



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE TOMA DE POSESIÓN - De Electrochocó

En primer lugar, la Sala advierte que, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo, mediante la sentencia de 30 de mayo de 2019, estudió el recurso de apelación promovido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en contra de la sentencia de 21 de mayo de 2008, a través de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en tal sentido estimó que la acción de reparación directa era el medio idóneo para ventilar la discusión planteada por los demandantes; asimismo, condenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al pago de la suma de \$60.506.350.590, por cuanto encontró acreditados los elementos de la responsabilidad del Estado. En su recurso de apelación, la Superintendencia sostuvo que la acción de reparación directa no era el medio idóneo para reclamar los perjuicios que el actor consideraba como infringidos, en tanto que las “acciones” consideradas como causantes del daño eran “actos administrativos”, por lo que, en realidad, el actor estaba cuestionando la legalidad de los actos y, en razón a ello, la acción judicial pertinente para tal fin era la nulidad y restablecimiento del derecho, la cual había caducado para el momento en el que se interpuso la demanda de reparación directa, por cuanto habían transcurrido más de los cuatro meses dispuestos por el legislador. En ese sentido, resaltó que los actores estaban utilizando, hábilmente, el medio de control de reparación directa porque habían dejado caducar la acción de nulidad y restablecimiento. Frente a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo señaló en la providencia cuestionada, que existían dos figuras jurídicas a saber, operación administrativa y procedimiento administrativo, las cuales, a su juicio, fueron confundidas por la parte demandante y por el Tribunal Administrativo del Chocó. (...) esta Sala de Decisión evidencia que, en efecto, las irregularidades señaladas por los accionantes, en caso de ser ciertas, podrían afectar la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del procedimiento de toma de la posesión, por lo que, inevitablemente, debieron ser alegadas en el trámite de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En ese sentido, se advierte que las presuntas “irregularidades” que los accionantes endilgan a la Superintendencia (...) Hicieron parte del procedimiento administrativo de toma de la posesión y debían ser alegadas como fundamento de la nulidad de la resolución que puso fin al proceso liquidatorio de la entidad, por lo que en efecto se estima que no era posible que a través de la reparación directa se realizara el análisis de legalidad que implicaban los cargos que los actores sostuvieron en la demanda de reparación directa. (...) A partir de lo anterior, esta Sala de Decisión considera que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó una interpretación razonable del artículo 86 del CCA y aplicó adecuadamente el numeral 2° del artículo 136 del CCA, en tanto

que advirtió “del análisis integral de la demanda, esto es, de las pretensiones y los hechos en ella contenidos, se observa que en la pretensión principal se acusó a las entidades demandadas de incurrir en “actuaciones irregulares” y, en los hechos, se atacó en varias oportunidades la legalidad de actos administrativos proferidos dentro del proceso de toma de posesión”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 86 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 2

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR EJERCICIO IRREGULAR DE LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - No probada

[E]n relación con el defecto sustantivo del que se acusa a la sentencia de 30 de mayo de 2019, relativo a la responsabilidad de la Superintendencia por el presunto ejercicio irregular de las funciones de inspección, vigilancia y control, la pretensión fue negada por no haber sido probada la falla del servicio, circunstancia que, naturalmente, imposibilita la declaratoria de responsabilidad del Estado; y por ende, se desestima la supuesta interpretación errónea del artículo 86 del CCA. Así las cosas, esta Sección encuentra razonable el análisis realizado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 30 de mayo de 2019, en la cual concluyó que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la Superintendencia había actuado diligentemente en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, por lo que esta Sección considera que no se configura el defecto señalado, en tanto que las pretensiones fueron denegadas por no haberse probado la falla del servicio.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE TOMA DE POSESIÓN - De Electrochocó / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO A LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Procede para grupos empresariales

[E]sta Sección encuentra que la accionada no ha realizado una interpretación o aplicación arbitraria del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por lo que no se configura el presupuesto de este defecto (...) Por lo tanto, resulta razonable la interpretación realizada por el juez contencioso, al aseverar que si bien la Ley 142 de 1994 estableció un régimen de derecho privado a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, dicho régimen no se extendía a los socios de la Entidad: “(...) La norma en cuestión es absolutamente clara cuando establece que el régimen de derecho privado se refiere a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no de sus socios (...)”. Asimismo, tampoco es arbitraria o caprichosa la conclusión a la que arribó la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, concerniente a que la presunción contenida en la referida norma es aplicable bajo el escenario de grupo empresarial, en tanto que como lo señala el accionado: “(...) con fundamento en una interpretación sistemática y teleológica de la norma comercial que pretende la parte actora sea aplicada, resulta evidente que la misma está consagrada para eventos en los cuales se está en presencia de un grupo empresarial. (...) De manera que, la interpretación de la Subsección B de la Sección Tercera resulta razonable, por lo que se desestima el cargo consistente en la vulneración del derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia señalado por los accionantes.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 32 / LEY 222 DE 1995 - ARTÍCULO 148 - PARÁGRAFO

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO EN EL EJERCICIO IRREGULAR DE LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL

Para esta Sala de Decisión no se configura el presunto desconocimiento del precedente judicial por parte de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que tanto la providencia cuestionada como el precedente traído a colación, mantienen misma la línea jurisprudencial en torno al régimen de responsabilidad subjetiva del Estado por la omisión en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control. Como se expuso con anterioridad, la razón por la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda de reparación directa, por este hecho generador, obedeció a que el accionante no probó la falla del servicio por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De manera que, en el caso concreto, no puede hablarse de un desconocimiento del precedente, en tanto que ambas providencias sostienen que el régimen de responsabilidad del Estado en esta materia es de carácter subjetivo. Por otra parte, frente el cargo relativo al presunto desconocimiento del precedente constitucional (...) [contenido en] las sentencias del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1963 y de 5 de mayo de 1977; asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional No. C -510 de 1997 y SU – 1023 de 2001. En ese punto, la Sala resalta que, a pesar de que el accionante identificó un grupo de sentencias que estimó desconocidas por la sentencia cuestionada; lo cierto es que el cargo no fue sustentado en debida forma por los accionantes, en tanto que no señalaron con precisión el contenido del precedente ignorado por la accionada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-05084-01(AC)

Actor: TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., AES CHIVOR y CIA S.C.A. E.S.P., GECELCA, EMGESA S.A. E.S.P., EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., URRÁ S.A. E.S.P., E ISAGÉN S.A. E.S.P.

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

La Sala decide la impugnación presentada por los integrantes de la parte actora, quienes actúan a través de apoderado judicial¹, en contra de la sentencia de 30 de enero de 2020, proferida por la **Subsección A de la Sección Segunda del**

¹ Folios 146 a 150 del expediente de tutela.

Consejo de Estado, providencia en la cual se declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

Las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P.**, **AES Chivor y Cia. S.C.A. E.S.P.**, **Gecelca S.A.**, **Emgesa S.A. E.S.P.**, **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, **Urrá S.A. E.S.P.**, e **Isagén S.A. E.S.P.**, quienes actúan a través de apoderado judicial, promovieron acción de tutela en contra de la **Subsección B de la Sección Tercera de Consejo de Estado**, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales “[...] *al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia* [...]”, cuya vulneración atribuyen a la sentencia de 30 de mayo de 2019, en la que la autoridad judicial accionada declaró probada la excepción de “*indebida escogencia de la acción*” y denegó las pretensiones elevadas dentro del proceso de reparación directa No. 27-001-23-31-000-2004-00699-00².

II. HECHOS

De conformidad con lo planteado por los integrantes de la parte accionante, los hechos que motivan la solicitud de amparo se contraen, en síntesis, a lo siguiente³:

II.1. Señalan que las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P.**, **AES Chivor y Cia. S.C.A. E.S.P.**, **Gecelca S.A.**, **Emgesa S.A. E.S.P.**, **Empresas Públicas Medellín E.S.P.**, **Urrá S.A. E.S.P.**, e **Isagén S.A. E.S.P.**, se encontraban registradas ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Mayoristas de Energía, por lo que vendían y prestaban el servicio de transporte de energía eléctrica a la sociedad **Electrificadora del Chocó S.A. E.S.P. – en adelante Electrochocó**, en su calidad de comercializador y distribuidor.

II.2. Indican que **Electrochocó**, como empresa actora en el mercado de mayoristas de energía, realizaba transacciones en la Bolsa de Energía y hacía uso de las redes de transmisión, de propiedad de la sociedad **Interconexión Eléctrica S.A.**, **Transelca S.A. E.S.P.**, y la **Empresa Antioqueña de Energía – EADE**, para transportar la energía que compraba en el mercado mayorista.

II.3. Advierten que **Electrochocó** era la única distribuidora del servicio de público domiciliario de energía eléctrica en el departamento del Chocó y, en razón a ello, la empresa tenía un monopolio natural.

II.4. Manifiestan que la Nación era propietaria del **99,9871%** de la composición accionaria de la sociedad **Electrochocó**, y el revisor fiscal, en la Asamblea General de Accionistas celebrada el 5 de marzo de 1998, señaló que la sociedad se encontraba incurso en la causal de disolución contemplada en el numeral 3º del artículo 457⁴ del Código de Comercio.

² **Demandantes:** Merieléctrica S.A. &Cía. S.C.A, Promotora de Energía Eléctrica de Cartagena & Cía. S.C.A. E.S.P, Termocandelaria S.C.A. E.S.P., Empresa de Energía de Bogotá, Termotasajero S.A. E.S.P., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Chivor S.A. E.S.P., Termocartagena S.A. E.S.P., Termoflores, Empresas Públicas de Medellín, Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. – “EPSA E.S.P.”, Empresa Antioqueña de Energía – “EADE”, Central Hidroeléctrica de Caldas – “CHEC”, DICEL S.A., Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – “ISA”, Transelca S.A. E.S.P, Isagen S.A. E.S.P., Urra S.A. E.S.P., Corelca S.A. E.S.P. y BP Exploration Company Limited (Colombia). **Demandados:** Nación – Ministerio de Minas y Energía y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

³ Folios 3 a 61 del expediente de amparo.

⁴ **ARTÍCULO 457. <CAUSALES DE DISOLUCIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA>**. La sociedad anónima se disolverá: (...) **3) Cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista.**

II.5. Afirman que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), mediante la Resolución N° 136 de 1997, advirtió los resultados de la evaluación de viabilidad empresarial de Electrochocó y, adicionalmente señaló que: “(...) *la empresa de energía eléctrica ELECTRIFICADORA DEL CHOCÓ S.A. E.S.P., es monopolística de hecho en la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica a los usuarios regulados comprendidos en los límites del Departamento del Chocó (...)*”.

II.6. Exponen que, mediante el documento CONPES No. 2923 de 29 de abril 1997⁵, se recomendó la inclusión de **Electrochocó** dentro del grupo de sociedades del sector eléctrico sobre las que debía activarse el Plan de Salvamento Financiero, a cargo de la Nación, con el fin de garantizar el pago de las obligaciones a cargo de la electrificadora, para asegurar la prestación del servicio público domiciliario de energía.

II.7. Señalan que la Nación, en cumplimiento de las recomendaciones hechas a través del documento CONPES No. 2923 de 29 de abril de 1997, pagó las deudas acumuladas de la **Electrificadora del Chocó S.A. E.S.P. – Electrochocó**, en razón al transporte y suministro de electricidad a través del mercado de mayoristas de energía; por lo que “(...) *la nación conocía, de tiempo atrás, la situación de insolvencia de la empresa, y su incapacidad de pago a los transportadores y suministradores de energía en eléctrica, razón por la cual decidió hacerse a cargo del pago de dictas obligaciones (...)*”.

II.8. Aducen que, mediante los documentos de CONPES No. 2950 de 24 de septiembre de 1997 y 2993 de 25 de marzo de 1998, el Gobierno Nacional estableció el “*Esquema de reestructuración del sector eléctrico*”, en el que evidenció el incumplimiento sistemático de las obligaciones financieras por parte de las empresas de distribución de energía eléctrica y, frente a **Electrochocó**, recomendó la toma de posesión.

II.9. Advierten que, a través del CONPES No. 2950, se reconoció que “*ninguna de las formas de intervención estatal en este segmento de la industria ha resultado efectiva para resolver toda su problemática*”, por lo que resultaba necesario continuar con el proceso de vinculación de inversionistas privados y, asimismo, iniciar con la toma de posesión de las empresas.

II.10. Indican que, a través del documento CONPES No. 2993, nuevamente se reiteró la importancia de llevar a cabo la toma de posesión de **Electrochocó**, entidad que, en el año 1997, nuevamente, estaba incumpliendo el pago de sus obligaciones.

II.11. Informan que **Electrochocó** se encontraba sujeta al control, inspección y vigilancia de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y, del Decreto 548 de 1995.

II.12. Exponen que la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, mediante la Resolución No. 002084 de 1 de abril de 1998, ordenó, respecto de **Electrochocó**, la “(...) *toma de posesión de los negocios, bienes y haberes (...)*”, en cumplimiento del artículo 59 y 121 de la Ley 142 de 1994, con el objeto de liquidar los bienes, negocios y haberes, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

⁵ Mediante el cual se contempla el “Plan de salvamento financiero” de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del sector eléctrico

II.13. Asimismo, la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** ordenó la administración temporal del intervenido, a cargo de la entidad que él designara y luego a través de una sociedad fiduciaria.

II.14. Acusan que la Superintendencia actuó negligentemente y que obró por fuera de los mandatos legales, en tanto que *“creó un procedimiento ad hoc para la liquidación que ella misma ordenó, y, en fin, fue negligente, ineficiente e incapaz de asegurar que el proceso de liquidación forzosa se tramitara en la forma ordenada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de los plazos legales señalados, de tal manera que se garantizara el ejercicio de los derechos de quienes debían hacerse parte de este proceso. Tampoco acató el cumplimiento de los mandatos legales que consagraban la protección de los derechos legítimos de los acreedores y de los demás terceros (...)”*.

II.15. Señalan que, entre las irregularidades advertidas, la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** omitió celebrar el contrato de fiducia para la administración de la entidad, contrariando el contenido del numeral 1° del artículo 60 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 002084 de 1 de abril de 1998, expedida por la misma entidad.

II.16. Indican que, como consecuencia de la omisión anterior, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios administró directamente y por un término superior a cuatro años a **Electrochocó**, con un propósito distinto a la toma de posesión con fines de liquidación, ordenada en la Resolución 002084 de 1 de abril de 1998; por lo que, mediante la Resolución No. 010871 de 26 de julio de 2002, la Superintendencia, nuevamente, dispuso la disolución de la entidad.

En este punto, aducen que el acto de la Superintendencia *“-resolución 002084 de 1 de abril de 1998- (...) dispuso que previo al cumplimiento de las etapas propias del proceso de liquidación establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicables en estos casos por remisión expresa de la Ley 142 de 1994, se desarrollará una primera fase de administración temporal del intervenido, que será ejecutada inicialmente por el funcionario que designe en esta resolución el Superintendente, y luego por la sociedad fiduciaria (...) en lugar de proceder a su liquidación obligatoria”*, por lo que: **i)** se impidió la disolución de la sociedad; **ii)** se impidió la formación de la masa de bienes de **Electrochocó**; y **iii)** se omitió dar cumplimiento al artículo 121 de la Ley 142 de 1994, que establece el término máximo de dos años para la administración temporal de una empresa tomada en posesión.

II.17. Manifiestan que desde que la Superintendencia intervino a **Electrochocó**, el déficit financiero y patrimonial de la sociedad se fue deteriorando progresivamente, si se tiene en consideración que en el año 1997 el patrimonio de la Electrificadora era de **\$ -8.167.944.000** y para el 2002 era de **\$ -69.640.409.000**.

II.18. Señalan que el Gobierno Nacional, bajo la coordinación del Ministerio de Minas y Energía, constituyó la sociedad Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P., cuyo propósito es la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica en el área geográfica atendida por **Electrochocó**; asimismo, refieren que, a este nuevo operador, le fueron entregados los bienes, activos, equipos y elementos *“pertenecientes a Electrochocó”*, con lo cual se disminuyó el patrimonio de la entidad liquidada y se contribuyó al detrimento económico de los acreedores de la Electrificadora del Chocó.

II.19. Indican que el agente liquidador de **Electrochocó**, mediante Resolución No. 004 de 28 de febrero de 2003, conformó la masa de bienes de la liquidación y los excluidos de esta; por lo anterior, la sociedad Interconexión Eléctrica S.A., solicitó

que se incluyeran, entre las acreencias de **Electrochocó**, la suma de \$ **60.506.350.590** por concepto de facturación de transacciones en la bolsa de energía. Acreencia que fue reconocida a través de la Resolución No. 008 de 22 de mayo de 2003.

II.20. Manifiestan que la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., en su calidad de administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), cuando presentó la reclamación referida lo hizo como mandatario de los múltiples agentes del Mercado de Mayoristas de Energía, los cuales son acreedores de **Electrochocó**.

II.21. En razón a lo anterior, los accionantes promovieron demanda de reparación directa, en la que elevaron las siguientes pretensiones:

*“[...] Que la **NACIÓN (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA)** y la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** son responsables de la totalidad de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ocasionados a las siguientes empresas: **MERILECTRICA, PROELECTRICA, TERMOCANDELARIA, EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, TERMOTASAJERO, CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE BETANIA, EMGESA, CHIVOR, TERMOCARTAGENA, TERMOFLORES, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, EPSA, EADE, CHEC, DICEL S.A., ISA, ISAGEN, TRANSELCA, CORELCA , URRRA Y BP**, con motivo de las actuaciones irregulares en que incurrieron en el proceso de toma de posesión y liquidación de la Electrificadora del Chocó S.A. E.S.P. (**ELECTROCHOCÓ**), las cuales impidieron que se pagara la energía eléctrica entregada por las demandantes, y los cargos de transporte del Sistema de Transporte Nacional STN, Sistema de Transmisión Regional, STR, así como los cargos regulados por los servicios prestados por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, y el Liquidador de Intercambios Comerciales, LAC, ante la imposibilidad material, económica y jurídica que tenía de atender sus obligaciones, toda vez que no se preservó la integridad de la prenda de los acreedores y, además, por la falta de vigilancia y control, entre otros hechos o acciones, omisiones y operaciones administrativas realizadas por las entidades demandadas que originaron el daño antijurídico cuya indemnización se reclama.*

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, que la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en razón de su condición de accionista mayoritario (99.98%) de **ELECTROCHOCÓ**, es responsable, en forma subsidiaria, de la totalidad de los daños y perjuicios causados a las empresas demandantes, al no haber sido suficientes los bienes de **ELECTROCHOCÓ** para cubrir la totalidad de los créditos reconocidos en la liquidación.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, que la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en su condición de controlante y en virtud de la subordinación de **ELECTROCHOCÓ**, es responsable, en forma subsidiaria de las obligaciones de ésta, con fundamento en la presunción establecida en el parágrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, la **NACIÓN (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA)** y la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** deberán cancelar a

cada una de las demandantes, por concepto de perjuicios materiales, capital e intereses, las sumas adeudadas así:

En razón del suministro y transporte de la energía eléctrica entregada a **ELECTROCHOCÓ**, a través del mercado mayorista de energía, y de los servicios de transporte de energía prestados a la misma empresa, de conformidad con el reglamento de operaciones y que a 30 de junio de 2004 no les han sido canceladas, según lo certificado por el administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista de Energía, para cada una de las empresas, y que es del siguiente orden:

Para MERILECTRICA S. A. & CIA S.C.A. E.S.P la suma de \$975.776.675.

Para PROELECTRICA la suma de \$3.460.373.536

Para TERMOCANDELARIA S.C.A. E.S.P. la suma de \$3.110.477.943

Para EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ la suma de \$298.580.491

Para Termotasajero S.A. E.S.P.: \$6.257.489.388

Para la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P.: \$4.801.462.595

Para Emgesa S.A. E.S.P.: \$8.597.900.234

Para Chivor S.A. E.S.P.: \$7.804.339.852

Para Termocartagena S.A. E.S.P.: \$2.964.659.095

Para Termoflores, la suma de \$6.521.106.188

Para las Empresas Públicas de Medellín: \$6.475.430.323

Para la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. - "EPSA E.S.P.": \$9.479.317.830

Para la Empresa Antioqueña de Energía – "EADE": \$5.988.709.020

Para la Central Hidroeléctrica de Caldas – "CHEC": \$207.210.850

Para Dixel S.A.: \$569.854.801

Para Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – ISA: \$3.324.250.217

Para Transelca S.A. E.S.P.: \$481.802.533

Para Isagen S.A. E.S.P.: \$9.982.913.368

Para Urra S.A. E.S.P.: \$1.374.329.522

Para Corelca S.A. E.S.P.: \$19.473.624.374

Para BP Exploration Company Limited (Colombia): \$1.395.440.718

Todas las sumas anteriores deberán ser actualizadas.

A favor de ISAGEN, en razón de los pagarés No. 001, 002, 003, 005, 006 y 007 de 2000, la suma de nueve mil seiscientos once millones ciento setenta y seis mil doscientos noventa y seis pesos (\$9.611.176.296).

A favor de la Empresa de Energía de Bogotá, por el pagaré No. 004 de 2000, la suma de doscientos noventa y tres millones trescientos setenta y seis mil cuatrocientos noventa y uno (\$293.376.491).

Que se condene igualmente a la NACIÓN (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA) y a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS al pago de las costas del proceso, de conformidad con lo señalado en el art. 171 del C.C.A., teniendo en cuenta los criterios de aplicación establecidos por el art. 393 del C. de P.C, esto es, las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio del Interior, de Justicia y del Derecho, para este tipo de procesos, a cuotas litis en lo atinente a las agencias de derecho [...]⁶.

⁶ Ibíd., folio 37 – 39.

II.22. El conocimiento de la demanda de reparación directa con número de radicado 27-001-23-31-000-2004-00699-00, correspondió al Tribunal Administrativo del Chocó, corporación judicial que, mediante sentencia de 21 de mayo de 2008⁷, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al pago de las obligaciones contraídas por **Electrochocó**, por concepto de facturación de transacciones en la bolsa de energía, entre los años **1998 – 2002**, periodo en el que la sociedad liquidada estaba siendo administrada por un agente designado por la Superintendencia.

II.23. La decisión anterior fue apelada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 30 de mayo de 2019⁸, revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

III. PRETENSIONES

La parte accionante formuló, en su demanda de tutela, las siguientes pretensiones⁹:

“[...] Se deje sin efecto la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado del 30 de mayo de 2019, que decidió el recurso de apelación interpuesto por las empresas demandantes en contra de la sentencia favorable, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó el 21 de mayo de 2008.

Como consecuencia de la declaración anterior, que se le ordene a esa Subsección del Consejo de Estado decidir el recurso de apelación presentado por las empresas demandantes, en contra de la sentencia del 21 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó, de acuerdo con las normas aplicables y los precedentes jurisprudenciales desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que se mencionan en esta demanda, en relación con (i) la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar los perjuicios causados por la falla del servicio de la administración, en los procesos de toma de posesión de las entidades vigiladas, y (ii) la responsabilidad subsidiaria del Estado, en su calidad de controlante, en los procesos de liquidación de las empresas controladas, con fundamento en el parágrafo del art. 148 de la ley 222 de 1995, la cual no está limitada a los casos de grupo empresarial, así como su responsabilidad subsidiaria en aquellos casos en los cuales los bienes para el pago de las acreencias en un proceso liquidatorio resultaron insuficientes [...]”.

IV. TRÁMITE DE LA TUTELA

El doctor Rafael Francisco Suárez Vargas, magistrado de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante auto de 9 de diciembre de 2019¹⁰, admitió la acción de tutela promovida por las sociedades **Termotasajero**

⁷ Visible a folio 1134 – 1213 del expediente de reparación directa No. 27-001-23-31-000-2004-00699-00

⁸ Visible a folio 1586 – 1633 del expediente de reparación directa No. 27-001-23-31-000-2004-00699-00

⁹ Folio 61 del expediente de amparo.

¹⁰ Folio 67 del expediente de tutela.

S.A. E.S.P., AES Chivor y Cia. S.C.A. E.S.P., Gecelca S.A., Emgesa S.A. E.S.P., Empresas Públicas Medellín E.S.P., Urrá S.A. E.S.P. e Isagén S.A. E.S.P., en contra del Subsección B de la Sección Tercera de Consejo de Estado, y vinculó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y al Ministerio de Minas y Energía, en calidad de terceros con interés en el resultado de la presente acción constitucional.

Las notificaciones del citado proveído se efectuaron de manera electrónica el 16 de diciembre de 2019 y el 14 de enero de 2020, tal y como consta a folios 68 a 74 del expediente de tutela.

V. INTERVENCIONES

Realizadas las comunicaciones a las autoridades accionadas y a las vinculadas, se produjeron las siguientes intervenciones:

V.1. En escrito de 19 de diciembre de 2019¹¹, la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, a través de apoderado judicial, rindió informe mediante el cual solicitó rechazar la acción de tutela promovida por los accionantes, para lo cual sostuvo en su escrito lo siguiente:

En primer lugar, señaló que la acción de amparo carecía de relevancia constitucional, por cuanto los actores alegaron la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, sin desarrollar en qué consistía la citada vulneración, por lo que debía aplicarse la regla señalada por la Corte Constitucional en la sentencia No. T – 066 de 2019, la cual indica: “(...) *en razón de su carácter subsidiario, logrando así establecer objetivamente qué asuntos competen al fallador del amparo, y cuáles son del conocimiento de los jueces ordinarios, ya que el primero solamente conocerá asuntos de dimensión constitucional; de lo contrario podría estar arrebatando competencias que no le corresponden (...)*”.

En ese sentido, trajo a colación el siguiente aparte de la acción de amparo:

*Nótese como a pesar de que en la pretensión citada se alude a dos (2) causas diferentes del **daño padecido por las empresas demandantes** -actuaciones irregulares y falta de vigilancia y control, acciones y omisiones de los agentes del Estado, como fuentes de la acción de reparación directa, en los términos del arto (sic) 86 del CCA, norma vigente para la fecha en que se presentó la demanda, y actualmente del art. 140 del CPACA,- la Subsección B de la Sección Tercera, en la sentencia que se cuestiona, de manera equivocada señaló que como el daño alegado se produjo en el procedimiento de liquidación llevado a cabo por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el cual se surtió a través de actos administrativos, la acción que ha debido instaurarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Con este razonamiento se ignoró el tenor literal de la pretensión principal formulada y, por esta vía, se desconoció que **el arto (sic) 90 de la Constitución Política** establece, de manera diáfana, que la responsabilidad del Estado puede tener como fuente no solo los actos administrativos que este profiera sino, también, las acciones u omisiones en que incurra, y que causen un daño antijurídico a los particulares. Ni más ni menos, la interpretación del Consejo de Estado*

¹¹ Folios 75 a 95 del expediente de tutela.

conduce a cercenar el alcance de la norma que establece el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, en cuanto supone que en aquellos eventos en los que cause un perjuicio a una persona en el trámite de un proceso de toma de posesión de una empresa, solo es posible obtener la indemnización de este si se incurre en alguna ilegalidad por medio de la expedición de un acto administrativo, la cual debe ser demandada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por consiguiente, quedarían sin control las acciones u omisiones en las que se hubiera incurrido en ese proceso, lo cual, en la práctica, se traduciría en el mantenimiento de un ámbito de inmunidad jurisdiccional del poder, que repugna a un Estado Social de Derecho como el que pregona la Carta Política de 1991.

*Se desconocieron así los derechos fundamentales al debido proceso, de igualdad y al acceso a la administración de justicia de los demandantes, por cuanto el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **se abstuvo de pronunciarse sobre la pretensión principal de la demanda**, y con esa decisión se incurrió en un defecto procedimental y un defecto material o sustantivo, con total desconocimiento de los precedentes horizontales de la propia Sección Tercera del Consejo de Estado, como se demostrará más adelante (...)*”.

A partir del texto anterior, la parte accionada concluyó que la discusión propuesta en el presente trámite constitucional pretende reabrir el debate contencioso resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en tanto que solo se alega la presunta vulneración del artículo 90 de la Constitución Política, disposición que fue estudiada por el juez contencioso y que no consagra un derecho de carácter fundamental.

Por otra parte, sostuvo que tampoco se encuentran acreditados los requisitos especiales de procedencia del mecanismo de amparo, en la medida en que la autoridad judicial accionada no erró en las interpretaciones realizadas a las disposiciones legales y tampoco desconoció el precedente horizontal de la misma Corporación.

V.2. El Ministerio de Minas y Energía, a través de apoderado judicial y mediante escrito de 19 de diciembre de 2019, solicitó negar las pretensiones del amparo, luego de considerar que el juez constitucional no puede ser considerado como una instancia de revisión de la valoración probatoria que realizan los operadores ordinarios, ni su función consiste en suplantar al juez de la causa dada la autonomía que este tiene en el ejercicio de sus atribuciones. Por último, cuestiona que la parte actora desconozca el análisis racional y sustentado en las normas legales y en antecedentes jurisprudenciales que hizo la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado.

V.3. Los Consejeros de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a pesar de que fueron notificados de la admisión de la tutela, guardaron silencio.

VI. EL FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia de 30 de enero de 2020¹², la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela luego de

¹² Folios 123 a 132 del expediente de tutela.

considerar que el mecanismo de amparo incoado no cumplía con el requisito general de relevancia constitucional.

En primer lugar, resaltó que el requisito de la relevancia constitucional persigue tres finalidades, consistentes en: “**(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces . Por tanto, solo la evidencia prima facie de una afectación o vulneración de facetas constitucionales de los derechos fundamentales permite superar el requisito de relevancia constitucional de la tutela en contra de providencias judiciales (...)**”¹³.

En ese sentido, sostuvo que en el caso concreto la pretensiones de amparo giraban: “(...) en torno al **reconocimiento estricto de pretensiones esencialmente de origen económico** y, en esa medida, la Sala (i) preserva la competencia y la independencia de la Sección Tercera, Subsección B, en la adopción de su decisión, por cuanto la vía de amparo se utilizó para discutir asuntos de mera legalidad referidos a la acción pertinente y al alcance del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; (ii) **no aprecia que en condición de juez constitucional se justifique intervenir la decisión cuestionada debido a que de manera esencial no involucra la afectación de derechos fundamentales y (iii) observa que la naturaleza económica que se pretende obtener como aspecto central a través de la vía de amparo haría que este instrumento se convirtiera en una instancia o recurso adicional para controvertir una decisión adoptada por la Sección Tercera, Subsección B, en el ámbito de sus competencias (...)**”.

La providencia antes referida, fue notificada vía electrónica el 13 de febrero de 2020, tal y como se observa a folios 133 - 145 de la causa constitucional.

VII. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El accionante, mediante escrito radicado el 17 de febrero de 2020, presentó impugnación contra la sentencia de primera instancia y sustentó su inconformidad en que el mecanismo de amparo claramente revestía relevancia constitucional, contrario a lo sostenido por el *a quo*, para lo cual expuso lo siguiente:

i) Señaló que en el escrito de tutela nunca se incluyó una pretensión de orden económico, por lo que es falsa la afirmación del *a quo* consistente en señalar que el conflicto propuesto por sus poderdantes es esencialmente económico.

En ese sentido, resaltó que sus pretensiones, de acuerdo con lo consignado expresamente en el escrito de tutela, son las siguientes:

“[...] Se deje sin efecto la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado del 30 de mayo de 2019, que decidió el recurso de apelación interpuesto por las empresas demandantes en contra de la sentencia favorable, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó el 21 de mayo de 2008.

Como consecuencia de la declaración anterior, que se le ordene a esa Subsección del Consejo de Estado decidir el recurso de apelación presentado por las empresas demandantes, en contra de la sentencia

¹³ Ibíd., folios 123 a 132.

del 21 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó, de acuerdo con las normas aplicables y los precedentes jurisprudenciales desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que se mencionan en esta demanda, en relación con (i) la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar los perjuicios causados por la falla del servicio de la administración, en los procesos de toma de posesión de las entidades vigiladas, y (ii) la responsabilidad subsidiaria del Estado, en su calidad de controlante, en los procesos de liquidación de las empresas controladas, con fundamento en el parágrafo del art. 148 de la ley 222 de 1995, la cual no está limitada a los casos de grupo empresarial, así como su responsabilidad subsidiaria en aquellos casos en los cuales los bienes para el pago de las acreencias en un proceso liquidatorio resultaron insuficientes [...]”¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, el apoderado de los accionantes afirma que no es cierto que la acción de tutela persiga el reconocimiento de un derecho de carácter patrimonial, sino que a través de la misma se pretende el restablecimiento del derecho al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, garantías fundamentales que estima desconocidas por la decisión judicial cuestionada, al haber incurrido en los defectos señalados en la acción de tutela.

ii) En segundo lugar, sostuvo que los “asuntos de mera legalidad”, de acuerdo con la Corte Constitucional, son aquellos que no “*tienen una relevancia directa con los derechos fundamentales de las partes o no revisten un interés constitucional claro*”.

En ese orden de ideas, señaló que la acción de tutela promovida tiene por finalidad el amparo de los citados derechos fundamentales y no busca discutir un *asunto de mera legalidad*; en tanto que, al haberse declarado la excepción de *indebida escogencia de la acción*, con desconociendo del precedente emanado de la misma Coporación, e interpretando indebidamente el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, se vulneraron las garantías constitucionales citadas, en la medida en que el accionado:

“[...] se abstuvo de hacer varios análisis de fondo sobre varios hechos y omisiones administrativas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a saber: i) omisiones en la adopción de medidas encaminadas a garantizar información completa y veraz de Electrochocó a terceros; ii) omisión en la expedición de medidas preventivas, oportunas y eficaces ante el incumplimiento de los indicadores de gestión de Electrochocó; iii) omisión en el ejercicio de la facultad de inspección sobre Electrochocó; iv) omisión al no evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de Electrochocó; v) omisión en el deber de imponer sanciones a quienes violaron las normas a las que deben estar sujetas; vi) omisión al no formular observaciones sobre los estados financieros y contables de Electrochocó y vii) omisión de tomar posesión de ELECTROCHOCÓ en forma oportuna [...]”.

Por lo anterior, concluye que el asunto planteado a la jurisdicción constitucional no es de mera legalidad, sino que reviste una clara importancia constitucional.

¹⁴ Visible a folios 111 – 113 del expediente de tutela.

iii) Por otra parte, según los accionantes, la sentencia de 30 de mayo de 2019, “creó un ámbito de inmunidad” de la responsabilidad patrimonial del Estado, asociada a aquellos eventos en los cuales se causa un perjuicio como consecuencia de las acciones u omisiones en las que incurra la autoridad administrativa en el trámite de un procedimiento de toma de la posesión, en tanto que estas acciones u omisiones, al no ser actos administrativos, no pueden ser controladas a través de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho. Como consecuencia de lo anterior, estima que la decisión judicial desconoció el artículo 90 constitucional. Al respecto los accionantes señalan en el escrito de impugnación lo siguiente:

“[...] En cuanto al alcance del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ser este un punto relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado, es incuestionable que, contrario a ser un asunto de mera legalidad, es una materia que reviste interés constitucional y tiene una relación directa con los derechos fundamentales de las partes. No puede perderse de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado es un concepto elevado a rango constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

El artículo 90 de la Constitución Política, según el cual, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, no es otra cosa que la consagración de una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Responsabilidad patrimonial desarrollada, entre muchas otras normas, por el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En este punto, es importante insistir en un aspecto que, desafortunadamente, no fue reseñado en el fallo impugnado. En varios apartes de la demanda de tutela -incluido, por supuesto, el acápite sobre relevancia constitucional del asunto- se indicó que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado violó abiertamente el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, al proferir la sentencia de 30 de mayo de 2019, por cuanto creó un ámbito de de inmunidad del Estado:

De acuerdo con el razonamiento del Consejo de Estado, en el proceso de toma de posesión y liquidación de una entidad por la Superintendencia de Servicios Públicos, en la medida en que este se desenvuelve a través de actos administrativos, sólo es posible invocar irregularidades referidas a la ilegalidad de estos, no así aquellas relacionadas con las omisiones o la ejecución irregular de tales actos, lo cual conduciría, ni más ni menos, a la creación de un ámbito de la actuación administrativa en el campo de la policía administrativa, inmune al control jurisdiccional, que repugna a un Estado de derecho, como el que rige en nuestro sistema jurídico y que, además, desconoce el tenor literal del artº 90 de la Carta Política, así como la interpretación que de esta norma ha hecho la Corte Constitucional [...]”.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VIII.1. Competencia de la Sala

Esta Sala de Decisión es competente para conocer de la impugnación presentada, a través de apoderado judicial, por las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P.**,

AES Chivor y Cía. S.C.A. E.S.P., Gecelca S.A., Emgesa S.A. E.S.P., Empresas Públicas Medellín E.S.P., Urrá S.A. E.S.P. y Isagén S.A. E.S.P., en contra de la sentencia de 30 de enero de 2020, proferida por la **Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado**, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 del 19 de noviembre de 1991¹⁵, en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015¹⁶, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017¹⁷, y del artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019, que asigna a esta Sección el conocimiento de las acciones de tutela.

VIII.2. Problema Jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada y teniendo en cuenta que corresponde al juez de tutela en segunda instancia verificar si el fallo impugnado carece de fundamento y si debe ser o no revocado¹⁸, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

- a) Si la acción de tutela presentada por las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P., AES Chivor y Cía. S.C.A. E.S.P., Gecelca S.A., Emgesa S.A. E.S.P., Empresas Públicas Medellín E.S.P., Urrá S.A. E.S.P. e Isagén S.A. E.S.P.**, las cuales actúan a través de apoderado judicial, cumple con los requisitos de procedencia de la acción de amparo en contra de providencias judiciales. En caso de resolverse favorablemente tal aspecto, se deberá determinar:
- b) Si la **Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado** vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia de los accionantes, con ocasión de la sentencia de 30 de mayo de 2019, en la cual se revocó el fallo de 21 de mayo de 2008, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, declaró de oficio la indebida escogencia de la acción y negó las pretensiones de la demanda, promovidas en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y del Ministerio de Minas y Energía dentro del proceso de reparación directa con número de radicación 27-001-23-31-000-2004-00699-00.

Con el fin de resolver estos problemas jurídicos, previamente se desarrollarán los siguientes aspectos: **(i)** procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** análisis respecto del cumplimiento de los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial y, posteriormente, y **(iii)** se resolverá el caso concreto.

VIII.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad

En sentencia de 31 de julio de 2012¹⁹, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos

¹⁵ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

¹⁶ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho".

¹⁷ "Por la cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela".

¹⁸ Artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

¹⁹ Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela en contra de decisiones judiciales:

Como **requisitos generales de procedibilidad** fijó: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como **requisitos especiales** de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial²⁰, la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución²¹.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*”²² que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso,

²⁰ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ «**Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.

Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.

Defecto fáctico, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma.

Defecto material o sustantivo, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las partes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.

Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutoria de la providencia judicial.

Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política»

²² Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01, Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Ahora bien, las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P., AES Chivor y Cia. S.C.A. E.S.P., Gecelca S.A., Emgesa S.A. E.S.P., Empresas Públicas Medellín E.S.P., Urrá S.A. E.S.P. e Isagén S.A. E.S.P.**, a través de apoderado judicial, promovieron acción de tutela en contra de la **Subsección B de la Sección Tercera de Consejo de Estado**, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, cuya vulneración atribuyeron a la sentencia de 30 de mayo de 2019, proferida por la autoridad judicial accionada, y en la cual se revocó el fallo de 21 de mayo de 2008, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, para en su lugar exonerar a la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** y al **Ministerio de Minas y Energía** de las peticiones elevadas en el proceso de reparación directa número No. 27-001-23-31-000-2004-00699-00²³, en tanto que se declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción frente a la pretensión principal, y se negaron las demás pretensiones de la demanda, por no encontrarse acreditados los elementos del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por el ejercicio de las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control.

De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

VIII.4.1. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el *sub lite*

Según la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial están asociados a los siguientes aspectos: **i)** que el asunto revista de relevancia constitucional, **ii)** que la acción de amparo sea promovida dentro de un término razonable, **iii)** que el accionante haya agotado previamente todos los medios ordinarios y extraordinarios de los cuales dispone, **iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que la acción no se dirija contra un fallo de tutela. Así las cosas, la Sala procederá a analizar si los mismos se cumplen en el mecanismo de amparo que nos ocupa.

i) Relevancia constitucional del asunto. En cuanto atañe al requisito de procedencia adjetiva concerniente a la **relevancia constitucional**, cabe recordar que este se entiende cumplido cuando se acredita que el asunto gira en torno al

²³ **Demandantes:** Merieléctrica S.A. &Cía. S.C.A., Promotora de Energía Eléctrica de Cartagena & Cía. S.C.A. E.S.P., Termocandelaria S.C.A. E.S.P., Empresa de Energía de Bogotá, Termotasajero S.A. E.S.P., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Chivor S.A. E.S.P., Termocartagena S.A. E.S.P., Termoflores, Empresas Públicas de Medellín, Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. – “EPSA E.S.P.”, Empresa Antioqueña de Energía – “EADE”, Central Hidroeléctrica de Caldas – “CHEC”, DICELE S.A., Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – “ISA”, Transelca S.A. E.S.P., Isagen S.A. E.S.P., Urra S.A. E.S.P., Corelca S.A. E.S.P. y BP Exploration Company Limited (Colombia). **Demandados:** Nación – Ministerio de Minas y Energía y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental²⁴ y **no cuando guarda relación con asuntos de carácter meramente legal** o de contenido económico que deberán ser definidos por otras jurisdicciones²⁵.

Ahora bien, en las acciones de tutela contra providencias judiciales²⁶, el referido requisito se cumple siempre que se evidencie, a primera vista, la posible afectación o vulneración de las garantías constitucionales o núcleo esencial de los derechos fundamentales y se descarte el uso del mecanismo de amparo como una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces²⁷.

Así, en cuanto a la **relevancia constitucional** de una controversia, como uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo, esta Sala de Decisión, mediante sentencia de 12 de marzo de 2020²⁸, sostuvo:

“[...] Por ende, y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, para que exista relevancia constitucional deben concurrir los siguientes elementos: i) que de la carga argumentativa expuesta por el actor se pueda concluir que hay una presunta vulneración de derechos fundamentales y ii) que la discusión planteada en sede de tutela no gire en torno a una inconformidad respecto de la mera legalidad de la decisión atacada o sobre cuestiones de apreciación judicial que no involucre derechos fundamentales [...]”²⁹.

En resumen, se tiene que, de acuerdo con la referida sentencia de 12 de marzo de 2020³⁰, esta Sala de Decisión señaló que un asunto reviste de relevancia constitucional, cuando se presenten tres requisitos: **a)** que los accionantes en el escrito de tutela invoquen la vulneración de un derecho fundamental y lo identifiquen; **b)** que hayan expuesto los motivos por los que consideran que se configuró la vulneración de la garantía constitucional; y **c)** que la discusión planteada en sede de tutela no gire en torno a una inconformidad respecto de la mera legalidad de la

24 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, exp. No. D-5428, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

25 Corte Constitucional, Sentencias SU-439 de 13 de julio de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y T-458 de 29 de agosto de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

26 Donde sin lugar a dudas se exige una carga argumentativa lo suficientemente sólida y consistente para efectos de atacar y/o cuestionar el contenido de una decisión judicial.

27 Corte Constitucional, sentencia de tutela No. T-102 de 16 de febrero de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). En igual sentido, ver sentencias T-075-18, T-451-18, T-422-18 y T-248-18.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, exp. No. 2012-02201-01, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 12 de marzo de 2020, exp. No. 11001-03-15-000-2020-00365-00, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdez.

³⁰ Al respecto también pueden consultarse las sentencias: Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, exp. No. 2012-02201-01, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Al respecto la citada sentencia dice: “[...] La “relevancia constitucional” es un asunto que puede ser desarrollado desde dos puntos de vista: i) para efectos de la revisión eventual realizada por la Corte Constitucional y, ii) como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales para evitar que se convierta en una tercera instancia. El primer elemento dice relación con la carga argumentativa del actor para demostrar en sede de tutela que el asunto es de relevancia constitucional por la afección de sus derechos fundamentales. No basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. A juicio de la Sala, si bien es cierto que el Juez de Tutela debe motivar su decisión, explicando por qué ella es de “relevancia constitucional”, no es menos cierto que el actor tiene la carga de argumentar el por qué su pretensión tiene tal atributo, para que el Juez pueda determinar si se cumple tal requisito, so pena del rechazar o declarar improcedente el amparo constitucional []. El segundo elemento supone que el procedimiento de tutela no puede erigirse en una instancia procesal adicional. En consecuencia, en caso que de la acción de tutela se derive que esa es la pretensión del actor, la decisión será rechazarla o declararla improcedente [...]”.

decisión atacada o sobre cuestiones de apreciación judicial que no involucren derechos fundamentales³¹.

Conforme con lo anterior, procede la Sala analizar si la acción de tutela promovida por las sociedades **Termotasajero S.A. E.S.P.**, **AES Chivor y Cia. S.C.A. E.S.P.**, **Gecelca S.A.**, **Emgesa S.A. E.S.P.**, **Empresas Públicas Medellín E.S.P.**, **Urrá S.A. E.S.P.** e **Isagén S.A. E.S.P.**, cumple con el requisito de relevancia constitucional.

En primer lugar, se destaca que los accionantes en el escrito de tutela estiman que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la sentencia de 30 de mayo de 2019, vulneró las garantías constitucionales al **debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y desconocieron el contenido del artículo 90 de la Constitución Política de 1991**, norma que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado.

Según su entender, esta vulneración fue consecuencia de: **i)** haber declarado la indebida escogencia de la acción frente la pretensión de reparación de los daños causados con ocasión del procedimiento administrativo de toma de posesión, omitiendo, con esto, estudiar de fondo el asunto y cercenando el derecho a la reparación del daño; **ii)** como consecuencia de lo anterior, indican que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado excluyó de la cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrado en el artículo 90 constitucional, las acciones y omisiones en las que incurra la administración como consecuencia de un procedimiento administrativo de toma de posesión; y **iii)** al no aplicar el precedente horizontal de la Corporación en el caso concreto, se desconocieron los derechos a la igualdad y al debido proceso de las sociedades demandantes.

Visto lo anterior, esta Sala de Decisión estima que el asunto puesto a consideración de esta jurisdicción tiene relevancia constitucional, por cuanto se encuentran plenamente acreditados los elementos para que el asunto adquiera relevancia constitucional, en tanto que:

a) Los demandantes identificaron las garantías constitucionales que fueron desconocidas por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como lo son los derechos fundamentales al **debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y desconocieron el contenido del artículo 90 de la Constitución Política de 1991**.

b) Los demandantes no se limitaron a invocar el texto constitucional vulnerado, sino que la presunta vulneración **fue explicada y fundamentada desde la óptica de la protección que la Constitución Política ofrece a estos bienes jurídicos superiores**.

c) La discusión planteada en la acción de amparo no gira en torno a una inconformidad respecto de un asunto de mera legalidad de la decisión atacada, sino que involucran derechos fundamentales.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 8 de octubre de 2015 (C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. núm.: 2015-00283-01); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 3 de noviembre de 2016, (C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. núm.: 2016-002244-00); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 17 de noviembre de 2016 (C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. núm.: 2016-01063-00); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 17 de noviembre de 2016 (C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. núm.: 2016-02862-00); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 9 de febrero de 2017 (C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. núm.: 2016-03249-00).

ii) **Inmediatez.** Frente al requisito atinente a la inmediatez, esta Sala ha precisado que aunque la presentación de la acción de tutela no tiene un plazo estandarizado, como lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional el requisito de inmediatez exige que « [...] **la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.**³² **De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos [...]**»³³.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional y esta Corporación han admitido como razonable el término de 6 meses para interponer la acción de amparo en contra de una providencia judicial, aclarando, por supuesto, que las circunstancias específicas de cada caso indicarán si la acción de tutela fue promovida en un término razonable. En ese sentido, La Corte ha dicho que el juez constitucional debe valorar:

“[...] (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;³⁴ (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición [...]»³⁵.

En la presente oportunidad, la acción de amparo fue interpuesta dentro de un término razonable, por cuanto **la sentencia acusada fue notificada por edicto, el cual fue fijado el 6 de junio de 2019 hasta el 10 de junio de 2019**, y la presente acción de tutela fue promovida el **3 de diciembre de 2019**. Es decir, la acción de tutela fue promovida 5 meses después de la notificación de la decisión atacada.

iii) **Subsidiariedad.** Frente al requisito atinente a la subsidiariedad, esta Sala de Decisión ha indicado que la acción de amparo “es un medio de defensa preferente y sumario, de carácter eminentemente residual, lo que significa que procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

En ese orden de ideas, los accionante tienen la obligación de agotar todos los medios de defensa que prevé el ordenamiento legal para la protección de sus derechos fundamentales (acción, recurso, incidente u otro mecanismo de defensa judicial cualquiera que sea su naturaleza), lo que incluye la interposición, en tiempo, de los recursos que determine la Ley.

Ahora bien, la Sala observa que los accionantes no cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la sentencia censurada, en tanto que este proveído fue proferido por un juez de segunda instancia y, adicionalmente, no resulta procedente el recurso extraordinario de revisión. Asimismo, se ejercieron los recursos ordinarios a su alcance, por lo que resulta se encuentra satisfecho el requisito de **subsidiariedad**.

³² Ver entre otras, Sentencia T-315/05.

³³ Sentencia C-590 de 2005, T-743 de 2008, T-343 de 2012,

³⁴ Sentencia SU-961 de 1999

³⁵ Sentencias T-814 de 2004, T-243 de 2008, T-743 de 2008, T-033 de 2010.

iv) La acción de tutela no está siendo promovida en contra de una sentencia de tutela.

v) Se observa que las partes no alegan una irregularidad procesal.

vi) La providencia judicial contra la cual se promueve la acción de tutela no fue proferida en el trámite de una acción de tutela.

En virtud de lo anterior, la Sala procede a estudiar los requisitos específicos señalados por el actor en la acción constitucional.

VIII.4.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad

En su escrito de tutela, los accionantes señalan que la **Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, al proferir la sentencia de 30 de mayo de 2019, incurrió en los siguientes defectos: **1) defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 86 del CCA y aplicación indebida del numeral 2° del artículo 136 del CCA; 2) defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 148 de la Ley 122 de 1995; y 3) defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.**

La Sala estima conveniente abordar el estudio del caso concreto en el siguiente orden: **i)** estudiará por separado los tres defectos identificados; **ii)** seguidamente, en el estudio de cada defecto se identificarán los argumentos principales expuestos por los accionantes, por los cuales consideran que se configuró el defecto; y **iii)** a continuación, se verificará si, en efecto, en la sentencia cuestionada se cometió el error denunciado.

VIII.4.2.1. Del defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 86 del CCA y aplicación indebida del numeral 2° del artículo 136 del CCA.

En lo concerniente al **defecto sustantivo**³⁶, la jurisprudencia ha establecido que éste se presenta cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, entre otras, “[...] **porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma empleada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador [...]**” (resalta la Sala).

Asimismo, el juez constitucional debe tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política³⁷, los funcionarios judiciales gozan de independencia y autonomía para elegir las normas jurídicas que resultan pertinentes al resolver un caso concreto y determinar el alcance y aplicación de tales normas de derecho, empero, esta función debe desempeñarse con sujeción a la Constitución y a la ley, mediante un ejercicio hermenéutico que fundamente su decisión.

En este contexto, la Corte ha estudiado en numerosas oportunidades los alcances del defecto sustantivo, sobre el cual ha dicho:

³⁶ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-064 de 4 de febrero de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

“[...] El defecto sustantivo como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

(i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,

(i). Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

(ii). Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva [...].³⁸”

Ahora bien, sobre el alcance del defecto sustantivo por indebida aplicación de una norma, la Corte Constitucional, en la sentencia T - 1045 de 2008³⁹, sostuvo:

“[...] Tratándose de la procedencia de la acción de tutela en contra de interpretaciones de preceptos legales, lo primero que la Corte Constitucional ha destacado es la autonomía de los jueces que ampara su labor hermenéutica. Así pues, cuando la interpretación realizada por el juez “se encuentra debidamente sustentada y razonada, no es susceptible de ser cuestionada, ni menos aún de ser calificada como una vía de hecho y, por lo tanto, cuando su decisión sea impugnada porque una de las partes no comparte la interpretación por él efectuada a través del mecanismo extraordinario y excepcional de la tutela ésta será improcedente”, pues el caso es solucionado por quien tiene la competencia para fallarlo y mediante una de las alternativas hermenéuticas plausibles que, al decir de la Corte, constituye “una vía de derecho distinta”.

Sin embargo, la autonomía funcional del juez protege la aplicación razonable del derecho y “no puede convertirse en patente de corso para aplicar cualquier interpretación posible”, ya que “el sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento”. La autonomía judicial no equivale, entonces, “a la libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho”, puesto que “de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 918 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Ch.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1045 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así las cosas, “cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)”, se configura un defecto sustantivo que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, torna procedente la acción de tutela en contra de la decisión judicial.

Nótese que, tratándose de la interpretación de disposiciones legales como causa del defecto sustantivo la jurisprudencia de la Corporación ha identificado dos motivos genéricos. Tratándose del primero de esos motivos tienen una incidencia notable las fallas en la interpretación de la ley aplicable al caso, fallas que han de ser protuberantes para que sea factible predicar que a la ley se le ha otorgado un sentido contraevidente. El segundo de los comentados motivos está caracterizado por una mayor incidencia del desconocimiento de la Constitución, dado que la interpretación de la ley se traduce en defecto sustantivo debido a que en el proceso interpretativo se dejan de tomar en cuenta contenidos superiores que a la luz del caso concreto han debido guiar ese proceso y condicionar su resultado [...].”

Así las cosas, los accionantes señalaron que en la pretensión principal de la demanda de reparación directa solicitaron la declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de “(...) **las actuaciones irregulares en que incurrieron en el proceso de toma de posesión y liquidación de la Electrificadora del Chocó S.A. E.S.P., (...) las cuales impidieron que se pagara la energía eléctrica entregada por las demandantes, y los cargos de transporte del (...) y, además, por la falta de vigilancia y control, entre otros hechos o acciones, omisiones y operaciones administrativas realizadas por las entidades demandadas (...).**”

En este orden de ideas, los accionantes aducen que la autoridad judicial accionada se abstuvo de emitir pronunciamiento en relación con la pretensión principal de la demanda de reparación directa, ignorando que el daño padecido tuvo su origen en:

a) Las actuaciones irregulares en las que incurrieron los demandados en el proceso de toma de la posesión y liquidación de la Electrificadora del Chocó – Electrochocó. En ese sentido, indicaron que la Superintendencia y el Ministerio: “(...) **impidieron que se pagara la energía eléctrica entregada por los demandantes, y los cargos del transporte del Sistema de Transporte Nacional STN, Sistema de Transmisión Regional, STR, así como los cargos regulados por los servicios prestados por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, y el Liquidador del Intercambios Comerciales, LAC, ante la imposibilidad material, económica y jurídica que tenía de atender sus obligaciones, toda vez que no se preservó la integridad de la prenda de los acreedores (...)**”⁴⁰.

Así las cosas, afirman que el error de la autoridad judicial demandada consistió en aseverar que “(...) **el daño alegado se produjo en el procedimiento de liquidación llevado a cabo por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el cual se profririeron actos administrativos, [por lo que] la acción que ha debido instaurarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho: se observa que, el procedimiento que acá interesa, concluyó con una decisión final, como se constató con la Resolución N° 10871 de 26 de julio de 2002 , que ordenó la**

⁴⁰ *Ibíd.*, folio 16.

liquidación de Electrochocó, de acuerdo con el tipo de toma de posesión (...)⁴¹”.

La parte actora considera que, a pesar de que en el procedimiento administrativo de toma de posesión de bienes y haberes, se expiden actos administrativos cuyo control se realiza a través de la acción de nulidad y restablecimiento, lo cierto es que en la demanda promovida por los demandantes no se cuestionó la legalidad de dichos actos “(...) **sino la indebida ejecución de estos, así como otras omisiones, las cuales solo pueden ser atacadas a través de la acción de reparación directa** (...)”⁴².

En criterio de los accionantes, en los fundamentos de derecho de la demanda ordinaria se señalaron distintas “**irregularidades**”, cuyo control solo puede realizarse a través de la acción de reparación directa, las que describen de la siguiente manera:

1. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al ordenar la toma de posesión de Electrochocó, mediante la Resolución No. 002084 de 1998, “**señaló que ésta tenía por objeto la liquidación de los bienes, negocios y haberes de la misma (...); sin embargo, ello no ocurrió así y, por el contrario, se administró la empresa en forma temporal, con agentes especiales (...)**”.
2. La Superintendencia omitió celebrar el contrato de fiducia consagrado en el artículo 60 de la Ley 142 de 1994 y en la Resolución No. 002084 de 1998, expedida por la misma entidad.
3. La Superintendencia desconoció la normatividad aplicable, toda vez que la administración de la empresa liquidada, Electrochocó E.S.P., debía realizarse de forma temporal, sin exceder el término de dos años; sin embargo, en este caso la administración se prolongó por más de cuatro años.

b) La falta de vigilancia y control por las entidades demandadas. Los accionantes señalaron que el cuestionamiento puesto en conocimiento del juez contencioso consistía en que “(...) **no se efectuó una vigilancia y control adecuado sobre los estados financieros de ELECTROCHOCÓ, por cuanto, a pesar de que en estos aparecía que la empresa contaba con infraestructura propia en el trámite del proceso de liquidación se concluyó que estos pertenecían al Instituto de Planificación Energética (IPSE), y fueron trasladados a la empresa Distribuidora del Pacífico (DISPAC), lo cual no solo vulneró la buena fe y la confianza legítima de las empresas demandantes, como acreedoras de ELECTROCHOCÓ, sino que, además, afectó la prenda general de los acreedores, al ser insuficientes los bienes para el pago de las acreencias** (...)”.

Así las cosas, los accionantes manifiestan que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado omitió estudiar “(...) **la pretensión principal formulada en la demanda en relación con los hechos y omisiones imputables a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, (...), [los cuales fueron] precisados en el alegato de conclusión, (...), [pieza procesal] fue ignorada** (...)”⁴³.

Por lo anterior, la parte actora indica que la autoridad judicial accionada debió realizar una interpretación armónica y sistemática de las pretensiones de la demanda, de los fundamentos de derecho de la misma y de los alegatos de

⁴¹ *Ibíd.*, folio 18.

⁴² *Ibíd.*, folio 18.

⁴³ *Ibíd.*, folio 21.

conclusión, en los cuales se precisaron las acciones y omisiones cometidas por la Superintendencia Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control de la Electrificadora del Chocó – Electrochocó, los cuáles consistieron en:

1. Omitir adoptar las medidas encaminadas a garantizar información completa y veraz de ELECTROCHOCÓ.
2. Omitir expedir las medidas preventivas, oportunas y eficaces, ante el incumplimiento de los indicadores de gestión de ELECTROCHOCÓ.
3. Omitir ejercer la facultad de inspección de ELECTROCHOCÓ.
4. Omitir evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de ELECTROCHOCÓ.
5. Omitir imponer sanciones a quienes violaron las normas a las que deben estar sujetas.
6. Omitir formular observaciones sobre los estados financieros y contables de ELECTROCHOCÓ.
7. Omitir tomar posesión de ELECTROCHOCÓ oportunamente.

En resumen, la Sala destaca que los accionantes exponen, como fundamento del defecto sustantivo, las dos conclusiones a las que arribó el juez contencioso en la sentencia de 30 de mayo de 2019, las cuales deben ser diferenciadas y analizadas por separado: **i)** por una parte, sostienen que ellos nunca atacaron la legalidad de los actos administrativos, sino las **“actuaciones irregulares”** que se depredieron como consecuencia de estos, por lo cual, estiman que el error del juez consistió en creer que estas actuaciones no podían ser demandadas a través de la acción de reparación directa, sino de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y **ii)**, por otra parte, aseveraron que el juez contencioso omitió analizar la responsabilidad de la Superintendencia como consecuencia del ejercicio irregular de las funciones de inspección, vigilancia y control.

Según el criterio de los accionantes, estos yerros hicieron que se realizara una interpretación errónea del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y una aplicación indebida del numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, normas cuyo tenor literal es el siguiente:

*“[...] **Artículo 86. Acción de reparación directa.** La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.*

(...)

Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]”.

Bajo el entendido anterior, procede esta Sala de Decisión a analizar los señalamientos en cuestión.

VIII.4.2.1.1 En primer lugar, la Sala advierte que, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo, mediante la sentencia de 30 de mayo de 2019, estudió el recurso de apelación promovido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en contra de la sentencia de 21 de mayo de 2008, a través de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en tal sentido estimó que la acción de reparación directa era el medio idóneo para ventilar la discusión planteada por los demandantes; asimismo, condenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al pago de la suma de **\$60.506.350.590**, por cuanto encontró acreditados los elementos de la responsabilidad del Estado⁴⁴.

En su recurso de apelación, la Superintendencia sostuvo que la acción de reparación directa no era el medio idóneo para reclamar los perjuicios que el actor consideraba como infringidos, en tanto que las “*acciones*” consideradas como causantes del daño eran “*actos administrativos*”, por lo que, en realidad, el actor estaba cuestionando la legalidad de los actos y, en razón a ello, la acción judicial pertinente para tal fin era la nulidad y restablecimiento del derecho, la cual había caducado para el momento en el que se interpuso la demanda de reparación directa, por cuanto habían transcurrido más de los cuatro meses dispuestos por el legislador.

En ese sentido, resaltó que los actores estaban utilizando, hábilmente, el medio de control de reparación directa porque habían dejado caducar la acción de nulidad y restablecimiento.

Frente a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo señaló en la providencia cuestionada, que existían dos figuras jurídicas a saber, **operación administrativa y procedimiento administrativo**, las cuales, a su juicio, fueron confundidas por la parte demandante y por el Tribunal Administrativo del Chocó.

En tal sentido, la providencia judicial en cuestión indicó:

“[...] 63. Resulta relevante el análisis de la procedencia de la acción de reparación directa en el caso concreto, puesto que fue uno de los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la SSPD, en el que se afirmó que la acción procedente era la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al considerar que, luego de analizar el origen del perjuicio, las actuaciones de la entidad demandada se soportaron en actos administrativos, aunado al hecho que en la

⁴⁴ El Tribunal Administrativo del Chocó sostuvo en su sentencia que se encontraban acreditados los elementos de la responsabilidad por cuanto se encontraba acreditado:

1) Que existía un daño antijurídico consistente en la deuda de \$60.506.350.590, reconocida por el Gerente Liquidador de Electrochocó en la Resolución No. 8 de 22 de mayo de 2003.

2) Que existía una relación causal, en tanto que “la SSPD vulneró el artículo 60 de la Ley 142 de 1994 y lo dispuesto en la Resolución N° 2084 de 1998, al no haber celebrado el contrato de fiducia para la administración de la Electrificadora del Chocó”, por lo que “esta entidad se convirtió en “operador de hecho”, con las obligaciones de garantizar la prestación del servicio y, las de inspección, vigilancia y control”.

Por otra parte, también dijo “que la demandada omitió cumplir con el deber de vigilancia sobre la información de los activos de Electrochocó”, los cuales terminaron bajo propiedad del IPSE, y, en esa medida, “se vulneró la confianza de los participantes del mercado, al haber mostrado a la Electrificadora del Chocó como una empresa con infraestructura y bienes propios, circunstancia que cambió durante el proceso cuando se estableció que los bienes y la infraestructura pertenecían a otra persona jurídica”.

3) Que existía un título de imputación, en tanto que la Superintendencia creó un “riesgo excepcional” para las empresas demandantes, al no celebrar un contrato de fiducia para la administración de Electrochocó.

demanda se cuestionó la legalidad de varios de esos actos administrativos. Por el contrario, el apoderado de las empresas demandantes, sostuvo que el daño fue producto de una operación administrativa, en la medida en que en el proceso confluyeron actos, hechos y omisiones, que terminaron con la toma de posesión de Electrochocó, lo que condujo al deterioro e insolvencia de esta empresa.

(...)

66. Un análisis de la figura de la operación administrativa, pone de presente que, desde sus inicios, la jurisdicción de lo contencioso administrativo – Leyes 130 de 1913 y 6 de 1914 – tenía como objeto el acto administrativo; con la expedición de la Ley 167 de 1941 “Sobre la organización de la jurisdicción contencioso administrativa”, se estableció la necesidad de indemnizar daños derivados del actuar administrativo que no solo provenían de actos administrativos y, aunque se mantuvo la lógica del acto administrativo como el instrumento por excelencia de este tipo de actuación, se hizo alusión a hechos y operaciones administrativas .

(...)

68. De esta manera y, a pesar del desatinado nacimiento de la figura de **la operación administrativa**, como una respuesta a una necesidad procesal, que se justificó principalmente en la dificultad para determinar, en casos complejos, si el daño era producto de un acto o un hecho administrativo, para efectos de determinar la acción procedente, se consolidó esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano. **De especial importancia es determinar el alcance de la operación administrativa como generadora de un supuesto daño, para efectos de analizar la responsabilidad del Estado, pues la operación comprende las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que puedan considerarse desligadas de estas en su alcance o contenido y, esto es así, porque es el acto administrativo el que delimita los poderes de ejecución de la decisión que se pretende materializar con la operación administrativa.**

(...)

70. **Sin embargo, no puede confundirse la operación administrativa con un procedimiento administrativo. Por este último, debe entenderse el conjunto de actuaciones de la Administración que buscan un resultado, que, por regla general, se materializa en un acto administrativo, en el marco del cual pueden converger otros actos.**

71. **En el caso objeto de análisis basta revisar la naturaleza y características del procedimiento de toma de posesión, para constatar que este no constituyó una operación administrativa, sino, un claro evento de un procedimiento administrativo.** Lo anterior, de la mano con una interpretación sistemática de la norma que consagra el procedimiento de toma de posesión, esto es, el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, que se encuentra dentro del título VII “ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS”,

disposición legal que, a su vez, remite al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en todo lo no regulado por esa ley.

(...)

74. **Para esta Sala resulta evidente entonces, que, en el caso concreto antes de apreciarse una operación administrativa, lo que se produjo fue un procedimiento administrativo, no solo por la denominación legal que a él se le atribuye, según se indicó, sino por la naturaleza y características de un procedimiento liquidatorio.** Además de lo anterior, debe aclararse que, del análisis integral de la demanda, esto es, de las pretensiones y los hechos en ella contenidos, se observa que en la pretensión principal **se acusó a las entidades demandadas de incurrir en “actuaciones irregulares” y, en los hechos, se atacó en varias oportunidades la legalidad de actos administrativos proferidos dentro del proceso de toma de posesión.**

75. **En conclusión, esta Sala encuentra que el daño que se pretendió que fuera reparado, desde la óptica de la SSPD como administradora de Electrochocó, tuvo origen en un procedimiento administrativo, que se surtió mediante la expedición de actos administrativos, cuya legalidad se cuestionó en la demanda. Razón por la cual la acción procedente era la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no la de Reparación Directa, por lo anterior, no puede esta Sala pronunciarse sobre la faceta de la SSPD como administradora de Electrochocó, por tratarse de una indebida escogencia de la acción.**

De acuerdo con el texto transcrito, la autoridad judicial advirtió que se encontraba en presencia de un **procedimiento administrativo**, mas no de una operación administrativa y, debido a ello, la reparación directa no era la acción idónea para controlar las actuaciones desplegadas por la Superintendencia en “*su calidad de administradora de la empresa intervenida*”, sino que para tal efecto los accionantes contaban con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual, concluyeron, no fue utilizada porque dejaron caducar el medio de control.

Así las cosas, el juez contencioso concluyó que en el interior del proceso de reparación directa no se podía estudiar la legalidad del acto administrativo, en tanto que su competencia se encontraba atada al análisis de la configuración de los elementos de la responsabilidad estatal bajo los presupuestos establecidos en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. En ese sentido, debía partirse del principio de “*presunción de legalidad de los actos administrativos*”, lo cual impedía estudiar los argumentos expuestos por el accionante, relativos a la ilegalidad del procedimiento administrativo de la toma de posesión, en tanto que la acción utilizada había sido la reparación directa y no la nulidad y restablecimiento del derecho.

VIII.4.2.1.2 Esta Sala de Decisión considera pertinente poner de presente el alcance de los conceptos de “**operación administrativa**” y “**procedimiento administrativo**”, figuras jurídicas que han sido estudiadas reiteradamente por la jurisdicción contenciosa, para posteriormente analizar si el accionado incurrió en los yerros indicados por los accionantes y, como consecuencia de ello, determinar si se configuró el defecto sustantivo por vulneración al derecho al debido proceso por aplicación indebida del numeral 2° del artículo 136 del CCA e interpretación errónea del artículo 86 del mismo cuerpo normativo.

En ese sentido, se tiene que, el concepto y alcance de las **operaciones administrativas**⁴⁵ ha sido un tópico frecuente al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa, definiendo “(...) **la operación administrativa [como] comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquellas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos (...)**”.

A partir de lo anterior, esta Corporación ha sostenido que la responsabilidad del Estado:

*“[...] nace o de los actos (incluidos aquí los contratos) o de los hechos, omisiones u **operaciones administrativas**; y ha concluido que **cuando la lesión la produce el acto ilegal la acción será de restablecimiento** (nulidad y restablecimiento en la terminología del decreto 2304 de 1989); contractual cuando el perjuicio se derive del contrato; y **de reparación directa cuando el daño sea causado por un hecho, una omisión o una operación administrativa.**”*

Asimismo ha insistido la jurisprudencia que no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio (...)

*La diferenciación de las distintas acciones se presenta clara en la mayoría de los casos. **Pero se dan hipótesis en las cuales esa diferencia nítida no se observa, como puede suceder cuando el perjuicio alegado es producto de una operación administrativa en la que normalmente se conjugan actos, hechos de ejecución u omisiones**; o cuando la lesión la produce el acto administrativo, pese a estar ajustado al ordenamiento.*

(...)

*En otras palabras, **en la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquellas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos.***

*Pero es claro, no se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino atacarla, la acción deberá ser de restablecimiento; **cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su***

⁴⁵ Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en el auto de 22 de julio de 1955 señaló: “(...) **Operación administrativa.** En sentido genérico se entiende bajo este rubro un acto administrativo complejo, de cualquier clase; pero en el que le da la misma disposición -el artículo 68-, es decir, en el de operación material administrativa, se comprende como tal las medidas de preparación o hechos de ejecución, ambos necesarios en la vida administrativa para la existencia del acto administrativo propiamente dicho, llevados a cabo dentro de un reglamento previamente establecido por la ley. Por esta razón ha dicho el Consejo: “....cuando hay operación administrativa no puede haber vía de hecho, puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo; el segundo arbitrario y hasta violento, y, por lo mismo, censurable. Consecuencia recta es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí en cambio causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o productos de la necesidad de obrar, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido”. (Sentencia, 29 de julio de 1.947, Anales 357/361, página 448) (...)”.

cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

La responsabilidad por la operación administrativa, concebida ésta como el conjunto de actuaciones cumplida dentro de un procedimiento administrativo dado que culmina irregularmente no culmina (sic), no es nueva en la jurisprudencia de la Sala, así, se ha condenado al Incora vbgr, por procedimientos de adquisición de bienes particulares con fines agrarios que resultan fallidos en perjuicio de éstos [...]⁴⁶.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo Estado⁴⁷, en la sentencia de del 11 de febrero de 2009, interpretando el contenido del artículo 86 del CCA, sostuvo:

“[...] es claro (...) que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

(...) En el caso sub-judice la demanda permite concluir que la operación administrativa, señala como la causa de los perjuicios, hay que analizarla en su conjunto; vale decir, con sus actos de trámite y definitorios, vigentes unos, derogados otros, sus medidas de ejecución y sus abstenciones [...]⁴⁸.

A partir de las sentencias anteriores, se puede concluir que esta Corporación ha fijado una regla para determinar cuál es la acción procedente para reclamar los perjuicios causados como consecuencia de un acto administrativo. En ese sentido, se tiene que **el origen del daño** indica la acción procesal idónea para reclamar la reparación del mismo; de tal forma que si el daño es consecuencia de la ilegalidad del acto administrativo, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho y, por su parte, si el daño es consecuencia de la ejecución arbitraria

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 17 de agosto de 1995. Rad. No. 7095. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁷ Al respecto ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de mayo de 2015. Rad. No. 76001-23-31-000-2004-01078-01(35989). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de diciembre de 2019. Rad. No. 76001-23-31-000-2012-00484-01 (50612). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de noviembre de 2019. Rad. 50001-23-31-000-2009-00435-01(46315). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Rad. 70001-23-31-000-1999-01916-01 (22678). C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Rad. 25000-23-26-000-1992-07963-01(15036). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

del acto administrativo, la acción idónea para reclamar su resarcimiento es la reparación directa.

Ahora bien, el procedimiento administrativo de **toma de posesión**, consagrado así en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y en el Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es una medida cuyo propósito central es “(...) *establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones (...)*”.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que la **toma de posesión** es una medida de **intervención extrema** del Estado en la economía, fundamentada en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política, en la cual la “*Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en que se encuentre la empresa*”; esta medida de intervención está “*orientada al cumplimiento de los fines sociales propios de los servicios públicos domiciliarios (...) para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios*”⁴⁹.

En ese orden de ideas, la Corte ha indicado que esta medida de intervención tiene dos finalidades:

“[...] **(i)** para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59,60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y **ii)** para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes [...]”⁵⁰.

Ahora bien, el proceso de **toma de la posesión** se encuentra reglado en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y, por remisión expresa del legislador, en el Decreto Ley 663 de 1993, cuyo artículo 290 indica: “[p]or las disposiciones de esta parte se regirá **el procedimiento administrativo de toma de posesión** de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia”.

De manera que resulta claro que la **toma posesión** es un **procedimiento administrativo**, por cuanto así es definido en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994⁵¹ y en el Decreto Ley 663 de 1993. Por lo anterior, este procedimiento no se

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 895 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 895 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

⁵¹ La norma en cuestión señala: “**Artículo 121. Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las Empresas de Servicios Públicos.** La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo (...)”.

agota en una sola decisión, sino que comprende un conjunto de decisiones que concluyen en un **acto definitivo**, el cual fue la Resolución N° 10871 de 26 de julio de 2002, a través de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó la liquidación de **Electrochocó**, y este acto administrativo es controlado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los párrafos 74 y 75 de la decisión cuestionada, sostiene:

“[...] 74. Para esta Sala resulta evidente entonces, que, en el caso concreto antes de apreciarse una operación administrativa, lo que se produjo fue un procedimiento administrativo, no solo por la denominación legal que a él se le atribuye, según se indicó, sino por la naturaleza y características de un procedimiento liquidatorio. Además de lo anterior, debe aclararse que, del análisis integral de la demanda, esto es, de las pretensiones y los hechos en ella contenidos, se observa que en la pretensión principal se acusó a las entidades demandadas de incurrir en “actuaciones irregulares” y, en los hechos, se atacó en varias oportunidades la legalidad de actos administrativos proferidos dentro del proceso de toma de posesión.

75. En conclusión, esta Sala encuentra que el daño que se pretendió que fuera reparado, desde la óptica de la SSPD como administradora de Electrochocó, tuvo origen en un procedimiento administrativo, que se surtió mediante la expedición de actos administrativos, cuya legalidad se cuestionó en la demanda. Razón por la cual la acción procedente era la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no la de Reparación Directa, por lo anterior, no puede esta Sala pronunciarse sobre la faceta de la SSPD como administradora de Electrochocó, por tratarse de una indebida escogencia de la acción el daño que se pretendió que fuera reparado, desde la óptica de la SSPD como administradora de Electrochocó, tuvo origen en un procedimiento administrativo, que se surtió mediante la expedición de actos administrativos, cuya legalidad se cuestionó en la demanda [...]”.

Ahora bien, esta Sala de Decisión evidencia que, en efecto, las irregularidades señaladas por los accionantes, en caso de ser ciertas, podrían afectar la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del procedimiento de toma de la posesión, por lo que, inevitablemente, debieron ser alegadas en el trámite de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese sentido, se advierte que las presuntas “irregularidades” que los accionantes endilgan a la Superintendencia, la cuales consistieron en:

1. Ordenar la toma de posesión de la sociedad Electrochocó, mediante la Resolución No. 002084 de 1998, y no liquidar los bienes de esta sociedad “eficientemente”.
2. Haber omitido celebrar el contrato de fiducia consagrado en el artículo 60 de la Ley 142 de 1994.
3. Y haber desconocido la normatividad aplicable, en tanto que la administración “temporal” de la empresa liquidada, Electrochocó E.S.P., se extendió por cuatro años.

Hicieron parte del procedimiento administrativo de toma de la posesión y debían ser alegadas como fundamento de la nulidad de la resolución que puso fin al proceso liquidatorio de la entidad, por lo que en efecto se estima que no era posible que a través de la reparación directa se realizara el análisis de legalidad que implicaban los cargos que los actores sostuvieron en la demanda de reparación directa.

Por otra parte, también se destaca que el juez contencioso no solo se limitó a poner en evidencia la indebida escogencia de la acción, sino que adecuó los cargos señalados por el accionante a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, en estudio de esta acción advirtió que la misma se encontraba caducada, en tanto que habían transcurrido más de cuatro meses desde la expedición y notificación de la Resolución N° 8 de 22 de mayo de 2002, modificada por la Resolución N° 21 de 8 de noviembre de 2003, momento a partir del cual, *“(...) la parte actora [tenía] certeza sobre el daño, en la medida en que ya se conocían lo relativo a los inventarios y la consolidación de la masa de bienes (...).*

En ese sentido, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó:

“[...] 84. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 23 de julio de 2004 y, que el término de 4 meses consagrados en la norma para el ejercicio de la acción comenzó a correr el 8 de noviembre de 2003, la acción se presentó fuera del término legalmente establecido. Así, se reitera que, inclusive en el evento de analizar las pretensiones relacionadas con esta faceta, desde la óptica de la nulidad y restablecimiento del derecho, dicha acción se encontraba caducada [...]”.

A partir de lo anterior, esta Sala de Decisión considera que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó una interpretación razonable del artículo 86 del CCA y aplicó adecuadamente el numeral 2° del artículo 136 del CCA, en tanto que advirtió *“del análisis integral de la demanda, esto es, de las pretensiones y los hechos en ella contenidos, se observa que en la pretensión principal se acusó a las entidades demandadas de incurrir en “actuaciones irregulares” y, en los hechos, se atacó en varias oportunidades la legalidad de actos administrativos proferidos dentro del proceso de toma de posesión”.*

En este punto, la Sala reitera que la premisa frente a la cual el juez constitucional estudia la configuración del defecto sustantivo por interpretación errónea de una norma se limita a evidenciar que quien profirió la decisión judicial cuestionada **no haya realizado una interpretación contraevidente (*interpretación contra legem*) de la regla de derecho llamada a resolver el caso concreto, de tal forma que la interpretación y aplicación de la norma resulte inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente y claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes.** Este límite encuentra fundamento en los artículos 228⁵² y 230⁵³ de la carta magna, al tiempo que la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa han reconocido que:

⁵² **Artículo 228.** La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo

⁵³ **Artículo 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

*“[...] los funcionarios judiciales tienen independencia y **autonomía** para elegir las normas jurídicas pertinentes a un caso concreto y determinar su forma de aplicación, pero, en todos los casos, con sujeción a la Constitución y la ley vigente en el ejercicio hermenéutico que sustente sus decisiones judiciales, en el cual, con fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política, también concurrirá la interpretación que por vía de autoridad hayan fijado, dentro del ámbito específico y concreto de sus competencias, los órganos de cierre de cada jurisdicción, entiéndase el Consejo de Estado en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, La Corte Suprema de Justicia en la Jurisdicción Ordinaria y la Corte Constitucional, en la jurisdicción Constitucional [...]”⁵⁴.*

En este sentido, nuestra Constitución organiza un esquema de sistema de fuentes formales al que está sometido el funcionario judicial para la toma de sus decisiones, en los que establece como principios constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional la **independencia** y la **autonomía judicial**.

Así las cosas, la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU – 573 de 2017, reconoce que, en especiales circunstancias, se puede configurar un **defecto sustantivo por interpretación normativa** cuando:

“[...] (a) la interpretación o aplicación, prima facie, no se encuentra dentro del margen de razonabilidad o proporcionalidad; (b) es adaptada una disposición de forma contraevidente o contra legem; (c) es evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes, a pesar de la legitimidad de que estos gocen; (d) es manifiestamente errada y desatiende los parámetros de juridicidad y aceptabilidad; (e) resulta injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; o (f) cuando dejan de aplicarse normas constitucionales o legales pertinentes.

Según la jurisprudencia, no cualquier interpretación o aplicación puede considerarse un defecto sustantivo. El error judicial debe ser ostentoso, arbitrario y caprichoso, en desconocimiento de lineamientos constitucionales y legales pertinentes. Lo anterior debido a que el juez constitucional no debe ni puede definir la forma en que el juez ordinario tiene que decidir, “pues pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto que [también] son admisibles [y] compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales”.

Así las cosas, el defecto sustantivo se configura cuando el juez “en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda la Constitución o la ley en desconocimiento de los principios, derechos y deberes superiores”. Lo cual puede ocurrir, entre otros, por la errónea interpretación o aplicación de la norma. Como puede suceder, por ejemplo, cuando se desborda el contenido de la norma y se imponen mayores barreras a las exigidas por el legislador para conceder el derecho o se desconocen normas que debían aplicarse [...]”.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia de 18 de octubre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-03252-01(AC). C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdez.

Por otra parte, cuando se alega que la decisión judicial que presuntamente incurrió en estos defectos fue proferida por un órgano jurisdiccional de cierre, como son la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado; la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU – 573 de 2017, señaló que **su procedencia es más restrictiva** por cuanto “(...) *solo tiene caída cuando la decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos, los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aún cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso (...)*”.

Conforme con lo anterior, esta Sección encuentra que la accionada efectuó una interpretación y aplicación razonable de los artículos 86 y 136 del CCA del CCA, por lo que no se configura el presupuesto de este defecto, consistente en que la interpretación realizada por el juez ordinario debe ser **“ostentosa, arbitraria y caprichosa, en desconocimiento de los lineamientos constitucionales y legales pertinentes”**, y, adicionalmente, al ser una alta corporación quien profirió la decisión judicial, este error debe **“reñir de manera abierta con la Constitución y ser incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de los derechos fundamentales”**; en tal sentido, el juez de tutela a pesar de **“tener una percepción diferente del caso”** debe respetar y aceptar las valoraciones probatorias e interpretaciones que realiza el órgano de cierre en su respectiva jurisdicción.

De manera que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas realizada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado se encuentra amparada por los principios de **autonomía e independencia judicial**, en tanto que el juez contencioso, a partir de las circunstancias fácticas del caso concreto, adoptó una interpretación constitucionalmente permitida de la norma, en razón a que la presunta responsabilidad de la Superintendencia, en su calidad de administradora de **Electrochocó**, se deriva de un procedimiento administrativo, cuya legalidad fue puesta en duda por los accionantes al señalar que la entidad demandada en el proceso ordinario omitió: **i)** celebrar el contrato de fiducia; **ii)** administrar por más de cuatro años la empresa de servicios públicos, y **iii)** administrar ineficientemente la entidad intervenida; contrariando con todo esto, el contenido del artículo 60 de la Ley 142 de 1994, norma que regula el procedimiento administrativo de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Así las cosas, esta Sala de Decisión no evidencia que la interpretación realizada por el accionado haya sido *contra legem*, por lo que se concluye que no se configuró el defecto sustantivo señalado por los accionantes frente al cargo estudiado.

VIII.4.2.1.3. Frente al segundo señalamiento realizado por los accionantes, en el cual aseveraron que **el juez contencioso omitió analizar la responsabilidad de la Superintendencia como consecuencia del ejercicio irregular de las funciones de inspección, vigilancia y control**, a pesar de haber sido identificadas en las pretensiones de la demanda, en los fundamentos de derecho de la misma y en los alegatos de conclusión.

La Sala advierte que, contrario a lo sostenido por los accionantes, en la sentencia de 30 de mayo de 2019 sí se analizó la responsabilidad del Estado por este hecho, como se puede observar en los siguientes apartes de la sentencia:

56. La Sala observa que la declaratoria de responsabilidad por los daños que pretendió la parte actora, se dirigió en contra de las demandadas, **con fundamento en una actuación administrativa irregular y que, de las pretensiones y los hechos narrados, se advierten distintas situaciones que confluyeron como posibles causas del daño.** Así, para brindar la mayor claridad posible en el desarrollo del juicio de responsabilidad, es necesario identificar cada una de estas causas de manera concreta.

(...)

58. Así, se observa que una es la faceta de la SSPD, en ejercicio de sus facultades constitucional y legalmente asignadas, dirigidas a controlar y vigilar el sector de los servicios públicos domiciliarios, que incorpora lo referente al sector de energía eléctrica; y otra faceta es la relacionada con las actuaciones de la SSPD como administradora de la empresa, calidad que se derivó de la toma de posesión de Electrochocó, convirtiéndose en un verdadero prestador del servicio público de energía eléctrica. En el caso concreto la delimitación temporal de estas dos calidades resulta evidente con la Resolución por medio de la cual tomó posesión de Electrochocó, pues este es el punto de quiebre entre la SSPD como controladora y, la SSPD como prestadora del servicio público de energía.

(...)

135. (...) resulta evidente que, si la garantía de derechos es un aspecto fundamental de la policía administrativa, su negligente desarrollo puede ocasionar daños que podrían ser imputables al Estado. Así, es importante señalar que estos daños pueden generarse por acción u omisión de los agentes estatales, que tienen asignadas las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control, de conformidad con el caso objeto de estudio.

(...)

143. Lo anterior implica los fundamentos para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a estos eventos, que no puede ser otro que el de naturaleza subjetiva, esto es, el de la falla del servicio, es decir, el incumplimiento de sus deberes de regulación, inspección, vigilancia y control, para el caso concreto, aunado a que la principal acusación hecha en la demanda se refirió a “actuaciones irregulares” de las entidades demandadas, irregularidad que, de demostrarse en el proceso, sería constitutiva de una falla del servicio.

(...)

147. Así, al ser decisiones de carácter técnico las que tienen que ver con las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control, por la naturaleza misma de la actividad y del sector que se regula y controla, estas solo pueden analizarse por el juez de la responsabilidad desde la óptica de la falla del servicio; además, y en virtud de la mencionada discrecionalidad técnica, el análisis deberá ser respecto de la oportunidad y pertinencia de las decisiones y no desde su contenido, pues lo anterior sería desconocer la esencia misma de la discrecionalidad administrativa, bajo la premisa, siempre, de la legalidad del abanico de posibilidades que ofrece la discrecionalidad.

Con fundamento en las premisas anteriores, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

*“[...] en relación con la faceta de controlador de la SSPD, se pone de presente que si bien el apoderado de la parte actora no especificó en qué consistió la falla o actuación irregular de esta entidad en su faceta de controladora, esta Sala, en virtud del principio iura novit curia analizará las pruebas que obran al respecto, para efectos de determinar si se acreditó, o no, la falla del servicio que debe estar presente para efectos de imputar responsabilidad al Estado, como ya se explicó [...]; ahora bien, de los hechos narrados en la demanda se desprende idéntica conclusión, y que, como se acreditó en el la faceta de regulador del Ministerio de Minas y Energía, entre 1997 y 1998 la Nación capitalizó de manera reiterada las empresas del sector eléctrico, entre ellas, Electrochocó, cuando la situación financiera resultó verdaderamente crítica, en documento de 17 de febrero de 1998 - “Toma de Posesión para liquidación de la ELECTRIFICADO DEL CHOCÓ S.A. E.S.P.”- la Superintendencia solicitó al regulador, de conformidad con el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, su concepto para tomar posesión de la empresa, es decir, en menos de 1 año desde el momento en el que se evidenció la situación financiera, término que resulta razonable, la solicitud fue aceptada mediante acta del mismo día y, ratificada en el oficio MMECREG-492 de 9 de marzo de 1998, mediante el cual el Ministro de Minas y Energía y el Director Ejecutivo de la CREG emitieron concepto favorable para la toma de posesión de Electrochocó, dirigido al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios (...) por lo anterior, **resulta evidente que la SSPD actuó de manera diligente y oportuna ante la difícil situación que atravesaba la Electrificadora del Chocó, aunado a la inactividad probatoria de la parte demandante sobre este aspecto, el daño no resulta imputable a la entidad demandada en su faceta de controlador, por tratarse de actuaciones previas a la toma de posesión de la empresa [...]**”.*

Como se puede observar, no es cierto que la autoridad judicial accionada haya omitido el análisis de la responsabilidad patrimonial de la Superintendencia, porque evidentemente sí se estudió de fondo el asunto, a pesar de que los demandantes no precisaron **en la demanda** los fundamentos por los cuales consideraron que el órgano de inspección y vigilancia había incurrido en una falla del servicio.

En ese sentido, la Sala resalta que, solo en sede de alegatos, fue que los demandantes precisaron en qué consistían las omisiones endilgadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el marco de las funciones de inspección vigilancia y control; momento procesal en el cual indicaron que las mismas consistieron en: **“i) no adoptar las medidas encaminadas a garantizar información completa y veraz de ELECTROCHOCÓ, ii) no expedir las medidas preventivas, oportunas y eficaces, ante el incumplimiento de los indicadores de gestión de ELECTROCHOCÓ, iii) no ejercer la facultad de inspección de ELECTROCHOCÓ, iv) no evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de ELECTROCHOCÓ, v) no imponer sanciones a quienes violaron las normas a las que deben estar sujetas, vi) no formular observaciones sobre los estados financieros y contables de ELECTROCHOCÓ, y vii) no tomar posesión de ELECTROCHOCÓ oportunamente”**; lo anterior, sin indicar cómo se materializaron estas omisiones en el caso concreto.

Ahora bien, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estudiar de fondo el asunto en la sentencia atacada, señaló lo siguiente:

i) Las actividades de inspección, vigilancia y control hacen parte de las funciones de policía administrativa, cuya finalidad es “(...) *la preservación del orden público, a través de la concreción de reglas y actos materiales, que en las más de las veces presuponen la limitación de derechos de los asociados (...)*”⁵⁵. En tal sentido, señalan que “(...) *si la garantía de derechos es un aspecto fundamental de la policía administrativa, su negligente desarrollo puede ocasionar daños que podrían ser imputables al Estado. Así, es importante señalar que estos daños pueden generarse por acción u omisión de los agentes estatales, que tienen asignadas las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control (...)*”.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, se tiene que el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza subjetiva. Es decir, la falla del servicio es el fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, la cual se materializa, en el caso concreto, como un **incumplimiento de los deberes de regulación, inspección, vigilancia y control**.

En ese sentido, el juez contencioso indicó que, al ser la falla del servicio el único régimen de responsabilidad aplicable, resultaba “(...) *lógico que la forma más elemental de exoneración de responsabilidad del Estado, debe ser la demostración de la diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus funciones, es decir, la ausencia de falla y, por supuesto, las causas extrañas – fuerza mayor, hecho de la víctima y hecho de un tercero – sin que estas últimas sean requisito para la exoneración de la responsabilidad, pues como se dijo, resulta suficiente la acreditación de la diligencia y cuidado en el ejercicio de sus funciones (...)*”.

ii) Adicionalmente, indicó que la administración pública cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones sobre la regulación, la inspección, la vigilancia y el control de sectores como el de los servicios públicos domiciliarios o el mercado energético, en tanto que estas decisiones al ser de carácter técnico “(...) *solo pueden analizarse por el juez de la responsabilidad desde la óptica de la falla del servicio; (...) y (...) el análisis deberá ser respecto de la oportunidad y pertinencia de las decisiones y no desde su contenido (...)*”.

iii) Así las cosas y conforme con las pruebas aportadas al expediente, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que **las decisiones adoptadas por la Superintendencia habían sido oportunas y pertinentes**. Aunado a lo anterior, también señaló que **la parte demandante había omitido probar en qué consistió la falla del servicio, teniendo en cuenta que, en caso de considerar que existían fallas en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, debió allegar los medios de convicción que sustentaran la veracidad de su tesis, en tanto que de haber existido una falla como consecuencia del ejercicio de estas funciones, la misma debió ser previa al acto que ordenó la toma de posesión de la**

⁵⁵ A su vez la citada providencia entiende el orden público como “*un concepto jurídico indeterminado que obedece no a una definición rígida, sino, por el contrario, se adapta a un momento histórico determinado. Tradicionalmente, se identificó el orden público con categorías como la salubridad, la seguridad y la tranquilidad; aspectos que se fueron ampliando de manera irreversible con la aparición de nuevas categorías de derechos y, una creciente concepción neoconstitucionalista. De esta manera, la actividad de policía administrativa no está, en nuestros días, dirigida a la limitación de libertades sin más, sino, a la garantía de las diversas y modernas categorías de derechos*”.

Electrificadora del Chocó – Electrochocó, y sobre este punto no se allegaron pruebas que permitieran analizar este supuesto.

Así las cosas, esta Sala de Decisión debe concluir que, en relación con el defecto sustantivo del que se acusa a la sentencia de 30 de mayo de 2019, relativo a la responsabilidad de la Superintendencia por el presunto ejercicio irregular de las funciones de inspección, vigilancia y control, **la pretensión fue negada por no haber sido probada la falla del servicio**, circunstancia que, naturalmente, imposibilita la declaratoria de responsabilidad del Estado; y por ende, se desestima la supuesta interpretación errónea del artículo 86 del CCA.

Así las cosas, esta Sección encuentra razonable el análisis realizado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 30 de mayo de 2019, en la cual concluyó que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la Superintendencia había actuado diligentemente en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, **por lo que esta Sección considera que no se configura el defecto señalado, en tanto que las pretensiones fueron denegadas por no haberse probado la falla del servicio.**

VIII.4.2.2. Del defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En este punto, los accionantes sostienen este defecto se materializó debido a que ellos señalaron dos pretensiones subsidiarias, a saber:

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, que la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en razón de su condición de accionista mayoritario (99.98%) de **ELECTROCHOCÓ**, es responsable, en forma subsidiaria, de la totalidad de los daños y perjuicios causados a las empresas demandantes, al no haber sido suficientes los bienes de **ELECTROCHOCÓ** para cubrir la totalidad de los créditos reconocidos en la liquidación.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, que la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en su condición de controlante y en virtud de la subordinación de **ELECTROCHOCÓ**, es responsable, en forma subsidiaria de las obligaciones de ésta, con fundamento en la presunción establecida en el parágrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995.

En ese sentido, señalan que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando estudió las dos pretensiones, trajo a colación el contenido del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, norma que regula el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y a partir del cual se puede concluir que el régimen jurídico aplicable a Electrochocó era de derecho privado.

Sin embargo, consideraron que, a pesar de la anterior conclusión, la autoridad judicial incurrió en dos errores a saber: **i) haber establecido, para la aplicación del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, un supuesto no contemplado en la Ley, referido a la existencia de un grupo empresarial; y ii) haber dejado de aplicar el numeral 19.15 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, lo que conllevó, también, a no aplicar el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.**

Estiman que los citados yerros se materializaron cuando el juez contencioso señaló lo siguiente:

186. La norma en cuestión es absolutamente clara cuando establece que el régimen de derecho privado se refiere a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no de sus socios. Ello implica que, si bien no se desconoce en lo absoluto la aplicación de un régimen de derecho privado para los actos y contratos de una empresa prestadora de servicios públicos, dicha disposición no es aplicable a un Ministerio como socio, tal y como sucede en el caso concreto.

187. Establecido lo anterior, la Sala pone de presente que aun en el evento en el que se pudiera aceptar que es viable aplicar un régimen de derecho privado al Ministerio como accionista de la empresa, el párrafo del artículo 148 de la Ley 22 de 1995 tampoco sería aplicable al caso concreto.

188. Ello, con fundamento en una interpretación sistemática y teleológica de la norma comercial que pretende la parte actora sea aplicada, resulta evidente que la misma está consagrada para eventos en los cuales se está en presencia de un grupo empresarial. Para el efecto, resulta procedente analizar el concepto de grupo empresarial, del cual se predicen las calidades de matriz y subordinadas. De esta manera, se entiende por grupo empresarial SEGUIR LA CITA (...).
(Subrayado fuera de texto).

Como fundamento de los supuestos errores señalados, los accionantes trajeron a colación el contenido del numeral 19.15 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, cuyo tenor literal señala: “(...) en lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas (...)”. A partir de la norma citada, sostienen que “sin ningún asomo de dudas (...) lo previsto en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, sobre presunción de responsabilidad de la controlante en la liquidación de la controlada, en este caso ELECTROCHOCÓ, sí le era aplicable al Ministerio de Minas y Energía dada su calidad de socio mayoritario (99% de las acciones)”.

Por otra parte, frente al cargo consistente en **haber establecido un supuesto no contemplado en la Ley para la aplicación del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, referido a la existencia de un grupo empresarial**, señalaron lo siguiente: “(...) la sentencia que se cuestiona (...) **incurre en un yerro mayor cuando afirma que la presunción del párrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995 está prevista para los casos de grupos empresariales.** Basta advertir que si bien dicha ley, en el art. 28 y ss., reguló lo relacionado con la figura del grupo empresarial, **en el párrafo del art. 148 estableció una presunción de responsabilidad para la controlante, en los eventos de liquidación obligatoria, en virtud de esa subordinación, sin que la misma se haya limitado a los casos de grupo empresarial: subordinación + unidad de propósito y dirección** (...) en efecto, el párrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995 es absolutamente claro al establecer que **la responsabilidad subsidiaria a que se refiere, se predica de situaciones de control o subordinación -cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra persona, según las voces del artículo 26 Ley 222 de 1995- y no de situaciones de control empresarial, que se configura cuando, según el artículo 28 de la misma ley, "además del vínculo de subordinación, exista unidad de propósito y dirección** (...)”.

Por último, concluyó que la interpretación realizada al párrafo del art. 148 de la ley 222 de 1995, por parte de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado era “irrazonable y arbitraria” y, como consecuencia de ello, vulneraba

los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de las sociedades demandantes, en tanto que la interpretación correcta de la norma era la que se apreciaba del tenor literal del párrafo, el cual no exigía, para la aplicación de la presunción de la responsabilidad subsidiaria, el requisito de “grupo empresarial”.

VIII.4.2.2.1. Frente a este cargo, la Sala pone de relieve que la sentencia cuestionada abordó el análisis relativo a la pretensión de responsabilidad subsidiaria de la Nación, en su calidad de accionista mayoritario de la **Electrificadora del Chocó – Electrochocó**, en los siguientes términos:

“[...] 184. Finalmente, es necesario analizar la faceta del Ministerio de Minas y Energía como accionista de la **Electrificadora del Chocó**, que se desprende de la segunda pretensión subsidiaria propuesta en la demanda, en la que se **solicitó que se declarara responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía “en forma subsidiaria de las obligaciones de ésta, con fundamento en la presunción establecida en el párrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995”**”.

185. Al respecto, es necesario poner de presente que, como se explicó anteriormente, el régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en lo que respecta a sus actos y contratos, es el derecho privado, tal y como lo establece el artículo 32 de la Ley 142 de 1994. Pese a lo anterior, una interpretación de la norma, como la que se pretende en la segunda de las pretensiones subsidiarias por el apoderado de **la parte actora, resulta improcedente, por las razones que se pasan a explicar a continuación**.

186. **La norma en cuestión es absolutamente clara cuando establece que el régimen de derecho privado se refiere a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no de sus socios.** Ello implica que, si bien no se desconoce en lo absoluto la aplicación de un régimen de derecho privado para los actos y contratos de una empresa prestadora de servicios públicos, dicha disposición no es aplicable a un Ministerio como socio, tal y como sucede en el caso concreto.

187. Establecido lo anterior, la Sala pone de presente que aun (sic) en el evento en el que se pudiera aceptar que es viable aplicar un régimen de derecho privado al Ministerio como accionista de la empresa, el párrafo del artículo 148 de la Ley 22 de 1995 (sic) tampoco sería aplicable al caso concreto.

188. Ello, con fundamento en una interpretación sistemática y teleológica de la norma comercial que pretende la parte actora sea aplicada, resulta evidente que la misma está consagrada para eventos en los cuales se está en presencia de un grupo empresarial. Para el efecto, resulta procedente analizar el concepto de grupo empresarial, del cual se predicen las calidades de matriz y subordinadas. De esta manera, se entiende por grupo empresarial:

“... el conjunto de una o más sociedades independientes jurídicamente entre sí, pero que se encuentran bajo un control o subordinación ejercido por una matriz o controlante y sometidas a una dirección unitaria que determina los lineamientos de cada una de ellas. Conformándose el grupo empresarial únicamente cuando concurren los dos elementos de su esencia; 1. El control o

subordinación y 2. La unidad de propósito y dirección; sin que signifique esto, que se esté dando nacimiento a un nuevo ente autónomo e independiente, pues se mantiene intacta la personalidad jurídica de cada una de las sociedades vinculadas al grupo.”

189. La Ley 222 de 1995 hace referencia al grupo empresarial en el artículo 28, en el cual se consagró:

“Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan”

190. De esta manera, es presupuesto para la existencia de un grupo empresarial, la existencia de un conjunto de una o más sociedades independientes y, que se cumpla con los elementos de control o subordinación y, unidad de propósito y dirección, es decir, que todas las actividades se encuentren encaminadas a la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante.

191. Resulta palmaria la ausencia de todos los elementos del concepto de grupo empresarial, lo cual obedece a la esencia misma de la norma comercial, así como a la esencia misma de razón de ser de la calidad de accionista del Ministerio en el caso concreto. La razón de ser de la calidad de accionista mayoritario del organismo demandado obedece una coyuntura particular que derivó en la capitalización a Electrochocó por parte del Ministerio, lo que generó que se convirtiera en el accionista mayoritario, de conformidad con el documento CONPES No. 3122 del 17 de junio de 2001 “Estrategia de la Nación para fortalecer la distribución de energía eléctrica en 13 departamentos”, entre los que se encontraba el Chocó, se lee (se transcribe):

“La Nación continuó destinando importantes recursos en operaciones como las arriba descritas y con la última operación, en diciembre de 1997, la Nación quedó con la participación accionaria mayoritaria en gran parte de las electrificadoras, incluyendo las del centro del país [...]” (subrayas fuera del texto)

192. Lo anterior, demuestra la inexistencia absoluta del requisito de unidad de propósito y dirección, por lo cual no es posible hablar de un grupo empresarial. De esta manera no es posible tener a la Nación – Ministerio de Minas y Energía como matriz de Electrochocó [...].

Esta Sala estima que la interpretación realizada por la accionada resulta razonable y considera que no existen las vulneraciones alegadas por el actor, y para tal efecto realiza las siguientes precisiones:

i) En efecto, el régimen jurídico de las sociedades cuya actividad económica se encuentra regulada por la Ley 142 de 1994 y por la Ley 143 de 1994, por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se rige por las reglas del derecho privado a la luz del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, norma cuyo tenor literal establece:

“[...] Artículo 32. Régimen De Derecho Privado Para Los Actos De Las Empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce [...].

En ese sentido, resulta lógico que en el numeral 19.15 del artículo 19 de la misma ley, prevea que: “(...) en lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas (...)”.

Sin embargo, la Sala resalta que tanto el artículo 32, como el numeral 19.15 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 son absolutamente claros al establecer que el régimen jurídico de los actos y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es de derecho privado, sin que lo anterior signifique que el régimen jurídico de quienes son accionistas en esas sociedades también sea de derecho privado.

ii) Por otra parte, frente al cargo consistente en “***haber establecido, para la aplicación del parágrafo artículo 148 de la Ley 222 de 1995, un supuesto no contemplado en la Ley, referido a la existencia de un grupo empresarial***”; la Sala de Decisión trae a colación que para la aplicación del ***parágrafo artículo 148 de la Ley 222 de 1995***, resulta necesario que la sociedad controlante o accionista sea una entidad regulada por el derecho privado, circunstancia que no es aplicable al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, en tanto que el régimen jurídico del Ministerio fue modificado por el solo hecho de ser accionista.

iii) Por último, la Sala considera pertinente traer a colación los supuestos (enunciados anteriormente), sobre los que opera el defecto sustantivo por interpretación errónea de una norma; los cuales indican que el juez constitucional que estudia la configuración de este defecto limita a evidenciar que quien profirió la decisión judicial cuestionada ***no haya realizado una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) de la regla de derecho llamada a resolver el caso concreto, de tal forma que la interpretación y aplicación de la norma resulte inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente y claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes.***

Lo anterior, en tanto que la función jurisdiccional se encuentra amparada por los **principios de autonomía e independencia judicial**, de acuerdo con los artículos 228⁵⁶ y 230⁵⁷ de la carta magna.

En ese orden de ideas la configuración de este defecto, según la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU – 573 de 2017 se configura cuando:

***“[...] (a) la interpretación o aplicación, prima facie, no se encuentra dentro del margen de razonabilidad o proporcionalidad; (b) es adaptada una disposición de forma contraevidente o contra legem; (c) es evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes, a pesar de la legitimidad de que estos gocen; (d) es manifiestamente errada y desatiende los parámetros de juridicidad y aceptabilidad; (e) resulta injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; o (f) cuando dejan de aplicarse normas constitucionales o legales pertinentes.*”**

Por otra parte, cuando se alega que la decisión judicial que presuntamente incurrió en estos defectos fue proferida por un órgano jurisdiccional de cierre, como son la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado; la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU – 573 de 2017, señaló que **su procedencia es más restrictiva** por cuanto ***“(...) solo tiene caída cuando la decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos, los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aún cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso (...)”***.

Así las cosas, esta Sección encuentra que la accionada no ha realizado una interpretación o aplicación arbitraria del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por lo que no se configura el presupuesto de este defecto, consistente en que la interpretación realizada por el juez ordinario debe ser ***“ostentosa, arbitraria y caprichosa, en desconocimiento de los lineamientos constitucionales y legales pertinentes”***, y, adicionalmente, al ser una alta corporación quien profirió la decisión judicial, este error debe ***“reñir de manera abierta con la Constitución y ser incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de los derechos fundamentales”***; en tal sentido, el juez de tutela a pesar de ***“tener una percepción diferente del caso”*** debe respetar y aceptar las valoraciones probatorias e interpretaciones que realiza el órgano de cierre en su respectiva jurisdicción.

Por lo tanto, **resulta razonable** la interpretación realizada por el juez contencioso, al aseverar que si bien la Ley 142 de 1994 estableció un régimen de derecho

⁵⁶ **Artículo 228.** La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo

⁵⁷ **Artículo 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

privado a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, dicho régimen no se extendía a los socios de la Entidad: “(...) **La norma en cuestión es absolutamente clara cuando establece que el régimen de derecho privado se refiere a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no de sus socios** (...)”.

Asimismo, tampoco es arbitraria o caprichosa la conclusión a la que arribó la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, concerniente a que la presunción contenida en la referida norma es aplicable bajo el escenario de grupo empresarial, en tanto que como lo señala el accionado: “(...) **con fundamento en una interpretación sistemática y teleológica de la norma comercial que pretende la parte actora sea aplicada, resulta evidente que la misma está consagrada para eventos en los cuales se está en presencia de un grupo empresarial. Para el efecto, resulta procedente analizar el concepto de grupo empresarial, del cual se predicen las calidades de matriz y subordinadas** (...)”.

Por todo lo anterior, esta Sala de Decisión encuentra que el juez natural de la controversia, a partir de las circunstancias del caso concreto, eligió una interpretación constitucionalmente permitida de la norma, en razón a que: **i)** si bien el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 **no menciona taxativamente la condición de “grupo empresarial”**, lo cierto es que tal circunstancia fue extraída por el juez contencioso a partir de una interpretación sistemática de las normas comerciales, concluyendo que en el derecho societario el supuesto en el cual se evidencian las calidades de **matriz y subordinada**, contenidas en el parágrafo, es en presencia de un grupo empresarial; y **ii)** es evidente que el Ministerio de Minas y Energía, cartera que representa a la Nación, es una entidad de derecho público y, en virtud de esta calidad, no le son aplicables las normas del derecho privado, aun cuando sea accionista de una Empresa de Servicios Públicos.

De manera que, la interpretación de la Subsección B de la Sección Tercera resulta razonable, por lo que se desestima el cargo consistente en la vulneración del derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia señalado por los accionantes.

VIII.4.2.3. Del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente horizontal.

Frente al cargo anterior, los accionantes consideran que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la sentencia de 30 de mayo de 2019, incurrió en desconocimiento del precedente por dos razones: **i) cuando sostuvo que la acción de reparación directa era improcedente para reclamar los perjuicios causados en los procesos de liquidación obligatoria de las empresas; y ii) cuando sostuvo que la presunción de responsabilidad subsidiaria, contenida en el parágrafo artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no le era aplicable al Ministerio de Minas y Energía, debido a su condición de entidad pública y no de grupo económico.**

VIII.4.2.3.1 Los accionantes sustentaron el cargo relativo al desconocimiento del precedente, indicando que la accionada, al sostener que la acción de reparación directa era improcedente para reclamar los perjuicios causados en los procesos de liquidación obligatoria de las empresas, contrariaba el contenido de los pronunciamientos judiciales proferidos por el Consejo de Estado en las sentencias

de 28 de octubre de 1976 (Exp. 1482), de 22 de julio de 2009 (Exp. 27.920)⁵⁸ y de 11 de noviembre de 2009 (Rad. 17.501).

VIII.4.2.3.2 Frente al cargo anterior, la Sala resalta que, a pesar de que el accionante identificó un grupo de sentencias que estimó desconocidas por la providencia cuestionada; lo cierto es que el cargo no fue sustentado en debida forma por los accionantes, en tanto que no señalaron con precisión el contenido del precedente ignorado por la accionada.

Sin embargo, la Sala pone de relieve que en la sentencia de 22 de julio de 2009 (Exp. 27.920), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“[...] por la prestación de los servicios financieros y bursátiles, en los procesos en que se imputa la responsabilidad al Estado por la omisión en sus funciones de control, inspección y vigilancia, la Sala ha considerado que se debe aplicar el régimen subjetivo de falla probada

(...)

Como se advierte, la Sección Tercera ha sostenido que la responsabilidad del Estado puede tener origen en la expedición de actos administrativos ilegales, impugnables a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, así como en hechos u omisiones en la toma de posesión, en la liquidación obligatoria, en el incumplimiento del control, vigilancia e inspección, demandables en ejercicio de la acción de reparación directa, con fundamento en el funcionamiento anormal del servicio.

(...)

Con fundamento en el anterior postulado, la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor [...]⁵⁹

Para esta Sala de Decisión no se configura el presunto desconocimiento del precedente judicial por parte de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que tanto la providencia cuestionada como el precedente traído a colación, mantienen misma la línea jurisprudencial en torno al **régimen de responsabilidad subjetiva del Estado por la omisión en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.**

Como se expuso con anterioridad, la razón por la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda de reparación directa, por este hecho generador, obedeció a que el accionante no probó la falla del servicio por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De manera que, en el caso concreto, **no puede hablarse de un desconocimiento del precedente, en tanto que ambas providencias sostienen que el régimen de responsabilidad del Estado en esta materia es de carácter subjetivo.**

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación: 25000-23-26-000-1999-00228-01(27920). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación: 25000-23-26-000-1999-00228-01(27920). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

VIII.4.2.3.3 Por otra parte, frente el cargo relativo al presunto desconocimiento del precedente constitucional por parte de la autoridad accionada al sostener ***que la presunción de responsabilidad subsidiaria, contenida en el párrafo artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no le era aplicable al Ministerio de Minas y Energía, debido a su condición de entidad pública y no de grupo económico***, los accionantes consideran que se desconocieron las sentencias del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1963 y de 5 de mayo de 1977; asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional No. C -510 de 1997⁶⁰ y SU – 1023 de 2001⁶¹.

En ese punto, la Sala resalta que, a pesar de que el accionante identificó un grupo de sentencias que estimó desconocidas por la sentencia cuestionada; lo cierto es que el cargo no fue sustentado en debida forma por los accionantes, en tanto que no señalaron con precisión el contenido del precedente ignorado por la accionada. Sin embargo, se encuentra que, en efecto, en la sentencia C-510 de 1997, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, señalando lo siguiente:

“[...] Como se observa, pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos.

Conviene recordar los presupuestos en que se funda la norma demandada, los cuales constituyen punto de referencia obligado para determinar si ella se ajusta o no a la Carta Política:

- 1. Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito.*
- 2. La causa de las dificultades que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante.*
- 3. Tales actuaciones se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.*
- 4. Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.*

Ahora bien, el efecto jurídico que la disposición atribuye a la situación descrita es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 510 de 1997. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C – SU – 1023 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

controlante por las obligaciones de la compañía sometida a concordato, que es su subordinada.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.

Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados.

A partir de lo anterior, se tiene que, la Corte Constitucional ha señalado que la presunción de responsabilidad subsidiaria se predica respecto de la sociedad matriz o controlante hacia la filial o subordinada, en tanto que entre ambas sociedades “(...) pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y **tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos** (...)”.

De manera que, el alcance que le ha asignado la Corte Constitucional a la referida presunción es idéntica la que ha realizado el juez contencioso en la sentencia cuestionada, en tanto que ambos sostienen que la responsabilidad subsidiaria se predica de **una sociedad controlante o matriz**, respecto de las **obligaciones contraídas por las sociedades filiales o subsidiarias, en razón a los “indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos”** entre estas. Por lo anterior, ambos pronunciamientos coinciden en que es necesaria la existencia del “grupo empresarial” para que opere esta presunción de responsabilidad subsidiaria.

Así las cosas, resulta evidente que la referida presunción no puede ser aplicada al Ministerio de Minas y Energía, por cuanto esta entidad, a pesar de ser el accionista mayoritario de **Electrochocó**, no era la sociedad matriz, **en tanto que no existía unidad de propósito y dirección entre ambas**. Asimismo, **Electrochocó** tampoco era filial del Ministerio de Minas y Energía.

De manera que, el precedente que los accionantes estiman como desconocido llega a la misma conclusión que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de señalar que para la aplicación de la presunción es necesario que exista una sociedad matriz o controlante, una sociedad filial o subordinada y la **unidad de intereses y propósitos, en la práctica, entre ambas sociedades**.

Por lo anterior, no es posible concluir que existe un desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional en la materia.

En conclusión y comoquiera que no se configuran los defectos señalados por los accionantes, esta Sala de Decisión negará las pretensiones de la acción de tutela, por las razones expuestas en cada uno de los cargos analizados.

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,

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 30 de enero de 2020, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar disponer:

NEGAR la acción de tutela promovida por los accionantes, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia por el medio más expedito, en los términos de los artículos 16 y 30 del Decreto Ley 2591 del 19 de noviembre de 1991.

TERCERO: DEVOLVER el expediente en préstamo al juez de origen.

CUARTO: REMITIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 31 del Decreto Ley No. 2591 de 1991.
Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Aclara Voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado