



SERVICIOS PÚBLICOS / ENERGÍA – Sancionatorio / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Concepto / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICIO – Deber de comunicar al afectado de la existencia de la actuación y su objeto / DERECHO DE PARTICIPACION – Garantía / ACTUACIÓN PARA SANCIONAR A USUARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES – Vinculación / CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES – Regula el procedimiento para imponer sanciones / PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER EL USO NO AUTORIZADO DE ENERGÍA – Etapas / PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER EL USO NO AUTORIZADO DE ENERGÍA – Formulación de pliego de cargos / ACTA DE REVISIÓN TÉCNICA – No sufre el pliego de cargos / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Vulneración a usuario al imponerle sanción sin formularle pliego de cargos, permitirle presentar descargos y solicitar pruebas

[P]reviamente a la expedición del acto administrativo sancionatorio por el presunto uso no autorizado del servicio de energía eléctrica, la entidad debió expedir un pliego de cargos elaborado siguiendo los requisitos y formalidades contempladas en esa misma norma, además debió ser comunicado al usuario, suscriptor y/o propietario con el fin de que garantizarle la posibilidad de presentar descargos y solicitar, aportar y controvertir pruebas, entre otras acciones en su defensa. Las actuaciones referidas, sin duda alguna, constituyen requisitos de formación del acto administrativo que contiene la decisión, que no se suplen con la entrega de copia del acta de revisión técnica y su entrega a quien recibe las “visitas”, y por tanto su pretermisión conlleva a su nulidad. En consecuencia, esta Sala concluye que, como bien lo consideró el a quo, durante el procedimiento adelantado por el presunto fraude al servicio de energía las entidades demandadas vulneraron el derecho al debido proceso del actor al desconocer el artículo 28 del C. C. A., así como las disposiciones contractuales que rigen la relación de Electricaribe S.A. E. S. P. con sus suscriptores o usuarios y, por ende, la decisión que puso fin al trámite está viciada de nulidad.

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES – Concepto / CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES – Características / CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES – Naturaleza

[L]a relación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios es de naturaleza legal y contractual, pues si bien la fuente de dicho vínculo la constituye el contrato de condiciones uniformes, también la Constitución y la ley determinan el régimen jurídico de ese servicio. La jurisprudencia ha considerado que la relación estatutaria y contractual que dispone el citado artículo 132 atribuye una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil, poniéndose de relieve el carácter mixto o, si se quiere, especial del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso, de adhesión y típico, dado que cuenta con una regulación sustancial en la ley. En síntesis, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, mediante el contrato de condiciones uniformes las empresas prestadoras de servicios públicos se obligan a dar el mismo tratamiento a todos los suscriptores y usuarios, quienes a su vez adquieren derechos y contraen deberes con la empresa.

NUEVOS ARGUMENTOS EN VÍA JURISDICCIONAL - Es válido proponerlos aunque no se hayan formulado en vía gubernativa / FALTA DE



AGOTAMIENTO DE VÍA GUBERNATIVA - No se configura al exponer nuevos o mejores argumentos en vía judicial / IDENTIDAD DE ARGUMENTOS - No es exigible en demanda de nulidad contra acto administrativo / ARGUMENTO NUEVO - Puede presentarse en vía judicial sin exponerse en vía gubernativa / EXCEPCIÓN DE INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA – No probada / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[H]a señalado esta Sección que la formulación en la demanda de acusaciones o censuras no planteadas en vía gubernativa contra el acto administrativo que ponga fin a una actuación no comporta per se falta de agotamiento de dicha vía, puesto que ese presupuesto no significa que el uso de la sede jurisdiccional se deba limitar a reproducir los motivos de inconformidad de los recursos que se hubieren impetrado dentro de aquélla, sino la circunstancia de que se configure alguna de las situaciones previstas en el artículo 63 del CCA., o la del inciso final del artículo 135 ibídem en relación con el acto demandado y que, siendo éste susceptible de recursos los mismos hubieren sido resueltos, debiéndose recordar que cuando procede el recurso de apelación es indispensable su adecuada interposición para agotar la vía gubernativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 14 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 28 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 34 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 35 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 1 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 14 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 128 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 129 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 130 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 131 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 132

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01881-01

Actor: MARCO ANTONIO GUTIÉRREZ

Demandado: ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / Se configuró por cuanto la administración no se ajustó al procedimiento previo a la expedición de la decisión. INDEBIDO AGOTAMIENTO DE VÍA GUBERNATIVA / No se presenta por la aducción de nuevos o mejores argumentos en vía judicial

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA



La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la sociedad **Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.** y de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, en calidad de demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 23 de noviembre de 2012, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

El señor **Marco Antonio Gutiérrez**, mediante apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico¹ en contra de la **Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.** y la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“1.º Que se declare la nulidad de la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, por medio de la cual Electricaribe S.A. E.S.P impuso una sanción de multa y corte del servicio en contra del establecimiento de comercio denominado El Ensueño del Faraón, por el uso no autorizado o fraudulento del servicio de energía; de la Decisión 4143 de 14 de abril de 2000, que confirma en todas sus partes la anterior, y de la Decisión 4161 de 16 de mayo de 2000, que redujo la sanción pecuniaria a sesenta y dos millones quinientos ochenta y ocho mil trescientos veintinueve pesos moneda legal (\$62.588.329.00 M/L).

2.º Que se declare la nulidad de la Resolución 028964 del 31 de diciembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se decidió el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el usuario en contra de la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000 de Electricaribe S.A. E.S.P.

¹ Folios 3 a 24 del cuaderno 1.



3.º Que se ordene a *Electricaribe S.A. E.S.P.*, a título de restablecimiento del derecho, la devolución de la suma de sesenta y tres millones quinientos veintisiete mil ciento cincuenta y cuatro pesos M/L (\$63.527.154.00), la cual fuera indebidamente cobrada y recaudada por dicha empresa con base en los actos cuya nulidad se solicita.

4.º Que se ordene a *Electricaribe S.A. E.S.P.* devolver al demandante, como consecuencia de la devaluación de la moneda y con el fin de conservar el poder adquisitivo, la suma referida, debidamente indexada.

5.º Que se ordene a *Electricaribe S.A. E.S.P.* que sobre la suma señalada pague intereses moratorios, al doble del interés bancario corriente para créditos de libre asignación, aplicando la tasa vigente al 29 de abril de 2003, hasta la fecha de la sentencia.

6.º Que se ordene a *Electricaribe S.A. E.S.P.* a pagar intereses moratorios, al doble del interés bancario corriente para créditos de libre asignación, aplicando la tasa vigente a la fecha de la sentencia, hasta la fecha en que se efectúe efectivamente el pago.

7.º Que a título de reparación del daño se condene a las demandadas a pagar al demandante el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para compensar los perjuicios morales causados con la expedición y ejecución de los actos anulados.

8.º Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso y de las agencias en derecho.

9.º Que se ordene a las entidades demandadas cumplir el fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

I.2.- Los hechos

Los hechos más relevantes en que se sustenta la demanda son los siguientes:

Manifestó que entre la *Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.* y el señor Marco Antonio Gutiérrez se celebró un contrato de servicios públicos de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica al



establecimiento de comercio denominado “*El Ensueño del Faraón*”, ubicado en el kilómetro 4 de la vía a Juan Mina.

Señaló que, mediante la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, Electricaribe S.A. E.S.P. impuso una sanción de multa y corte del servicio en contra del establecimiento de comercio en comento por el uso no autorizado o fraudulento del servicio de energía, en cuantía de noventa y tres millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos ochenta y cinco pesos moneda legal (\$93.747.785.00).

Recordó que la decisión fue confirmada en todas sus partes por Electricaribe S.A. E.S.P. mediante Decisión 4143 de 14 de abril de 2000, y modificada por medio de la Decisión 4161 del 16 de mayo de 2000, la cual redujo la sanción pecuniaria a sesenta y dos millones quinientos ochenta y ocho mil trescientos veintinueve pesos moneda legal (\$62.588.329.00).

I.3.- Los fundamentos de derecho y el concepto de violación

El demandante citó como normas violadas el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 28 y 35 del CCA, el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y el párrafo final del artículo 81 de la Ley 142 de 1994. Como fundamento de sus pretensiones señaló lo siguientes cargos de violación:

1.3.1. Expedición irregular de las resoluciones demandadas por violaciones de procedimiento sancionatorio establecido

El apoderado señaló que el acta de revisión eléctrica - detección de anomalías 32100 del 05 de enero de 2000 y la orden de revisión de servicio 50257 de la misma fecha, en la cual se consignaron las pruebas presuntamente efectuadas a los equipos e instalaciones eléctricas del usuario, fueron elaboradas sin citación y audiencia del suscriptor, *“de tal forma que la actuación es violatoria del debido proceso consagrado en el artículo 29 Constitucional, que contiene la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a un proceso público”*.



Advirtió que al tener como base unas pruebas nulas de pleno derecho y sin poner en conocimiento del usuario el inicio de la actuación en su contra, ni darle a conocer el objeto de la misma y concederle la oportunidad para exponer sus descargos con antelación a la sanción, tanto las Resoluciones expedidas por Electricaribe S.A. E.S.P. como la expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, contravienen el derecho de audiencia y defensa.

1.3.2. Desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados

Manifestó que los actos administrativos objeto de demanda infringieron el principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior y desarrollado por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y por el inciso final del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, según el cual las sanciones a personas naturales se impondrán previo análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva.

Adujo que al no haberse vinculado al usuario desde el inicio de la actuación administrativa, ni permitirle conocer oportunamente las acusaciones formuladas en su contra, ni asistir a la práctica de pruebas y demás formalidades, se puede concluir que tampoco se analizó su culpabilidad, por lo que los actos administrativos que contienen la decisión se fundaron en criterios formados fuera del marco de su conducta, siendo flagrante la violación de la ley.

II. ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES VINCULADAS AL PROCESO

II.1.- Intervención de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

A través de apoderada judicial, la sociedad Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. contestó oportunamente la demanda², oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones por considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

² Folios 228 a 231 del cuaderno 1.



Como excepciones previas formuló la que denominó *“falta de cumplimiento de los presupuestos legales de la acción”*, en tanto que, según se deduce de las afirmaciones del actor, éste no agotó la vía gubernativa con relación a la resolución expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En cuanto al fondo del asunto, formuló la excepción de *“cumplimiento de los procedimientos administrativos legales y contractuales por parte de Electricaribe S.A.”*, aduciendo que la empresa aplicó el procedimiento contemplado en el contrato de condiciones uniformes y en la Ley 142 de 1994 que, afirmó, dispone en su artículo 145 que las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen la facultad de verificar en cualquier momento el estado de funcionamiento de los instrumentos de medición del consumo, para lo cual no se exige notificación previa, por cuanto se trata de un trámite de rutina, a menos que durante la visita se detecten anomalías.

Aseguró que al usuario del servicio se deja una copia del acta de inspección técnica, en la que se le indica cuál fue la falla encontrada y cuál es la oportunidad para presentar los descargos frente a la misma.

Advirtió que si de las pruebas recaudadas se desprende una irregularidad sancionable se notifica al usuario el correspondiente acto administrativo sancionatorio, susceptible de los recursos de reposición y apelación, lo que, aseveró, ocurrió en el caso *sub examine*, en el que el actor hizo uso de dichos medios de impugnación, por lo que en su criterio no es aceptable que aduzca violación del procedimiento.

Añadió que tampoco se vulneró el principio de inocencia del actor, por cuanto la sanción fue impuesta como culminación de un procedimiento aplicado conforme a la ley.

II.2.- Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios



Mediante apoderado judicial, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda³, oponiéndose a sus pretensiones con apoyo en los argumentos que se sintetizan a continuación:

Señaló que el cargo de expedición irregular de las resoluciones objeto de demanda no fue debatido en la vía gubernativa, pues los recursos interpuestos en esa sede se centraron en que no existió la anomalía detectada por la empresa prestadora del servicio, sin aludir la supuesta violación al debido proceso y al derecho de defensa, por lo que, en su criterio, *“es clara la ocurrencia de la excepción del indebido agotamiento de la vía gubernativa”*.

Advirtió, sin embargo, que la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P. sí puso en conocimiento del usuario la iniciación de la actuación administrativa y le otorgó oportunidad para presentar descargos, pero que éste no los presentó, por lo que no es se configura la violación al debido proceso.

En el mismo sentido apuntó que el acta de revisión elaborada por Electricaribe S.A. E.S.P. no puede considerarse como una prueba nula, ya que el usuario tuvo la oportunidad de controvertir en cualquier momento la actuación, lo que en efecto hizo al interponer los recursos de la vía gubernativa.

En relación con el cargo atinente al desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados, aseguró que tampoco fue debatido en la sede gubernativa, de tal forma que también con relación a éste se configura el fenómeno de indebido agotamiento de la vía gubernativa.

Añadió que *“el fundamento del cargo es el mismo con el que se soportó el anterior, pues ambos se sustentan en la violación del artículo 29 de la Constitución Política por no haberse brindado al usuario la posibilidad de constituirse en parte dentro del trámite administrativo, ni haberle formulado cargos y no haberle puesto de presente las pruebas”*, por lo que considera que debería entenderse como un

³ Folios 270 a 276 del cuaderno 1.



complemento de la censura anterior, y por ello solicitó que se tenga en cuenta los argumentos indicados respecto de aquélla.

Concluyó que no se pueden aplicar por analogía los presupuestos de inocencia consignados en las normas penales, como lo indica el actor, y que igualmente es inoportuna la supuesta violación al artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en la medida que dicha norma se refiere al régimen sancionatorio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a las empresas de servicios públicos, y no de éstas últimas frente a los usuarios o suscriptores.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2012⁴, el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró como no probadas las excepciones propuestas y, en cuanto al fondo del asunto, decidió declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, a título de restablecimiento del derecho señaló que el actor no está obligado a pagar a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. la suma de sesenta y dos millones quinientos ochenta y ocho mil trescientos veintinueve pesos (\$62.588.329.00) por concepto de sanción y denegó las restantes súplicas de la demanda.

En cuanto a la excepción denominada *“indebido agotamiento de la vía gubernativa”*, el *a quo* estimó que no se configuran los presupuestos de la misma, toda vez que si bien es cierto que la demanda se refirió a la vulneración al debido proceso y al desconocimiento de las normas en que debía fundarse la actuación administrativa, de la revisión de la misma se encontró que ante la administración se plantearon, en esencia, las razones por las cuales desde el punto de vista técnico no existió la anomalía detectada al medidor del usuario y que no le dieron la oportunidad para defenderse, razón por la cual los hechos y argumentos no resultan extraños al marco del litigio.

⁴ Folios 390 a 419 del cuaderno 1.



Adicionalmente, consideró que las razones aludidas no son un hecho o *factum* sino un razonamiento jurídico adicional que apoya las pretensiones de la demanda con la finalidad de mejorar las motivaciones jurídicas plasmadas en aquella, que no tienen la entidad suficiente para variar la pretensión.

Agregó, sin embargo, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en admitir la posibilidad de esbozar nuevos argumentos para desvirtuar la legalidad de la actuación censurada.

Seguidamente abordó el estudio del fondo de la controversia, en los términos que se resumen a continuación:

- Expedición irregular de las resoluciones demandadas por vulneraciones de procedimiento

Recordó que el debido proceso administrativo es una garantía consagrada de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución Política, que consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto a que las actuaciones surtidas ante las autoridades administrativas se adelanten salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad.

Destacó que siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas, de tal forma que quien resulte afectado con una decisión administrativa conocerá de antemano cuáles son los medios para impugnar lo resuelto en su contra, como también los términos dentro de los cuales deberá presentar los recursos procedentes, garantía que limita el ejercicio de la autoridad y, al mismo tiempo, constituye derecho fundamental para la persona que decide utilizar los instrumentos jurídicos establecidos en su favor.



Advirtió que la vinculación de los usuarios y suscriptores a las decisiones y a la actuación unilateral de las empresas de servicios públicos demanda la sujeción irrestricta de los procedimientos y pronunciamientos al debido proceso, dadas las prerrogativas legales otorgadas a esas empresas a fin de permitirles un correcto funcionamiento y la debida prestación del servicio.

Subrayó que los artículos 144 y 145 de la Ley 142 de 1994 regulan lo concerniente a la correcta utilización y funcionamiento de los instrumentos de medición, así como los controles que podrán ejercer las empresas de servicios públicos domiciliarios en punto a verificar su estado, pero que de ello no se desprende, como sugiere Electricaribe S.A. E.S.P., que en el evento de encontrarse alguna anomalía que dé lugar a iniciar una actuación administrativa la respectiva prestadora del servicio esté relevada de enterar previamente al usuario, pues de conformidad al artículo 28 del CCA las actuaciones administrativas iniciadas de oficio debe ser comunicadas a los afectados.

Indicó que en materia de servicios públicos domiciliarios la actuación administrativa se inicia con un pliego de cargos, que por ser de los denominados actos de trámite debe ser comunicado al suscriptor o usuario en acatamiento del artículo 28 antes mencionada, obligación que además proviene del contrato de condiciones uniformes al que se sujetan las partes por disposición de los artículos 128 a 132 de la Ley 142 de 1994.

Aclaró que el contrato de condiciones uniformes está integrado no solo por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, sino también por aquellas comúnmente pactadas por las partes y las que la empresa prestadora del servicio considere imprescindibles para la eficiente prestación del servicio.

En ese contexto, sostuvo que el contrato de condiciones uniformes suscrito entre Electricaribe S.A. E.S.P. y sus clientes, suscriptores o usuarios señala en la cláusula 46 el procedimiento para establecer el uso no autorizado de energía, indicando la obligación de comunicar la actuación al usuario.

Consideró que existiendo por imperativo legal y contractual la obligación de comunicar el inicio de la actuación administrativa en el evento de presentarse situaciones en las cuales se investigue el posible uso del servicio no autorizado de



energía, mal podría entenderse que deviene satisfecha tal exigencia por el hecho de haberse suscrito el acta de revisión por quien atendió la visita, como lo pretenden las entidades demandadas, pues tal documento no se confunde con el acto de comunicación exigido por la norma, dado que lo vertido en el mismo, más las pruebas practicadas *in situ*, o posteriormente, constituyen en el soporte del acto sancionatorio.

Aseguró que del acta de revisión técnica no puede predicarse que tenga la doble condición de ser a la vez acto de inicio del procedimiento sancionatorio y comunicación del mismo, pues en sana lógica ésta última debe precederle, y por lo demás ello llevaría a concluir que, a partir de la elaboración del acta, se genera automáticamente la apertura de la actuación administrativa, lo cual riñe con cualquier posibilidad de defensa del usuario, a quien la empresa debe ilustrar y comunicar sobre la iniciación formal del trámite.

Adicionalmente, determinó que el derecho al debido proceso y a la defensa no fueron efectivamente garantizados por cuanto el acta de visita no fue suscrita por el cliente, suscriptor o usuario sino por una persona distinta, circunstancia que también implica limitación a su derecho de defensa.

En consecuencia, concluyó el Tribunal de instancia que se acreditó el desconocimiento al debido proceso y por ello declaró la prosperidad del cargo.

- Desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados

Sobre esta censura, fundamentada en que no se analizó la culpabilidad del usuario por cuanto no se le vinculó desde el inicio de la actuación administrativa, ni se le permitió conocer las acusaciones formuladas en su contra y asistir a la práctica de pruebas, el *a quo* consideró que resultan aplicables en un todo las argumentaciones esgrimidas para resolver el cargo anterior, al tratarse, en esencia, de las mismas razones expuestas en la demanda para sustentarlo.

Advirtió, además, que en materia de servicios públicos domiciliarios no puede regir el postulado de la responsabilidad objetiva, por el hecho de que al momento de realizarse una inspección sobre los equipos de medición del consumo se verifique



la existencia de cualquier irregularidad, pues se requiere necesariamente prueba demostrativa de que el sancionado ejecutó la conducta fraudulenta.

Al respecto precisó que la verificación de una anomalía no supone necesariamente que ésta fue realizada por el usuario, y que por ello debe permitirse a éste aducir las pruebas que desvirtúen su ocurrencia, las cuales se practicarán con su audiencia una vez enterado de la existencia de la actuación administrativa aperturada, lo cual, reiteró, no ocurrió en el asunto *sub examine*, en el que se impidió al usuario, ahora actor, el ejercicio pleno de su derecho de defensa, razón por la cual decidió que también este cargo prospera.

Finalmente, determinó que en el proceso no se encuentran acreditados siquiera sumariamente los perjuicios presuntamente causados con ocasión de los actos administrativos demandados, razón por la cual denegó el restablecimiento del derecho por ese concepto.

V.- RECURSO DE APELACIÓN

V.1- La sociedad **Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.**, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso a través de apoderado judicial recurso de apelación mediante memorial radicado el 01 de febrero de 2013⁵, sustentado, en síntesis, de la siguiente forma:

Sobre lo resuelto respecto del cargo de expedición irregular de las resoluciones demandadas por violación de procedimiento, aseveró que de conformidad con los artículos 144 y 145 de la Ley 142 de 1994, Electricaribe S.A. E.S.P. está facultada para hacer las revisiones, labor que además forma parte de sus obligaciones como prestador del servicio, sin necesidad de procedimiento especial de citación y audiencia por tratarse de una labor rutinaria de mantenimiento y control preventivo del funcionamiento de los medidores, cuyo resultado se comunica al usuario en caso de hallarse alguna anomalía o deficiencia, lo cual se hace mediante la entrega del acta de inspección, como ocurrió en el *sub lite*, lo cual, dice, se encuentra en un todo conforme con el artículo 28 del CCA.

⁵ Folios 421 a 432 del cuaderno 1.



Seguidamente describió el contenido del acta de revisión eléctrica – detección de anomalías 32100 del 05 de enero de 2000, que dio fundamento a la decisión administrativa impugnada, resaltando que en la misma se hizo constar cuál fue la anomalía encontrada, que la misma no se normalizó, que no se retiró el medidor y por ende no se instaló uno provisional, y que se advirtió al usuario que de no estar de acuerdo con el resultado de la revisión podría presentar descargos que justifiquen las anomalías detectadas por escrito al momento de firmar el acta, o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Aseguró, además, que el acta fue firmada por un empleado del establecimiento El Ensueño del Faraón, quien atendió la visita y que, según lo manifestó el propio demandante en el interrogatorio de parte rendido dentro del proceso, era la persona encargada de atender las visitas de Electricaribe S.A. E.S.P., pese a lo cual el usuario no presentó descargo alguno.

Añadió que sobre la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, por la cual Electricaribe impuso una sanción pecuniaria, se concedió al usuario los recursos de la vía gubernativa y que, en efecto, éste interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación sustentado en argumentos de tipo técnico.

Destacó que los actos administrativos expedidos por Electricaribe S.A. E.S.P. y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fueron debidamente notificados, y concluyó que el procedimiento se surtió en debida forma y respetó el derecho al debido proceso, especialmente el derecho de defensa que le asistía al usuario, toda vez que éste tuvo la oportunidad de interponer los recursos de vía gubernativa.

Por otro lado, cuestionó que en la sentencia se haya desestimado la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, sustentada en que toda la construcción argumentativa de la demanda se basó en hechos que no fueron planteados en los recursos formulados contra la decisión, pues en los mismos solo se debatió sobre la existencia o no de las anomalías de tipo técnico registradas en el acta 32100 del 05 de enero de 2000.



V.2- La Superintendencia de Servicios Públicos interpuso igualmente recurso contra el fallo de primer grado a través de apoderado judicial⁶.

En sustento de su desacuerdo, afirmó el apoderado que los defectos o irregularidades concernientes a la publicación o a la notificación de los actos administrativos no afectan su validez, por cuanto las causales de nulidad son hechos o circunstancias relacionados con los elementos intrínsecos del acto, de tal forma que la ejecución irregular de una decisión puede generar responsabilidad en cabeza del agente estatal o de la empresa prestadora del servicio público.

Adujo, sin embargo, que para que prospere la nulidad del acto administrativo con fundamento en la causal de expedición irregular por violación del derecho de defensa es necesario demostrar que dentro del trámite previo a su expedición se incurrió en un defecto de procedimiento que de no haber existido hubiera variado sustancialmente la decisión, y que en el asunto en litis está probado, como, dice, lo reconoció el mismo actor, que la decisión empresarial que impuso la sanción fue notificada a una apersona que tenía la autorización para ello y que contra la misma se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, por lo que mal puede el demandante aducir violación al debido proceso.

VI.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Prevía audiencia de conciliación judicial convocada en cumplimiento del artículo 43 de la Ley 640 de 2001, adicionado por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, el recurso de apelación fue concedido por el magistrado sustanciador de la primera instancia mediante auto del 20 de septiembre de 2013⁷.

Remitido y repartido el proceso entre los diferentes Despachos que integran la Sección Primera del Consejo de Estado, a través de auto del 28 de enero de

⁶ Folios 433 a 438 del cuaderno 1.

⁷ Folios 452 del cuaderno 1.



2014⁸ se admitió el recurso de apelación presentado por las entidades demandadas.

Mediante providencia del 18 de noviembre de 2014⁹, el Despacho sustanciador corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

Vencido el plazo, la demandante solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios no están facultadas por ley para imponer y cobrar sanciones pecuniarias a sus usuarios.

Los apoderados de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiteraron los argumentos de defensa expuestos en los recursos de apelación.

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1.- Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

⁸ Folio 4 del cuaderno 2.

⁹ Folio 7 del cuaderno 2.

¹⁰ «Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión ».



IV.2.- Las disposiciones objeto de análisis de legalidad

Los actos administrativos cuya nulidad solicitó la parte demandante son los que se relacionan a continuación:

(i) Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, por medio de la cual el gerente de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. – Distrito Atlántico, impuso una sanción pecuniaria por valor de \$93.747.785, al establecimiento de comercio denominado El Ensueño del Faraón por el incumplimiento del Contrato de Condiciones Uniformes originado en el uso no autorizado o fraudulento del servicio de energía.

(ii) Decisión 4143 de 14 de abril de 2000, por medio de la cual el gerente de la Electrificadora de Caribe S.A. E.S.P. – Distrito Atlántico, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, confirmándola en todas sus partes.

(iii) Decisión 4161 de 16 de mayo de 2000, por medio de la cual el gerente de la Electrificadora de Caribe S.A. E.S.P. – Distrito Atlántico, modificó la Decisión 4143 del 14 de abril de 2000, en el sentido de variar el valor de la sanción impuesta mediante Decisión 4050 del 18 de febrero de 2000, fijándola en \$62.588.329.

(iv) Resolución 028964 del 31 de diciembre de 2001, por medio de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió el recurso de apelación contra la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000 expedida por el gerente del Distrito Atlántico de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., ordenando la reliquidación de la sanción tomando como tiempo de permanencia de la anomalía que la originó el de cuatro (4) meses.

VII.3.- Problema jurídico

De acuerdo con las prescripciones del artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a esta Sala determinar si confirma, modifica o revoca

¹¹ Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.



la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico — Sala Escritural Permanente que declaró no probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa y declaró la nulidad de los actos administrativos impugnados.

En los términos de los recursos de apelación, habrá de analizarse si al determinar que en la actuación administrativa se violó el debido proceso y si con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados el fallador de primera instancia desconoció que las entidades demandadas aplicaron adecuadamente el artículo 28 del CCA, la Ley 142 de 1994 y el Contrato de Condiciones Uniformes vigente.

VII.4- Análisis del caso concreto

Procede la Sala a abordar los motivos de inconformidad de las entidades demandadas respecto de la sentencia de primera instancia, tal y como se observa a continuación:

- Sobre lo decidido frente a la excepción de falta de indebido agotamiento de la vía gubernativa

Al resolver sobre la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, formulada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el *a quo* determinó que en el caso de autos no se dan los supuestos para su prosperidad, en tanto los hechos y argumentos que sustentaron la demanda no son extraños al marco del litigio sino que constituyen un razonamiento jurídico adicional con la finalidad de mejorar las motivaciones jurídica iniciales, que no tienen la entidad suficiente para variar la pretensión.

En sustento de su posición, recordó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido reiteradamente que para desvirtuar la legalidad de la actuación censurada es posible esbozar en la demanda nuevos argumentos con relación a los planteados en la vía gubernativa.

Tal decisión fue cuestionada por la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., por cuanto en su criterio la demanda no estaba llamada a prosperar debido a que su



construcción argumentativa se sustentó en hechos que no fueron planteados en la vía gubernativa, en la cual solo se debatió sobre la existencia o no de las anomalías de tipo técnico registradas en el acta 32100 del 05 de enero de 2000, de tal forma que no se aludió la violación al debido proceso y al derecho de defensa por irregularidades en la expedición de las resoluciones objeto de juicio, posición que sustentó citando pronunciamientos jurisprudenciales.

Al respecto estima la Sala que le asiste razón al *a quo*, considerado que esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que no es necesario que el demandante aduzca los mismos hechos o argumentos invocados en sede administrativa para acudir legítimamente ante la jurisdicción, pues ello equivaldría a un desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso¹².

En esa línea, ha señalado esta Sección que la formulación en la demanda de acusaciones o censuras no planteadas en vía gubernativa contra el acto administrativo que ponga fin a una actuación no comporta *per se* falta de agotamiento de dicha vía, puesto que ese presupuesto no significa que el uso de la sede jurisdiccional se deba limitar a reproducir los motivos de inconformidad de los recursos que se hubieren impetrado dentro de aquélla, sino la circunstancia de que se configure alguna de las situaciones previstas en el artículo 63 del CCA., o la del inciso final del artículo 135 *ibídem* en relación con el acto demandado y que, siendo éste susceptible de recursos los mismos hubieren sido resueltos, debiéndose recordar que cuando procede el recurso de apelación es indispensable su adecuada interposición para agotar la vía gubernativa¹³.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2006. Radicación: 25000-23-15-000-2001-00413-01. M. P.: Martha Sofía Sanz Tobón. Actor: Moon Sik Yoon.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación: 05001 2331 000 2008 00306 01. M. P.: Guillermo Vargas Ayala. Actor: Banco de Occidente S.A.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de noviembre de 2009. Radicación: 25000-23-24-000-2003-00883-01. M. P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.



- Sobre lo decidido frente a los cargos de expedición irregular de los actos administrativos y desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados.

El Tribunal Administrativo del Atlántico consideró que en la actuación administrativa objeto de análisis no se garantizó al actor el debido proceso, por cuanto no se le informó sobre la iniciación del procedimiento tendiente a la imposición de una sanción en su contra por la presunta existencia de una irregularidad constitutiva de fraude y que, por lo demás, el acta de visita técnica en la que se detectó la anomalía que originó la actuación fue suscrita por una persona distinta, circunstancia que, a su juicio, también limitó su derecho de defensa.

En los respectivos recursos de apelación contra la sentencia, las entidades demandadas, Electricaribe S.A. E.S.P. y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, expusieron su desacuerdo con la decisión referida, bajo los argumentos que se sintetizan de la siguiente forma:

(i) La falencia en que incurrió Electricaribe S.A. E.S.P. al no iniciar la actuación administrativa mediante la apertura de pliego de cargos, conforme lo prescrito en la cláusula 46 del Contrato de Condiciones Uniformes, no entraña *per se* violación al debido proceso que vicie los actos administrativos, por cuanto el usuario tuvo conocimiento de los resultados de la visita técnica desde un primer momento.

(ii) El deber de comunicar la actuación administrativa iniciada de oficio, de que trata el artículo 28 del CCA, se cumplió en el asunto *sub examine* con la entrega al empleado que atendió la visita de una copia del acta de revisión eléctrica – detección de anomalías 32100 del 05 de enero de 2000, en la que se hicieron constar las anomalías encontradas en el medidor y se plasmó que en caso de que el usuario estuviera en desacuerdo con el resultado de la revisión podría presentar descargos por escrito al momento de firmar el acta o dentro de los cinco días hábiles siguientes.

(iii) Los actos administrativos que contienen la decisión fueron notificados personalmente al usuario y sobre los mismos se le concedió la oportunidad de interponer los recursos, derecho del que hizo uso controvirtiendo el acta de



revisión eléctrica, única prueba en que se basó la decisión de la administración, con lo cual se le garantizó el debido proceso y el derecho de defensa.

(iv) Los defectos o irregularidades atinentes a la publicación o a la notificación de los actos administrativos no afectan su validez, por cuanto las causales de nulidad son hechos o circunstancias relacionados con los elementos intrínsecos del acto.

En síntesis, la *litis* radica en la supuesta expedición irregular de los actos administrativos mediante los cuales se impuso una sanción al actor por el presunto fraude al servicio de energía, originada en la violación del debido proceso en la modalidad de defensa y contradicción, por el desconocimiento del procedimiento al que se debía someterse la actuación.

Para resolver, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 84 del CCA, la nulidad *[p]rocederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió* (negrilla fuera del texto).

En relación con esta causal de nulidad, se tiene que la misma se configura cuando se desconocen las normas que regulan los requisitos y procedimientos de formación del acto administrativo.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“[L]a existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de



defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir.

[...]

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma¹⁴ (negritas fuera de texto).

En el *sub lite*, la Sala encuentra que el artículo 28 del CCA dispone que cuando la actuación administrativa fuese iniciada de oficio y en los eventos en los cuales de la misma se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les deberá comunicar la existencia de la actuación y el objeto de la misma, para lo cual se aplicará, en lo pertinente, lo previsto en los artículos 14, 34 y 35.

En este sentido, el artículo 14 antes mencionado establece lo atinente a la citación de los terceros determinados que, de conformidad con la petición presentada en interés particular o de los registros que lleve la autoridad, puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión.

Por su parte, el artículo 35 *ibídem* dispone que para la adopción de la decisión que pone fin a la actuación administrativa previamente se debe dar la oportunidad para que los mismos expresen su opinión, tal y como se observa a continuación:

“ARTÍCULO 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicado: 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832). M. P.: Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Consuelo Acuña Traslaviña.



En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título” (negrillas fuera de texto).

De las anteriores disposiciones se concluye que siempre que se adelante de oficio una actuación administrativa cuyo resultado pueda afectar directamente a un particular, la administración deberá comunicar a éste la existencia de la actuación y su objeto, y garantizarle su participación con anterioridad a la decisión.

Cabe resaltar que el principio de participación es fundamento de nuestro Estado Social de Derecho, tal y como lo establece el artículo 1º de la Constitución Política al señalar que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, **participativa** y pluralista”*.

En el caso *sub examine*, la Sala encuentra que la sociedad Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. sostiene que dicho cometido constitucional se encuentra garantizado en la actuación que desplegó respecto de la presunta infracción del establecimiento de comercio denominado *“El Ensueño del Faraón”*, por cuanto no debía realizar trámite adicional al establecido en los artículos 144 y 145 de la Ley 142 de 1994.

En efecto, consideró que dichas disposiciones la facultaron para verificar en cualquier momento el estado de funcionamiento de los instrumentos de medición del consumo sin necesidad de citación y audiencia del usuario por tratarse de una labor rutinaria, y que en caso de hallarse alguna anomalía se comunica tal circunstancia mediante la entrega del acta de inspección a quien atiende la visita.

Así, aseveró la entidad que se garantizó el debido proceso al usuario, ahora demandante, en la medida en que se hizo entrega del acta de revisión eléctrica – detección de anomalías 32100 del 05 de enero de 2000 al empleado del



establecimiento que atendía las visitas y que la Decisión 4050 del 08 de febrero de 2000, por la cual se le impuso la sanción pecuniaria, le fue notificada personalmente y sobre la misma se le concedieron los recursos de la vía gubernativa, de los cuales hizo uso interponiendo recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación.

Sobre el particular, la Sala considera que, como bien lo puso de presente el *a quo*, el artículo 144 de la Ley 142 de 1994 establece las facultades que tienen las entidades prestadoras de servicios públicos para exigir mediante los contratos uniformes que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos de medición de sus consumos y para establecer sus características técnicas, pero de ninguna manera señala el procedimiento y presupuestos en el marco del derecho sancionador para investigar conductas contrarias a la normal prestación del servicio público. La disposición en comento es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 144. DE LOS MEDIDORES INDIVIDUALES. Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.

La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles.

No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

Sin embargo, en cuanto se refiere al transporte y distribución de gas, los contratos pueden reservar a las empresas, por razones de



seguridad comprobables, la calibración y mantenimiento de los medidores.

Por su parte, el artículo 145 *ibídem* prescribe que las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos de medición y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren, permitiendo a la empresa, inclusive, retirarlos temporalmente para verificar su estado, tal y como se observa a continuación:

“ARTÍCULO 145. Las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado”.

Así pues, acertó el *a quo* cuando concluyó que las normas antes transcritas no regulan el procedimiento o la actuación tendiente a sancionar a los usuarios por el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes originado en el uso no autorizado o fraudulento del servicio, ni en ninguna otra causal y, mucho menos, el procedimiento para la vinculación de los directamente interesados en la misma.

Cabe resaltar que la vinculación de los suscriptores o usuarios a las actuaciones y decisiones unilaterales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que surge en virtud de las facultades que otorga la ley para lograr un correcto funcionamiento y la debida prestación del servicio, impone el respeto por las garantías constitucionales de los asociados.

No debe olvidarse que, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, **están sometidos al régimen jurídico que fije la ley**, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.



Así mismo, dispone la norma superior que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios y el régimen de su protección (artículo 369).

Al respecto, se tiene que el legislador tramitó y expidió la Ley 142 de 1994, aplicable, según su artículo 1º, a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, entre otros.

El artículo 14 de la referida disposición definió al suscriptor como una persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos (numeral 14.31), y al usuario como la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble donde se presta, o como receptor directo del servicio a quien también se denomina como consumidor (14.33).

De lo anterior se desprende que la fuente primigenia de la relación entre el usuario y el prestador del servicio público es el contrato de condiciones uniformes, del cual se ocupa el título VIII de la Ley 142, en el que se determina su naturaleza y características y se regula la prestación del servicio, su cumplimiento, los instrumentos de medición del consumo, la determinación del consumo facturable, la factura y la defensa de los usuarios en sede de la empresa.

Así, en su artículo 128 la Ley define el contrato de servicios públicos de la siguiente forma:

“Artículo 128 Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún



cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios”.

Por su parte, el artículo 129 señala que existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.

A su vez, el artículo 130 prescribe que las partes del contrato son las empresas de servicios públicos y los usuarios, quienes son solidarios con el propietario del inmueble y el suscriptor en sus obligaciones y derechos.

Por otro lado, las empresas prestadoras de servicios públicos tienen la obligación de informar sobre las condiciones uniformes, ello en virtud del artículo 131, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 131. Deber de informar sobre las condiciones uniformes. *Es deber de las empresas de servicios públicos informar con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios, acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen.*

Las empresas tienen el deber de disponer siempre de copias de las condiciones uniformes de sus contratos; el contrato adolecerá de nulidad relativa si se celebra sin dar una copia al usuario que la solicite.

Valga anotar que el deber de las empresas de informar acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen tiene como fundamento las características inherentes al contrato de adhesión, cuyo clausulado es redactado por una de las partes mientras que la otra queda limitada a manifestar o no la aceptación de sus estipulaciones.

En lo que atañe al régimen legal, la Ley de Servicios Públicos prescribe en su artículo 132 que el contrato se rige por sus propias disposiciones, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.



Bajo las anteriores consideraciones, la relación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios es de naturaleza legal y contractual, pues si bien la fuente de dicho vínculo la constituye el contrato de condiciones uniformes, también la Constitución y la ley determinan el régimen jurídico de ese servicio.

La jurisprudencia ha considerado que la relación estatutaria y contractual que dispone el citado artículo 132 atribuye una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil, poniéndose de relieve el carácter mixto o, si se quiere, especial del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso, de adhesión¹⁵ y típico, dado que cuenta con una regulación sustancial en la ley.

En síntesis, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, mediante el contrato de condiciones uniformes las empresas prestadoras de servicios públicos se obligan a dar el mismo tratamiento a todos los suscriptores y usuarios, quienes a su vez adquieren derechos y contraen deberes con la empresa.

Pues bien, la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. elaboró el Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica a los clientes, suscriptores o usuarios que suscribieran o se adhirieran al mismo¹⁶, en cuya cláusula 46 regula el procedimiento para establecer el uso no autorizado de energía y las sanciones a imponer, así:

CUADRAGÉSIMA SEXTA – PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER EL USO NO AUTORIZADO DE ENERGIA Y LAS SANCIONES PECUNIARIAS A QUE HAY LUGAR: Si con ocasión de las pruebas sumarias recaudadas por ELECTRICARIBE para cerciorarse del adecuado funcionamiento de los equipos de medida e instalaciones eléctricas del CLIENTE, se detecta cualquier circunstancia constitutiva de un presunto incumplimiento por uso no autorizado del servicio de energía, eléctrica, los cuales se

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-558 del 31 de mayo de 2001. Expediente D-3269. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ En folios 242 a 253 del cuaderno 1 obra un ejemplar aportado por la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.



encuentran descritos en la cláusula CUADRAGÉSIMA CUARTA del presente contrato, la empresa procederá a adelantar la correspondiente actuación tendiente a establecer la existencia o no del incumplimiento y a aplicar las sanciones a que hubiere lugar.

ELECTRICARIBE podrá iniciar este procedimiento con base en cualquiera de las siguientes pruebas sumarias:

- a) Acta de Verificación de la instalación o equipos levantada por personal autorizado por la empresa.*
- b) Examen técnico practicado en un laboratorio acreditado ante la Superintendencia de Industria y Comercio en caso de que a ello haya lugar.*
- c) Fotografías, videos y cualquier otro medio en el que conste el registro de la circunstancia indiciaria del presunto incumplimiento.*
- d) Las lecturas y mediciones anteriores que presente EL CLIENTE, que no hayan prevenido de errores de lectura de LA EMPRESA advertidos en alguna reclamación previa del CLIENTE o en un análisis de lecturas;*
- e) Y cualquier otra que resulte pertinente y conducente conforme las reglas de la sana crítica.*

Inicio de la Actuación:

Con base en las pruebas sumarias practicadas y previo análisis de las mismas, Electricaribe podrá dar inicio a la correspondiente actuación mediante la expedición de un Pliego de Cargos, el cual será comunicado al Usuario y/o Suscriptor y/o Propietario y se le informará como como mínimo lo siguiente: 1. los hechos a investigar y que constituyen presunto incumplimiento del contrato; 2. las pruebas sumarias practicadas y el resultado de las mismas; 3. el procedimiento que se desarrollará para establecer si existe un uso no autorizado de la energía y las sanciones que de acuerdo con el presunto incumplimiento se podrían adoptar; 4. el derecho que tiene a presentar descargos y cualquier eximente de responsabilidad frente al presunto incumplimiento, indicándole las oportunidades de defensa con las que cuenta; [5] el derecho que



tiene a controvertir las pruebas practicadas y solicitar nuevas pruebas.

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, el inicio de la actuación empresarial mediante la expedición del pliego de cargos, será comunicado al USUARIO, SUSCRIPTOR y/o PROPIETARIO, por el medio más eficaz posible, en la dirección registrada ante Electricaribe. De igual forma deberá comunicarse a cualquier tercero que pueda resultar afectado con la decisión, siempre que ello haya sido reportado ante Electricaribe.

Descargos.

Una vez comunicado el Pliego de Cargos en la forma antes indicada, el USUARIO, SUSCRIPTOR y/o PROPIETARIO tendrá cinco (5) días hábiles para presentar por escrito sus descargos, en los cuales podrá controvertir tanto las consideraciones expuestas por Electricaribe para dar inicio a la actuación Administrativa, los cargos que se le imputan con fundamento en las pruebas recaudadas, alegar las circunstancias eximentes de responsabilidad y solicitar o aportar las pruebas que considere pertinentes para su defensa y que desvirtúen el presunto incumplimiento.

Auto de Pruebas:

Vencido el término para presentar los descargos, ELECTRICARIBE expedirá un AUTO DE PRUEBA en donde incorporará las pruebas sumarias practicadas, así como cualquier otra practicada y que haya sido trasladada al usuario con el Pliego de Cargos, valorará y decretará las pruebas conducentes que hayan sido presentadas y solicitadas por el USUARIO, SUSCRIPTOR y/o PROPIETARIO para controvertirlas y las demás de oficio que considere del caso practicar.

Este AUTO DE PRUEBAS será notificado al USUARIO por estado, sin perjuicio también de que sea comunicado mediante correo a la dirección registrada por el USUARIO.

Lo anterior con el objeto de garantizar su efectiva participación en las pruebas y el ejercicio del derecho de contradicción.

El periodo probatorio será mínimo de diez [10] días y máximo de treinta [30] días. En el evento de que el período probatorio sea de diez [10] días, ELECTRICARIBE podrá prorrogar el mismo sin que dicha prorroga exceda el periodo máximo de treinta [30] días.



Decisión Empresarial:

Agotada la etapa anterior, ELECTRICARIBE proferirá una Decisión Empresarial en la que previa valoración del procedimiento adelantado, el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios, las pruebas recaudadas y practicadas, los descargos presentados por el USUARIO, definirá si se configuró o no alguna de las conductas constitutivas de uso no autorizado del servicio de energía eléctrica e impondrá las sanciones pecuniarias correspondientes [...] (negrillas y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, previamente a la expedición del acto administrativo sancionatorio por el presunto uso no autorizado del servicio de energía eléctrica, la entidad debió expedir un pliego de cargos elaborado siguiendo los requisitos y formalidades contempladas en esa misma norma, además debió ser comunicado al usuario, suscriptor y/o propietario con el fin de que garantizarle la posibilidad de presentar descargos y solicitar, aportar y controvertir pruebas, entre otras acciones en su defensa.

Las actuaciones referidas, sin duda alguna, constituyen requisitos de formación del acto administrativo que contiene la decisión, que no se suplen con la entrega de copia del acta de revisión técnica y su entrega a quien recibe las “visitas”, y por tanto su pretermisión conlleva a su nulidad.

En consecuencia, esta Sala concluye que, como bien lo consideró el *a quo*, durante el procedimiento adelantado por el presunto fraude al servicio de energía las entidades demandadas vulneraron el derecho al debido proceso del actor al desconocer el artículo 28 del C. C. A., así como las disposiciones contractuales que rigen la relación de Electricaribe S.A. E. S. P. con sus suscriptores o usuarios y, por ende, la decisión que puso fin al trámite está viciada de nulidad.

Por lo anterior, la Sala considera que se debe confirmar la decisión de instancia, tal y como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

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,



FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 23 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico — Sala Escritural Permanente de Decisión, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidente

Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

