo que “se evidencia la permanente tendencia a no responder a los usuarios dentro del término previsto en la ley”, lo cual encuentra suficiente asidero en el abultado número de los quejosos en este caso concreto, como quiera que ascienden a 139 suscriptores, cuyas respectivas peticiones aparecen presentadas en diferentes fechas.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 79 NUMERAL 1 / LEY 689 DE 2001 – ARTICULO 13 / LEY 143 DE 1994

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 005427 DE 2001 (9 DE AGOSTO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 002552 DE 2003 (15 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 001371 DE 2003 (22 DE FEBRERO)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA)

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanción por no atender peticiones de sus usuarios dentro de los términos de ley / SANCION A EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Proporcionalidad de la sanción / RECURSOS DE VIA GUBERNATIVA - Motivación de los actos administrativos que los resuelven

Con relación a la proporcionalidad de la sanción y de la dosimetría punitiva, la Sala la encuentra ajustada a la magnitud o alcance de los hechos, e incluso favorable a la actora, en la medida en que la acumulación de 359 quejas le evitó que hubiese sido objeto de 359 multas, cuya suma muy seguramente hubiera sido mayor al monto que le fue tasado. La motivación consignada en el acto sancionatorio y los que lo confirmaron en vía gubernativa sirve de sustentación suficiente de dicha sanción, al permitir apreciar la magnitud de los hechos, en especial del grado de desatención de las peticiones y reclamos de los usuarios, y es en comparación con tales circunstancias que se ha de examinar la proporcionalidad de la sanción, y en ese orden la Sala encuentra que ésta no excede el mérito que encierran tales hechos. Además, en los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación se hace reseña de los motivos de inconformidad en que se sustentan y se les responde con consideraciones de hecho y de derecho, de modo que se cumple el requisito de la motivación previsto en el artículo 59 del C.C.A., luego carecen de asidero las imputaciones relativas a la falta de motivación de dichos actos, que como sustento de su alegada ausencia de proporcionalidad aduce el memorialista.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 59

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 005427 DE 2001 (9 DE AGOSTO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 002552 DE 2003 (15 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 001371 DE 2003 (22 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA)

ACUMULACION DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS - Finalidad / ACUMULACION DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS - Procedencia en quejas contra empresa de servicios públicos domiciliarios. Incumplimiento de términos para responder peticiones

En relación con la cuestión alusiva a la indebida acumulación procesal de las 359 peticiones, por falta de los requisitos para la acumulación; ausencia de valoración en la prueba y aplicación por la entidad demandada del silencio administrativo positivo a favor de los peticionarios sin considerar la legalidad de lo pedido, baste precisar, en primer término, que esa acumulación está acorde en todo con el artículo 29 del C.C.A. que la ordena, justamente para evitar decisiones contradictorias, pues todas las quejas o denuncias constituían documentos relacionados con actuaciones que tenían el mismo efecto y tenían relación íntima entre ellos, ya que se trataba de peticiones de usuarios de una misma empresa de servicios públicos domiciliarios relacionadas con el servicio que ésta les prestaba y, por ende, los efectos no podían ser otros que los previstos en la Ley 142 de 1994 para el incumplimiento del término para responder esas peticiones; de suerte

que todas tenían en común la violación del derecho de petición por parte de la Empresa.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 29

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 005427 DE 2001 (9 DE AGOSTO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 002552 DE 2003 (15 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA) / RESOLUCION 001371 DE 2003 (22 DE FEBRERO) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (NO ANULADA)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00865-01

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el **15 de marzo de 2007** por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que acceda a las siguientes

1.1. Pretensiones

Primera. Declarar la nulidad de la Resolución Núm. 005427 de 9 de agosto de 2001 proferida por la Superintendencia Delegada de Control Social, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual le impuso multa de QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL PESOS M/CTE. (\$564.707.000.00) equivalentes a 1.974.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por PQR,s presentadas por trescientos cincuenta y nueve (359) usuarios.

Segunda. Declarar la nulidad de la Resolución Núm. 002552 de 15 de febrero de 2003, mediante la cual, la misma entidad modificó parcialmente la anterior al resolver el recurso de reposición, en el sentido de disminuir la sanción a QUINIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL PESOS M/CTE. (\$528.814.000.00), EQUIVALENTE A 1.849 SMLMV.

Tercera. Declarar nula la Resolución 001371 de 22 de febrero de 2003, del Delegado para Telecomunicaciones de la misma entidad, por la cual decide el recurso de apelación en el sentido de confirmar el acto sancionatorio con su modificación antes indicada.

Cuarta. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada cancelar cualquier registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por la sanción impuesta, incluyendo los registros y actuaciones que por tales actos llegaren a efectuar la Contraloría y la Personería Distritales.

Quinta. A igual título, ordenar a la entidad demandada eliminar la aplicación del sistema de sanciones tarifadas y se adopte un criterio objetivo y racional en las medidas sancionatorias.

Sexta. En subsidio, para el caso que no declare la nulidad de las resoluciones acusadas, reduzca el monto de la sanción impuesta, conforme lo que aparezca probado y al impacto de la infracción.

1.2. Hechos en que se funda la demanda

Refiere la demandante que se le formuló auto de cargo núm. 074 de 22 de diciembre de 2000 por la denuncia que formularon 359 peticionarios, debido a que la empresa presuntamente no les cumplió al no contestarles o hacerlo extemporáneamente sus derechos de petición (artículo 158 de la Ley 142 de 1994), hechos ocurridos en los años 1998, 1999 y 2000.

Que contestó en término los cargos que le fueron endilgados, exponiendo como razones de defensa el alto volumen de quejas, peticiones y reclamos que diariamente debe atender, incluyendo prácticas de pruebas, instalaciones, etc.; situación que no tuvo en cuenta la entidad y en su lugar acumuló otras peticiones de 1998, 1999 y 2000.

Que mediante los actos acusados se decidió el asunto y se resolvieron los recursos de reposición y apelación impetrados en la forma ya dicha, mediante las resoluciones enjuiciadas, sin entrar a controvertir los contundentes argumentos presentados por ETB y, en especial, sin tener en cuenta las explicaciones y pruebas que presentó, y que en la mayoría de los casos le dio respuesta de fondo a los usuarios, dándoles solución a sus peticiones.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se indican como violados por los actos acusados los artículos que aparecen en los cargos que la Sala extracta de lo consignado en la demanda a título de “IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO” y “V. NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO”, a saber:

- 29 de la Constitución Política; 34 del C.C.A.; 158 de la Ley 142 de 1994, y 123 del Decreto 2150 de 1995, por violación del derecho de defensa al limitar el alcance e interpretación del artículo 158 precitado, pues olvida que el artículo 6º del C.C.A. contiene dos excepciones al término perentorio de 15 días hábiles para resolver las peticiones: i) que el usuario haya auspiciado la demora y ii), que sea necesaria la práctica de pruebas; y en este caso era necesario practicar pruebas por el objeto de las peticiones. Sin embargo, la demandada se limita exegéticamente a contabilizar los 15 días para dar respuesta a las peticiones, sin tener en cuenta esa posibilidad que le brindaba el C.C.A., en concordancia con el

artículo 34 del C.C.A, que autoriza practicar pruebas durante la actuación administrativa sin requisitos ni términos especiales; y sin atender la razonabilidad en la aplicación de los términos y que en la mayoría de los casos se dio solución de fondo a cada una de las peticiones. Al punto, cita las sentencias T-134 de 1996, T-426 de 1992 y T-076 de 1995 de la Corte Constitucional.

- 79 de la Ley 142 de 1994 por falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada, toda vez que esa norma sólo la facultó para sancionar a los infractores de las leyes y actos administrativos siempre que su incumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados, y en este caso los quejosos no lo fueron en esa forma, y la dosificación de la sanción se basó en la reincidencia, siendo que ésta no existe por falta de sentencia definitiva que permita establecerla y no tuvo en cuenta el impacto de la infracción en el servicio.

- Indebida acumulación procesal de las 336 peticiones, por cuanto no se daban los requisitos para esa acumulación, ausencia de valoración en la prueba y aplicación por la entidad demandada del silencio administrativo positivo a favor de los peticionarios sin considerar la legalidad de lo pedido, con lo cual hubo violación del artículo 29 de la Constitución Política en cuanto hace al debido proceso.

- Ausencia de la valoración en la prueba, debido a que en el acto que decidió el recurso de reposición se dice que los usuarios no fueron notificados de la prácticas de pruebas, por lo que las pruebas así obtenidas no tenían valor alguno, y ordena en consecuencia el silencio administrativo, siendo que éste, en cuanto acto administrativo debe sujetarse al principio de legalidad, según el cual no puede obtenerse aquello que legalmente no se hubiere podido obtener por otros medios jurídicos. Además, no se tuvo en cuenta que el volumen de peticiones que debe atender la empresa es muy alto, amén de que muchas de las que fueron motivo de quejas no reposan en su base de dato.

- Ausencia de proporcionalidad de la sanción y de la dosimetría punitiva.

- Violación de los artículos 9, 13, 29 y 209 de la Constitución Política; 29, 34, 35, 36, 39, 56, 58, 59, 69 y 267 del C.C.A.; 81.2, 107, 108, 149 y 156 de la Ley 142 de 1994 y 174, 178, 187 y 245 del C. de P.C., por haberse tomado como base conductas anteriores, atribuirle a la ETB que se escuda en supuestas pruebas que

tuvo que practicar y que no lo hizo; romper el principio de imparcialidad al tomar aleatoriamente el estudio sólo de 5 casos; se aplicaron los criterios legales para la dosificación de la multa; no se da cuenta de las pruebas en que se funda el pliego de cargos; falta de examen de los argumentos expuestos en los recursos; no haberse afectado el deber funcional con los hechos sancionados, inexistencia de perjuicios y de culpabilidad, falta de culpa para merecer la sanción y de estudio de la legalidad de las peticiones a fin de establecer si ameritaban o no ser atendidas.

1.2. Contestación de la demanda

La entidad accionada, mediante apoderada, en escrito de contestación oportuna de la demanda, manifestó su oposición a las pretensiones de la actora con fundamento en los artículos 158 de la Ley 142 de 1994, subrogado por el artículo 123 del decreto 2150 de 1995, según los cuales las peticiones en interés particular, entendidas en sentido general (quejas y recursos) deben ser respondidas en el término de 15 días, y en este caso está acreditado que la actora no dio respuesta oportuna a 359 usuarios, sin que la empresa hubiera aportado prueba de que la demora hubiera resultado de la práctica de pruebas o el peticionario la hubiera auspiciado, por lo cual le impuso la sanción atacada, en cumplimiento de sus funciones y competencias señaladas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y con base en la valoración debida de las pruebas aportadas al expediente, de manera proporcional a los hechos, atendiendo los criterios señalados en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, que prevé multa hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; sin que sea cierto que esa sanción estuviere condicionada a la demostración del perjuicio sufrido por el usuario.

II.- LA SENTENCIA APELADA

1. El *a quo* desestimó los cargos y negó las pretensiones de la demanda por considerar:

1. Si bien la práctica de pruebas suspende el término para responder las peticiones de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, se debe tener en cuenta que según el artículo 6º del C.C.A. la Empresa debía comunicar al peticionario esa diligencia, y esa comunicación no se demostró en los casos puestos a conocimiento de la Superintendencia, luego es claro que la E.T.B. violó el artículo 158 de la Ley 142 de 1994.

2. En virtud de los artículos 80.4 y 81 de la Ley 142 de 1994 la Superintendencia sí tiene competencia para sancionar a la actora por tales hechos, los cuales generan perjuicios a los usuarios por cuanto la prestación oportuna y eficaz del servicio a cargo de ésta implica la respuesta a las peticiones dentro del término legal, y al estar probado que la E.T.B. no dio respuesta a las 359 peticiones dentro del término de ley (15 días), ésta infringió el atrás citado artículo 158 de la Ley 142 de 1994.

3. La acumulación de las 359 denuncias fue procedente debido a que cumplían los requisitos señalados en el artículo 29 del C.C.A., toda vez que tenían una causa común (no contestación oportuna de los reclamos), por ende tenían una relación íntima y coincidían en la búsqueda de un mismo efecto, y se dio aplicación a los principios señalados en el artículo 3º del C.C.A.

4. Las peticiones fueron respondidas extemporáneamente, lo cual significa la violación del artículo 158 de la Ley 142 de 1994, sin que el aumento o gran volumen de las quejas y reclamos exima a la Empresa de cumplir sus obligaciones, amén de que no ha desvirtuado los cargos que le fueron formulados y el reconocimiento del silencio administrativo es consecuencia del incumplimiento.

5. En esas circunstancias la sanción impuesta no es desproporcionada y se encuentra dentro del máximo señalado en la norma, que corresponde a 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

6. De otra parte se abstiene de pronunciarse sobre el argumento de falta de competencia del Superintendente de Control Social para expedir los actos acusados, por cuanto fue propuesto en los alegatos de conclusión, o sea extemporáneamente y su estudio vulneraría el derecho de defensa de la demandada.

Por todo lo anterior concluye que los cargos no prosperan y en consecuencia niega las pretensiones de la demanda.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora impugna la sentencia con fundamento en las siguientes razones:

1. En los alegatos de conclusión “se excepcionaron” la caducidad y la falta de competencia funcional del señor Intendente de Control Social, y el Tribunal señaló que no era procedente el control de legalidad de los cargos denominados FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL DEL INTENDENTE DE CONTROL SOCIAL, CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA, AUSENCIA DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION (O FALTA DE REPROCHE DE CULPABILIDAD), INDEBIDA ACUMULACIÓN PROCESAL.

2. No comparte la apreciación equivocada del a quo, y a partir de la página 25, numeral 2.2 hay un grave error en los alegatos de apreciación, pues lo que excepcionó en los alegatos de conclusión fue la FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL DEL SEÑOR INTENDENTE DE CONTROL SOCIAL, y no como erradamente analiza esa alta Corporación la FLATA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Son dos cosas totalmente diferentes, y es extraño que no le merezca la más mínima atención para pronunciarse respecto de la CADUCIDAD que presentan todas las reclamaciones impetradas por los usuarios, la cual no tiene como requisito ser alegada en vía gubernativa y la Superintendencia debió declararla de oficio. Al punto cita, como un caso igual, la sentencia del Tribunal de 16 de febrero - no dice año-, expediente 2003 0510, magistrado ponente Dra. Susana Buitrago Valencia.

3. No le asiste razón al a quo al sostener que las 359 quejas obedecieron a una causa común, pues la problemática es diferente en cada derecho de petición, luego no se cumplían los requisitos para su acumulación en un expediente y ni para la motivación del acto acusado, y ello le impidió a la actora ejercer su derecho de defensa por la brevedad del término que se le dio para responder los cargos por todas esas peticiones.

4. Por lo demás, retoma los argumentos expuestos en los cargos de la demanda, en especial con relación a los de ausencia de proporcionalidad de la sanción o falta de reproche de culpabilidad.

5. De la caducidad de la facultad sancionatoria dice que puede incluso ser declarada de oficio por el funcionario investigador, y en este caso es claro que tuvo ocurrencia, debido a que todas las quejas son de 1999 y 2000, la decisión de fondo fue tomada el 23 de mayo de 2003, y al resolverse la apelación se había vencido el término de 3 años señalado en el artículo 38 del C.C.A. Para ilustrar la

situación reseña cinco (5) quejas de las que fueron motivo de la sanción administrativa impugnada, y concluye que el hecho que se examina constituye una clara vía de hecho, ya que se trata de una ostensible actuación de hecho y una providencia judicial dictada por fuera de la normatividad, por lo que escapa al principio general que proclama el carácter intangible de las providencias de los jueces.

6. Insiste ampliamente en la falta de competencia funcional de Intendente de Control Social, por considerar que no tenía facultad para investigar y sancionar por SAP,s ya que esa es una facultad legal solamente del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, atendiendo los artículos 75, 79, 80, 81, 105, 106, 107, 108, 109 y ss. de la Ley 142 de 1994, y 6, 11 y 18 del Decreto 548 de 1995, en concordancia con el artículo 9º del Decreto 2223 de 1996 y 13 de la Ley 689 de 2001, modificatorio del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Del análisis de esa normatividad deduce que en la actuación administrativa este caso se violó el derecho fundamental del DEBIDO PROCESO, por medio de una clara “VIA DE HECHO POR FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL DEL INTENDENTE DE CONTROL SOCIAL”, pues de todas las formas de ilegalidad, la falta de competencia es la más grave, pues los agentes no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados.

Finalmente reitera el cargo de ausencia de proporcionalidad de la sanción o falta de reproche de culpabilidad, inculpación de la cual dice que alegó en la vía gubernativa y que surge de la carencia completa de motivación de dicha medida y de estar sustentada por ello en una responsabilidad objetiva, pues no se consideraron aspectos como la gravedad de la falta, el impacto de la infracción sobre la marcha del servicio público y, en general, los criterios utilizados para determinar el monto de la sanción, así como la valoración efectiva de los perjuicios a los usuarios.

Por esas razones solicita que se revoque el fallo apelado y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El traslado para alegar de conclusión fue descorrido en tiempo por las partes actoras, así:

1.- La actora reitera que son claras y están demostradas las vías de hecho con que la entidad demandada profirió sus “fallos” sancionatorios pecuniarios y afirma que a pesar de ello el a quo se inhibe de pronunciarse sobre el fondo de las acusaciones que conforman dichas vías de hecho (caducidad, falta de competencia y ausencia de proporcionalidad de la sanción), lo cual es “UNA CLARA DENEGACION DE JUSTICA”.

Seguidamente insiste en los cargos de falta de competencia del Superintendente de Control Social para expedir los actos acusados, de caducidad de la facultad sancionatoria y de proporcionalidad de la sanción bajo los mismos argumentos expuestos en la sustentación del recurso, esto es, que se trata de claras vías de hecho por parte del órgano sancionador. Cita en su favor varias sentencias del mismo Tribunal, y la de esta Sala, que identifica como de fecha 7 de octubre de 1999, expediente 5606, consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa, relacionado con otro proceso promovido por la actora en virtud de situaciones similares a las del sub lite.

2.- La entidad demandada hace un recuento de los hechos examinados y de la actuación procesal, y reitera lo expuesto en la contestación de la demanda en cuanto hace a la caducidad de la facultad sancionatoria y a la acumulación de las quejas en la actuación administrativa, y solicita que se confirme la sentencia apelada.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada ante la Corporación guardó silencio.

DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Las decisiones acusadas

1. 1. Mediante el artículo primero de la Resolución Núm. Núm. 005427 de 9 de agosto de 2001 la Superintendencia Delegada de Control Social, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le impuso sanción pecuniaria en un monto que en virtud de modificación mediante la Resolución 002552 de 15 de febrero de 2003, asciende a QUINIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL PESOS M/CTE. (\$528.814.000.00), equivalentes a 1.849 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por PQR,s presentadas por trescientos sesenta y nueve (359) usuarios.

Mediante el artículo segundo ordenó el reconocimiento de los efectos del silencio administrativo positivo frente a las peticiones impetradas por los usuarios que dieron origen a la investigación administrativa que culminó con dicha resolución.

De esas decisiones, la actora centra su impugnación y pretensiones en la primera, según se aprecia en la reseña que atrás se hace de los correspondientes acápite.

La actuación administrativa se inició en atención a la denuncia que contra la referida empresa presentaron 359 usuarios suyos, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que se le sancionara y se tomaran las medidas pertinentes porque le presentaron sendas peticiones y no se las respondió oportunamente.

Por esas circunstancias, la entidad de control le formuló a la actora auto de cargos 74 de 22 de diciembre de 2000, indicándole como normas presuntamente violadas los artículos 158 de la Ley 142 de 1994, 123 del Decreto 2150 de 1995 y 9º del Decreto 2223 de 1996.

Después de oída en descargos y examinados los argumentos expuestos por la empresa investigada, se concluye en la citada resolución que esa empresa no desvirtuó los cargos al no demostrar que respondió o atendió oportunamente las peticiones de los usuarios denunciantes, que no eran de recibo las razones que adujo para justificar esa omisión y que no reconoció los efectos del silencio administrativo positivo a ninguno de los usuarios.

En consecuencia se le da como infractora del derecho de petición y se adoptó la mencionada medida sancionatoria en su contra.

Esa resolución fue confirmada, en su orden, por las resoluciones Núm. 002552 de 2002, de la misma dependencia al resolver el recurso de reposición y 001371 de 2003, del Superintendente Delegado para las Comunicaciones, de la misma Superintendencia, con la cual se resolvió el recurso de apelación.

2. Examen del recurso

2.1. La apelación se centra en cuestionar la abstención del a quo para examinar la alegada falta de competencia del Intendente de Control Social y el hecho de no hacer consideración alguna sobre la caducidad de la facultad sancionatoria en este caso concreto, al tiempo que recaba en los cargos de ausencia de proporcionalidad de la sanción o falta de reproche de culpabilidad, y de indebida acumulación procesal, éstos sí formulados en la demanda.

2.2. Antes de cualquier pronunciamiento de la Sala sobre tales cuestiones, conviene aclararle al memorialista que las excepciones en el proceso contencioso le están dadas a la parte demandada como medio de defensa ante las pretensiones de la demanda, luego la parte actora no puede aducir excepciones, sino que lo que ella formula son cargos o imputaciones, en el caso de la presente acción, contra el acto administrativo objeto de dicha acción.

De suerte que su alegato de que el a quo debió examinar y decidir lo concerniente a los dos tópicos primeramente mencionado, porque los invoca como excepciones y que por lo mismo debió asumirlos de manera oficiosa, no es de recibo, puesto claramente son imputaciones o acusaciones que le está formulando al acto administrativo enjuiciado y a la correspondiente actuación administrativa, y como tales y por emanar de la parte actora del proceso no pueden ser menos que cargos, los cuales sólo pueden provenir o formularse en la demanda, incluyendo su modificación o adición, y así los ha de considerar la Sala para revisar la posición del a quo frente a los mismos.

2.3. Sobre el primer punto en cuestión, le asiste razón al **a quo** en la medida en que en relación con el tema de la competencia, el cargo inicialmente planteado y con el cual se trabó la litis está referido a la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en general, y así lo abordó el a quo en la sentencia apelada, y no como ahora y desde los alegatos de conclusión en la primera instancia

lo quiere presentar el apelante, esto es, circunscrita al Intendente de Control Social de dicha entidad, como falta de competencia funcional de ese funcionario, con lo cual salta a la vista que se está ante modificación sustancial del mencionado cargo, que al momento procesal en que fue planteada resulta claramente improcedente por lo extemporánea, ya que está planteada por fuera de la oportunidad procesal para ello, esto es, la prevista para modificar, corregir o adicionar la demanda.

Por consiguiente, la Sala encuentra acertada la decisión del a quo en el sentido de no pronunciarse sobre ese cuestionamiento, pues así lo impone el debido proceso, la lealtad procesal y el derecho de defensa de la parte demandada, ya que en realidad el memorialista lo que planteó fue un cargo distinto o no formulado en la demanda.

2.4. En cuanto a la ahora alegada caducidad de la facultad sancionatoria en este caso concreto, la Sala observa que no hay razón alguna para que el a quo hubiera hecho siquiera mención de la misma, toda vez que igual que la anterior cuestión, no hizo parte de los cargos formulados en la demanda y por ende tampoco lo fue del debate procesal en la instancia ya surtida, de allí que la entidad demandada no se hubiera referido a ese tema al contestar la demanda. No fue objeto de la litis desde el momento en que ella se trabó, ni siquiera mediante la figura ya comentada de la adición o modificación de la demanda, por lo cual avocar ahora su estudio significaría pretermitir la instancia que debió surtirse en el proceso. En consecuencia, es improcedente hacer cualquier examen o consideración en esta sentencia sobre el fondo del mismo.

2.5. El memorialista, como fundamento del recurso y de manera enfática y concluyente, le atribuye a la decisión administrativa enjuiciada el carácter de *vía de hecho*, que como es sabido consiste en la ejecución de una actividad o acción práctica o material prescindiendo del procedimiento y el consiguiente acto administrativo previo que la legitime, y con la cual se causa un perjuicio o daño a una persona en sus derechos patrimoniales o libertades individuales; con lo cual, si la Sala tomara literalmente el carácter de vía de hecho que se aduce en esa argumentación, habría que declarar improcedente la presente acción, toda vez que habría que asumir que no hay acto administrativo que enjuiciar, pues esta acción no tiene como objeto el juzgamiento de una vía de hecho en orden a restablecer el derecho y/o indemnizar los perjuicios, sino los actos administrativos, cuya nulidad es el presupuesto previo y necesario para posibilitar el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de los perjuicios que con los mismos se hubieren causado al

accionante, dicho de otra forma, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es directa.

En cambio, la acción de que puede ser objeto una vía de hecho sí es directa, de allí que esté consagrada en el artículo 86 como uno de los eventos que dan lugar a la acción de reparación directa, cuando se pretenda la indemnización del daño o perjuicio que la misma llegare a causar a cualquier persona.

Sin embargo, la Sala hará caso omiso de la comentada calificación o imputación que también de forma extemporánea hace el memorialista a la decisión administrativa enjuiciada, y en lugar de ello abordará la instancia como acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como viene planteada en la demanda y dio lugar a la formación de la litis; por consiguiente, teniendo como objeto de enjuiciamiento un acto administrativo, que por lo mismo llega revestido de todos sus atributos, en especial el de presunción de legalidad, cuyo análisis o verificación habrá de hacerse en este caso concreto a la luz de los cargos que sí fueron aducidos en la demanda y que ahora reitera en la sustentación del recurso, a saber: falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ausencia de proporcionalidad de la sanción o falta de reproche de culpabilidad, y de indebida acumulación procesal, y con base en ellos se procederá desatar el recurso, así:

2.6. Falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada. Esta inculpación la sustenta la actora en que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 sólo la facultó para sancionar siempre que el incumplimiento de esa ley afecte en forma directa a usuarios determinados, y en este caso los quejosos no lo fueron en esa forma, y la dosificación de la sanción se basó en la reincidencia, siendo que ésta no existe por falta de sentencia definitiva que permita establecerla y no tuvo en cuenta el impacto de la infracción en el servicio.

Al respecto, la Sala observa que ello no pasa de ser una apreciación o interpretación muy personal del memorialista que no guarda correspondencia con el tenor del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 ni con la situación motivo de de la sanción impugnada.

En efecto, los peticionarios eran usuarios o suscriptores de la Empresa, y según se reseña, todas las peticiones estaban relacionadas con el servicio que ésta les

prestaba, luego eran interesados de manera directa e inmediata y la suerte de las mismas de suyo los afectaba de igual manera.

Por lo tanto, los hechos se encuadran en las funciones de control y vigilancia y sancionatorias que el numeral 1 del artículo 79 en cita le otorga a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Dicho canon dice:

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

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

En este caso es evidente que hubo unos usuarios determinados, los cuales incluso aparecen individualizados y con su respectiva línea telefónica en la resolución sancionatoria, así como la radicación de su correspondiente petición o reclamación, de modo que aparecen cumplidos a cabalidad los supuestos normativos que delimitan la competencia de la Superintendencia para ejercer las funciones y facultades en cuestión sobre la actora con ocasión de los hechos atinentes a esas peticiones.

Igual ocurre con el factor de la reincidencia a que se alude en la resolución acusada para dosificar la sanción impuesta, toda vez que lo confunde con el antecedente penal, el cual si requiere la sentencia ejecutoriada. La reincidencia aludida es la repetición de la conducta omisiva por la actora y que la entidad demandada advierte diciendo que “se evidencia la permanente tendencia a no responder a los usuarios dentro del término previsto en la ley”, lo cual encuentra suficiente asidero en el abultado número de los quejosos en este caso concreto, como quiera que ascienden a 139 suscriptores, cuyas respectivas peticiones aparecen presentadas en diferentes fechas.

2.7.- Con relación a la proporcionalidad de la sanción y de la dosimetría punitiva, la Sala la encuentra ajustada a la magnitud o alcance de los hechos, e incluso

favorable a la actora, en la medida en que la acumulación de 359 quejas le evitó que hubiese sido objeto de 359 multas, cuya suma muy seguramente hubiera sido mayor al monto que le fue tasado. La motivación consignada en el acto sancionatorio y los que lo confirmaron en vía gubernativa sirve de sustentación suficiente de dicha sanción, al permitir apreciar la magnitud de los hechos, en especial del grado de desatención de las peticiones y reclamos de los usuarios, y es en comparación con tales circunstancias que se ha de examinar la proporcionalidad de la sanción, y en ese orden la Sala encuentra que ésta no excede el mérito que encierran tales hechos.

Además, en los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación se hace reseña de los motivos de inconformidad en que se sustentan y se les responde con consideraciones de hecho y de derecho, de modo que se cumple el requisito de la motivación previsto en el artículo 59 del C.C.A., luego carecen de asidero las imputaciones relativas a la falta de motivación de dichos actos, que como sustento de su alegada ausencia de proporcionalidad aduce el memorialista.

Por lo demás, la Sala encuentra que las cuestiones alusivas a la afectación del deber funcional con los hechos sancionados, inexistencia de perjuicios y de culpabilidad, y falta de estudio de la legalidad de las peticiones a fin de establecer si ameritaban o no ser atendidas, no responden a elementos o supuestos normativos que la Superintendencia debiera considerar para decidir la investigación administrativa a que dieron lugar las quejas en mención.

2.8. En relación con la cuestión alusiva a la indebida acumulación procesal de las 359 peticiones, por falta de los requisitos para la acumulación; ausencia de valoración en la prueba y aplicación por la entidad demandada del silencio administrativo positivo a favor de los peticionarios sin considerar la legalidad de lo pedido, baste precisar, en primer término, que esa acumulación está acorde en todo con el artículo 29 del C.C.A. que la ordena, justamente para evitar decisiones contradictorias, pues todas las quejas o denuncias constituían documentos relacionados con actuaciones que tenían el mismo efecto y tenían relación íntima entre ellos, ya que se trataba de peticiones de usuarios de una misma empresa de servicios públicos domiciliarios relacionadas con el servicio que ésta les prestaba y, por ende, los efectos no podían ser otros que los previstos en la Ley 142 de 1994 para el incumplimiento del término para responder esas peticiones; de suerte

que todas tenían en común la violación del derecho de petición por parte de la Empresa.

3. Vista, entonces, la improperidad de los cargos y consecuentemente del recurso examinado, la Sala debe confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia apelada, de **15 de marzo de 2007** del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Segundo. RECONÓCESE personería al abogado YONIS ERNESTO PEÑA BERNAL como apoderada judicial de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, en los términos del poder que le ha sido conferido mediante memorial que obra a folio 29 de este cuaderno.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 19 de noviembre de 2009.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO