

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: Radicación No. 13001233100019980034801
Recurso de apelación contra la sentencia de 26 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar
Actor: SOCIEDAD ASECONT LTDA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora - **SOCIEDAD ASECONT LTDA**, frente a la sentencia proferida el 26 de agosto de 2003 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"Declárase inhibido para decidir meritoriamente las pretensiones de la demanda (fl. 109. cdno. ppal).

I-. ANTECEDENTES

I.1. Mediante escrito presentado el 6 de noviembre de 1998 ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Bolívar (fls. 1 a 17, cdno. 1), el apoderado judicial de la **SOCIEDAD ASECONT LTDA**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**, con miras a obtener la siguiente declaratoria:

"PRIMERO.- Que es parcialmente nula la Resolución No. 3289 de mayo 18 de 1998, emanada de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual se ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P., en aplicación de la normatividad vigente (Art. 121 de la Ley 142/94 y 46 del Dto 548(95) y se dispuso además (art. 6°) sin tener en cuenta para nada el hecho de que tal revisoría fiscal no venía siendo desempeñada por una persona natural, sino por una persona jurídica (Asecont Ltda), en virtud de un contrato de prestación de servicios, válidamente celebrado, por un término de dos años, comprendidos entre el 1° de abril de 1998 y el 31 de marzo de 2000, actuación administrativa que se estima desbordó las atribuciones del ente interventor".

Segundo: Que es asimismo nula la Resolución No. 4737 de julio 7 de 1998, emanada de la citada Superintendencia, mediante la cual resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución inicial, aduciendo la no existencia de una extralimitación de atribuciones por parte del GERENTE Interventor de la ya señalada Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P., pues la separación del Revisor Fiscal corresponde a un efecto legal propio de la medida de toma de posesión impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos, y se confirmó la resolución No. 3289 de mayo 18/98, cuya nulidad parcial se solicita en el punto anterior.

TERCERO: Que es finalmente nulo el oficio No. 016 de mayo 27 de 1998, suscrito por la Gerente Interventora de las tantas veces mencionada Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P., designada por la Superintendencia del ramo (Art. 3° de la Res. 3289/098), y dirigido a la Sociedad demandante, en la cual se comunicó a ésta que a

raíz de la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la empresa en mención, por órdenes de la Superintendencia correspondiente, se había dispuesto la remoción del Gerente y del Revisor Fiscal de dicha entidad, motivo por el cual se veía precisada a informarle que el contrato de prestación de servicios, con vigencia del 1° de abril/98 al 31 de marzo del 2000, debidamente facultado para celebrarse, según acta No. 066 de marzo 31 de 1998, suscrito con esa firma, había quedado sin efecto jurídico alguno, medida que fue oficializa con la respectiva inscripción que se hizo en la Cámara de Comercio competente.

CUARTO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad parcial y nulidad de los actos administrativos arriba impugnados, se condene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, representada legalmente por el Dr. José Enrique Ramírez Yáñez, o quien haga sus veces, quien ejerce sus funciones en la Carrera 18 No. 84 - 35 de la Ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. a reparar los daños a ella causados por las actuaciones de la entidad demandada, las cuales se consideran que desbordaron el marco de atribuciones que le fija la ley.

QUINTO: Que asimismo se disponga lo necesario para que la liquidación de las condenas que se determinen, mediante sentencia, se efectúe en todo caso por medio de sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, ordenándose a la vez ajustar su valor tomando como base el índice de precios al consumidor, todo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 178 del C.C.A. (fls. 3 y 4. Cdno. 1).

I.2. El actor se fundamentó en los siguientes hechos:

Manifestó que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con la Constitución Política de 1991 - artículo 370, y las Leyes 142 y 143 de 1994, es la entidad encargada de ejercer la vigilancia, inspección y control de los prestadores de los servicios públicos, entre ellos, el correspondiente a la "*Energía Eléctrica*".

Adujo que se hallan previstas en el artículo 59 de la mencionada Ley 142 diversas causales, que de presentarse, le permiten a la Superintendencia "*tomar posesión*" de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

Aseguró que teniendo en cuenta la difícil situación de la Electrificadora de Magangué S.A. - ESP, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, decidió adelantar "*procedimiento administrativo*", de acuerdo a las normas contenidas en la Ley 142/94 - Título VII, Capítulo 2°, por la presunta suspensión de pago de las obligaciones mercantiles.

Alegó que como consecuencia de lo anterior, fue proferida la Resolución 3289 de mayo 18 de 1998 "*por la cual se ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de un Prestador de servicios públicos domiciliarios, para su liquidación*".

Expuso que en la resolución en mención, se dispusieron diversas medidas atinentes a la Electrificadora de

Magangué S.A. - ESP, una de las cuales fue la designación de la Dra. Gloria Patricia González, como funcionaria comisionada para ejecutar el *"exclusivo cumplimiento de las primeras y perentorias medidas que se disponen en la Resolución 3289 de mayo 18/98, mientras asume sus funciones la Sociedad Fiduciaria que para el efecto se contrate"*. Afirmó que la citada funcionaria debía ejercer por lo tanto las funciones de representante legal de la empresa intervenida durante el término que dispusiera la Superintendencia.

Anotó que el artículo 6° de la providencia en comento ordenaba la separación del cargo del Gerente de la referida Electrificadora, de los miembros de su Junta Directiva y la separación del Revisor Fiscal de la empresa. Lo anterior, a título de sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.4 de la Ley 142/94.

No obstante lo expuesto, mencionó que la disposición referida dispone expresamente la separación de los administradores, o empleados de los cargos que ocupan; y la prohibición para éstos de trabajar en empresas similares hasta por 10 años.

A pesar de lo establecido en la norma, la Gerente Interventora, mediante oficio 016 de mayo 27 de 1998, comunicó a la sociedad *"que la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios a través de la Resolución 3289 del 18 de mayo de 1998, ordenó la toma de*

posesión de los negocios, bienes y haberes de un prestador de servicios públicos domiciliarios, para su liquidación, en este caso, la Electrificadora de Magangué S.A. ESP, acto administrativo que en su artículo 6° dispuso la remoción del Gerente y del Revisor Fiscal de la entidad".

Agregó que en atención a lo anterior, le informaron que el contrato de prestación de servicios con vigencia del 1° de abril de 1998 al 31 de marzo del 2000, según acta 066 de marzo 31 de 1998, suscrito con esa firma, quedaba sin efectos jurídicos, consolidándose dicha situación con la inscripción que para el efecto se hizo de la resolución citada en la Cámara de Comercio.

Dijo que este es un acto administrativo eminentemente ejecutorio que desarrolló las facultades excepcionales de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Resaltó además de la indebida actuación de la Gerente Interventora designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se podría pensar en un daño emergente relacionado así: \$144.100 que corresponden a los derechos de publicación del contrato en el diario oficial y \$31.942 relativo al costó de la póliza de garantía y cumplimiento del contrato en cuestión, la cual fue expedida por la Aseguradora Seguros Fénix.

Expresó que contra la Resolución inicial de la tantas veces mencionada Superintendencia de Servicios Públicos (N° 3289 de mayo 18/98) la sociedad demandante interpuso el recurso de reposición, en el efecto devolutivo, en el cual se señaló:

"Conviene resultar que dicho contrato de prestación de servicios celebrado con la Electrificadora de Magangué S.A. ESP y la firma ASECONT LTDA., por expreso mandato del Parágrafo del artículo 8° y el artículo 74 de la Ley 143/94, queda bajo el imperio de las normas de derecho privado y, por lo consiguiente, no le son aplicables las cláusulas exorbitantes de la contratación estatal, tales como la caducidad y la terminación unilateral, que en forma inmotivada y excediendo sus funciones aplicó la señora Gerente Interventora a nuestro nexo contractual para la prestación de la Revisoría Fiscal".

Aclaró que respecto del recurso interpuesto, la Superintendencia se pronunció mediante la Resolución 04737 de julio 7 de 1998, acto notificado personalmente a la Gerente de la sociedad, el día 9 de julio de 1998.

Recordó que en dicha resolución la Superintendencia adujo que la toma de posesión con fines liquidatorios ordenada sobre la Electrificadora de Magangué S.A. ESP constituye una medida de carácter excepcional a la luz de la Ley 142/94.

Sobre el particular comentó que en ninguno de los apartes de los considerandos de la Resolución inicial 3289 de

mayo 18/98, se citaron de manera expresa las disposiciones legales puntualizadas por la Superintendencia en su segunda providencia.

Sostuvo que la medida de separar al Revisor Fiscal de la Electrificadora de Magangué S.A. ESP carece de un adecuado soporte jurídico.

Observó que a pesar de lo manifestado por la Superintendencia en su segundo acto, el hecho es que una cosa son las disposiciones de orden legal que le permiten a la citada entidad remover, entre otros, al Revisor Fiscal de una entidad intervenida, y otra el que se puedan atropellar derechos y pretermitir normas jurídicas que taxativamente establecen los mecanismos para que pueda ser rescindido un contrato de naturaleza civil, válidamente celebrado, sin lugar a una adecuada indemnización.

En suma, advirtió que se quebrantaron los artículos 1, 2, 58 y 90 de la Constitución Política, y 1602 del Código Civil.

II.- ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Notificada del auto admisorio de la demanda, la entidad en contra de quien se dirigió el libelo inicial contestó la demanda en los términos que se resumen a continuación:

2.1. INTERVENCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. La entidad contestó la demanda oponiéndose a

todos y cada uno de los argumentos contenidos en el libelo inicial.

Manifestó que el demandante en su escrito argumenta que la Superintendencia al expedir los actos demandados no tuvo en cuenta los principios descritos en el artículo 1° y 2° de la Constitución en cuanto a que *"nuestra república está esencialmente sujeta al imperio de la Ley y las actuaciones de sus respectivas autoridades deben necesariamente quedar enmarcadas dentro de la normatividad positiva..."* y, continua afirmando, que por más *"atribuciones y facultades exorbitantes de que pueda verse revestida la Superintendencia"*, *"no dispone de poderes omnipotentes y cuasidictatoriales, aun si se trata de defender derechos colectivos ..."*

Adujo que frente a dichas afirmaciones y en razón a la defensa de los actos expedidos por la Superintendencia, se detendría a estudiar cada uno de los términos utilizados por el demandante y el procedimiento que la Superintendencia debe aplicar en las toma de posesión conforme a la ley que lo rige y por el cual se culmina con los actos demandados en este proceso.

- FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .

Aseguró que la facultad que tiene el Estado para vigilar, inspeccionar y controlar a las empresas prestadoras de

servicios públicos domiciliarios es ejercida por el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD -, de conformidad con la propia Constitución (Capítulo 5°, Título XII) y la ley (Leyes: 142, 143 de 1994, 226 de 1995, y 286 de 1996).

Alegó que la Superintendencia ejerce por mandato constitucional la función atribuida al Presidente de la República referente al control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, por lo que corresponde a la misma velar por la calidad de los mismos, así como por su eficiente y continua prestación. Es por ello que el legislador concedió a la SSPD la facultad de intervenir las empresas prestadoras de tales servicios en condiciones muy especiales en orden a garantizar la continuidad en la prestación de los mismos.

Expuso, además, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y a la obligación de éste de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio Nacional. En tales condiciones, concluyó que la SSPD participa por mandato constitucional en el control, inspección y vigilancia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como hemos repetido en este escrito, en la realización de los fines, con plena autonomía de criterio, tal como lo determina el inciso segundo del artículo 76, ejusdem.

- ALCANCE DEL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Afirmó que la ley faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios llevar a cabo la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, en los eventos contemplados en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994.

Por lo anterior, consideró que la toma de posesión es una medida de control -diferente de las órbitas de vigilancia e inspección - encaminada a la asunción, por determinación de la Superintendencia, de los negocios y haberes de sus entidades vigiladas para su administración o liquidación con fundamento en las causales señaladas en la ley.

Anotó, así, que la institución tiene como finalidad específica la recuperación de la empresa, o su liquidación, en los casos contemplados por la ley.

- EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN

Mencionó que el artículo 1602 del C.C. sobre el cual el demandante basa sus pretensiones señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Señaló que dichas causas legales no son otras que la autorización legal para remover al gerente y a la Auditoria externa, tenga esta última la naturaleza de persona natural o jurídica, cuando la Superintendencia toma posesión de una empresa.

Argumentó que la desvinculación de tales funcionarios, no se hace como fruto de una decisión discrecional de la Superintendencia, sino que muy por el contrario, ello acontece en CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL Y como es sabido el funcionario público es responsable por la omisión en el ejercicio de sus funciones.

- LA REVISORIA FISCAL

Agregó que la revisaría fiscal de acuerdo con las normas que la gobiernan (artículo 209 y ss del Cco) tiene por misión garantizar el adecuado comportamiento de los administradores y la fidelidad de la información que estos suministren sobre su gestión, por ello para el legislador resulta indiferente si dicha función la ejerce una persona natural o una persona jurídica.

- EFECTO JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN DE TOMA DE POSESIÓN EN RELACIÓN CON EL REVISOR FISCAL

Resaltó que el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 establece el procedimiento que se debe seguir en la Toma

de Posesión y liquidación que lleva a cabo la Superintendencia, al respecto dijo que no se puede afirmar como lo hace el demandante, que por tratarse de una persona jurídica dicha medida no se podía llevar a cabo, toda vez que la separación del revisor fiscal se da por mandato legal como una medida de garantía general en la toma de posesión.

- FUERZA MAYOR

Se refirió a que la toma de posesión y con ella la intervención que hace la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de una determinada empresa para facilitar su liquidación es un acto de autoridad ejercido por un funcionario público, que es una de las causales expresas de la fuerza mayor contempladas en el artículo 1º de la Ley 95 de 1980.

Expresó que la intervención se hace con fines de liquidación y ésta presupone la disolución de la sociedad y la limitación del objeto de los actos necesarios, para esa liquidación o que estén estrictamente relacionados con ella, por lo que aclaró que es obvio que dicha entidad está autorizada para terminar y liquidar todos los contratos que haya celebrado la sociedad intervenida, pues su continuación o vigencia implicaría el desarrollo pleno del objeto social que está limitado por la intervención y su posterior liquidación.

- LOS ACTOS DEMANDADOS NO SON NULOS

Finalmente, sostuvo que los actos demandados no son nulos, lo anterior a que el mismo Código Contencioso Administrativo exige en su artículo 84 que para un acto administrativo de una autoridad sea nulo se requiere se infrinjan las normas en que debía fundarse o cuando han sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Así pues, indicó que no se encuentra dentro de las hipótesis necesarias para invocar la nulidad y el restablecimiento del derecho, ya que ellos fueron expedidos en cumplimiento de un deber legal.

III.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 26 de agosto de 2003 (fls. 106 a 109, cdno. Ppal), el Tribunal Administrativo de Bolívar se declaró inhibido para conocer el fondo del asunto, apoyándose en los siguientes argumentos:

Manifestó que el interés y la legitimación del actor estriba en que entre él (la sociedad ASECONT LTDA) y el prestador (Electrificadora Magangué SA E.S.P.), existía una relación jurídica nacida de la perfección de un contrato de prestación de servicios cuyo objeto consistía esencialmente en que el contratista desempeñaba las

funciones de Revisor Fiscal del contratante, siendo que tal contrato fue declarado sin efectos Jurídicos, vale decir, terminado unilateralmente, por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Adujo que el actor pretende el reconocimiento de consecuencias jurídicas de carácter contractual e indemnizatorio por medio del contencioso de nulidad y restablecimiento.

Consideró que los actos demandados por el actor tuvieron la virtud de resolver el acto jurídico contractual, por lo que no puede decidir meritoriamente la litis en sede de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

En efecto, sostuvo que el sub judice posee naturaleza eminentemente contractual por lo que sus extremos solo pueden ser resueltos a través de la correspondiente acción contractual, pues esta es el instrumento procesal erigido especialmente por el legislador para resolver las controversias que se sucedieran con ocasión de un contrato administrativo.

Comentó que la correcta elección de la acción necesaria para mover el aparato jurisdiccional con miras a que se resuelvan determinadas pretensiones compete privativamente al interesado, por ende, éste debe asumir las consecuencias que acarree el cometer un yerro en la escogencia del medio activo. En suma, dijo que, el

resultado del desacierto del actor es el "proferimiento" de un fallo inhibitorio por parte del Tribunal.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DE LA SOCIEDAD ASECONT LTDA. En escrito fechado el 20 de febrero de 2004 (fls. 118 a 121, cdno. ppal) el apoderado de la actora, la apeló, sosteniendo al efecto que de acuerdo con el artículo 85 del C.C.A. toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, también podrá solicitar que se le repare el daño.

Afirmó que por lo anterior le sorprende el fallo inhibitorio que se apela, ya que es ésta vía la correcta para obtener la nulidad de los actos administrativos impugnados y, no la acción contractual, artículo 86 del C.C.A.

Arguyó que la controversia que nos ocupa no se enmarca dentro de los lineamientos establecidos en el citado artículo, pues de lo que se trata es de obtener que se declare la nulidad de diversos actos administrativos, emanados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cual resulta ser un tercero frente al contrato celebrado entre la Empresa Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P. y la sociedad Asecont Ltda.

Aseveró que mal podía entonces acudir a la mentada acción contractual, cuando lo que somete a consideración de la justicia contencioso administrativa es la conducta de este

tercero, ente de control y vigilancia, cuyas actuaciones estimamos desbordaron los límites legales.

V-. ACTUACIONES ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Mediante auto de cinco (5) de febrero de 2004 (fls. 117, cdno. ppal), la Sección Tercera de esta Corporación, Magistrado Ponente. Dr. Germán Rodríguez Villamizar, ordenó correr traslado por el término de tres días a la parte demandante, para que, si a bien lo tenía, sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 26 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Por haberse sustentado en debida forma, dicha Sección y el mismo Ponente, admitieron el recurso de apelación interpuesto (*auto de doce (12) de marzo de 2004 - Fl. 124, Cdno. Ppal*).

Con posterioridad, a través de providencia de veintiséis (26) de marzo de 2004 (fl. 126, cdno. ppal), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el plazo el actor reiteró en esencia los argumentos de nulidad. La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

Ahora, con auto de veintiuno de febrero de 2014 (fls. 132 a 134. Cdno. Ppal), con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Hernán Andrade Rincón, lo remitió a esta Sección en consideración a que: "*teniendo en cuenta la naturaleza de la*

pretensión planteada en el libelo demandatorio y el tema al cual se refiere, el Despacho observa que el proceso de la referencia no versa sobre un asunto agrario, contractual, minero o de petróleos, ni a ningún asunto asignado a alguna otra Sección de esta Corporación, por lo cual su conocimiento está asignado a la Sección Primera de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado, a su vez, por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003".

VI-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurrente, la **SOCIEDAD ASECONT LTDA**, en su escrito de apelación afirma que el motivo de inconformidad con la sentencia de instancia radica en que en su entender la controversia sometida a consideración de la jurisdicción contenciosa administrativa se enmarca dentro de los lineamientos establecidos en el artículo 85 del C.C.A., toda vez que en el sub lite se trata de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos emanados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Corresponde, entonces a la Sala, de acuerdo con las prescripciones del inciso 1° del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, determinar si resulta o no procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la Sociedad Asecont Ltda para controvertir las Resoluciones 3289 y 004737 del 16 de mayo y 7 de julio de 1998 y el oficio 016 del 27 de mayo del mismo año.

Para resolver, la Sala observa que del plenario se desprende lo siguiente:

De conformidad con el artículo 379 de la Constitución Política y las Leyes 142 y 143 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es la entidad encargada de ejercer, a través del Superintendente y sus Delegados, la vigilancia, inspección y control de los prestadores de los servicios públicos de que trata el artículo 1° de la Ley 142 de 1994.

Al tenor del artículo 59 de la Ley 142 de 1994, la referida Superintendencia tiene la facultad de tomar posesión de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los casos en los cuales se configure alguna o algunas de las causales allí establecidas.

Adicionalmente y de acuerdo con el artículo 121, la toma de posesión podrá ejercerse también para liquidar la empresa sujeta a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia.

En el marco de lo anterior y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P., la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de la Resolución 3289 de mayo 18 de 1998 tomó posesión de los negocios, bienes y haberes para su liquidación.

En efecto, la Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, sociedad por acciones, cuyo objeto social es la distribución y la comercialización de energía eléctrica en el municipio de Magangué.

Dicha empresa se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia, al igual que al régimen de los prestadores de servicios públicos, la Ley 143 de 1994.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la situación de la Electrificadora, puesta de manifiesto en las quejas radicadas por los acreedores del prestador, la Superintendencia decidió adelantar procedimiento administrativo de acuerdo a las normas contenidas en la Ley 142 de 1994, por la presunta suspensión de pago de las obligaciones mercantiles en forma grave del vigilado (expediente 98-210-426 de la Delegada de Energía y Gas).

El ente de control tuvo como antecedentes, entre otros, dentro del pliego de cargos, los siguientes:

- Deuda vencida de la Empresa de Energía de Magangué con el Sistema de Intercambios Comerciales por transacciones en la Bolsa de Energía. Total: 3.397.985.518
- Deuda vencida de la Empresa de Energía de Magangué con el Sistema de Trasmisión Nacional por uso de sistema. Total: 542.393.937
- Deuda vencida de la Empresa de Energía de Magangué con el Sistema de Trasmisión Nacional por cargos de conexión. Total: 81.653.500

Así pues, se impuso a la Electrificadora la sanción de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios prevista en los

artículos 59 y 121 de la Ley 142. Dicha toma tenía por objeto la liquidación de los mismos.

Mediante comunicación de 27 de mayo de 1998, el Gerente de la Electrificadora le informó a la **SOCIEDAD ASECONT LTDA** que como consecuencia de la toma de posesión, el **contrato de prestación de servicios de Revisoría Fiscal con vigencia del 1° de abril de 1998 al 31 de marzo del 2000, suscrito con esa firma, quedaba "sin efecto jurídico alguno, lo cual se ha consolidado con la inscripción que para el efecto se hizo de la Resolución citada en la Cámara de Comercio de esta localidad. Se ha ordenado el trámite y pago de la cuenta correspondiente al mes de mayo, quedando entonces sin efectos el tracto sucesivo que sugiere el contrato"**.

Por lo expuesto, **la Gerente de la Sociedad Asecont Ltda**, que prestaba el servicio de Revisoría Fiscal a la Electrificadora, **interpuso recurso de reposición contra la Resolución 3298 de mayo 18 de 1998**, con el argumento de que el Superintendente solo tenía la facultad para separar de su cargo a las personas naturales y, por esta razón, no podría haber apartado la Revisoría Fiscal dado que esta labor es desarrollada por una persona jurídica, en virtud de un contrato válidamente celebrado y, que en tal caso, no puede hablarse de empleado.

Agregó que *"aquí ha ocurrido que la Gerente de la Empresa dio por terminado en forma unilateral un contrato de prestación de servicios celebrado entre la Electrificadora de Magangué, extralimitando las atribuciones que le fueron concedidas..."*.
(fl. 29. Cdo. 1).

Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos mediante resolución 04737 de julio 7 de 1998, confirmó en todas sus partes el acto administrativo contenido en el acto administrativo 3298. Sobre el particular consideró que la figura de la toma de posesión con fines liquidatorios ordenada sobre la Electrificadora es una medida de carácter excepcional a la luz de la Ley 142 de 1994, y por esta misma razón en su artículo 121, inciso 5°, remite expresamente para los casos de toma de posesión a la normas relativas a la liquidación de Instituciones Financieras.

Advirtió que de acuerdo con el artículo 81.4 de la Ley 142, la separación de los empleados es una facultad inherente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de sanciones. Finalmente, comentó que habiéndose verificado la no existencia de una extralimitación de atribuciones por parte del Gerente de la Electrificadora, **la separación del Revisor Fiscal corresponde a un efecto legal propio de la medida de toma de posesión impuesta sobre un prestador.**

En este contexto, la sociedad actora ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo frente a las referidas Resoluciones 3289 de mayo 16 y 004737 de 7 de julio de 1998.

Al respecto, la Sala recuerda que el artículo 85 del C.C.A. dispone que *"toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La*

misma acción tendrá quien pretende que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

De dicha disposición se desprenden varias situaciones:

- a. Que cualquier persona que se crea lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica está legitimada, por activa, para pedir la nulidad de un acto particular.
- b. Que se obtenga la nulidad de ese acto.
- c. Que la pretensión consecucional, de restablecimiento u otra, prosperará cuando se establezca el daño antijurídico sufrido por el demandante y el nexo de causalidad de aquel con el acto declarado nulo.

Se observa, entonces, que la legitimación en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho aparece en la persona por el sólo hecho de creerse lesionada.

Teniendo en cuenta lo anterior se deduce que la actora se encuentra legitimada por activa, por cuanto se observa que, en su entender, con la decisión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se quebrantaron sus derechos por haber sido separada de la revisoría fiscal de la Electrificadora de Magangué.

Ciertamente, encuentra la Sala, que el actor ataca el artículo 6° del plurimencionado acto administrativo (fl. 26. Cdno. 1), el cual a la letra dispone lo siguiente:

"Artículo Sexto. Ordénase la separación del cargo de Gerente de la Electrificadora de Magangué S.A.

E.S.P., Dr. HULDOR JAVIER SALAS TATIS, o de quien haga sus veces y de los miembros de la Junta Directiva de dicho prestador. De igual forma la separación del revisor fiscal de la empresa"
(Negrillas y subrayado fuera de texto).

Adicionalmente y luego del análisis de los actos demandados, los argumentos de oposición en ellos plasmados y los fundamentos de hecho de derecho contentivos en el libeto demandatorio, la Sala considera, contrario a lo señalado por el juez de instancia, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales.

En efecto, si bien el a-quo consideró que lo que pretende el actor es el reconocimiento de consecuencias jurídicas de carácter contractual e indemnizatorio, también lo es que los fundamentos de la petición de nulidad se centran en la presunta extralimitación de las atribuciones conferidas a la Superintendencia en la toma de posesión a la Electrificadora y en la separación de las personas jurídicas vinculadas a la misma.

Tanto en sede gubernativa como en sede judicial se está atacando la fundamentación de hecho y de derecho de la resolución expedida con cargos de nulidad por violación directa de la Constitución y la ley. Particularmente se refiere a la errónea interpretación de las atribuciones establecidas en el artículo 81.4 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, resulta ilustrativo lo expuesto por la Superintendencia de Servicios Públicos en la Resolución 04737 de julio 7 de 1998, por medio de la cual confirmó en todas sus

partes el acto administrativo 3298, en cuanto que allí se vislumbran los argumentos de inconformidad y la posición jurídica de la entidad frente a ellos, desprendiéndose la naturaleza de la controversia que ahora se pone en conocimiento de la jurisdicción:

"Que mediante escrito de fecha Junio 9/98 la Sra GRACIELA PEÑARANDA ALVAREZ, en su condición de Gerente de la Sociedad Asecont Ltda, domiciliada en Magangué, interpone Recurso de Reposición No. 3289 de Mayo 18/1998 por medio de la cual se ordenó la toma de posesión de los bienes y haberes de Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P. e igualmente fue separada de su cargo la Revisoría Fiscal.

Que para sustentar su recurso, cita la Resolución No. 3289 inciso segundo - Artículo Tercero que en su parte resolutive dice: "Además, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus atribuciones Artículo 81.4 de la Ley 142/94, puede ordenar la separación de los empleados de la empresa intervenida.

Que la recurrente manifiesta igualmente que la citada norma solo faculta al Superintendente para separar de su cargo a las PERSONAS NATURALES y por esta razón no podría separarse la Revisoría fiscal dado que esta labor es desarrollado por una PERSONA JURÍDICA, en virtud de un contrato válidamente celebrado y en tal caso no puede hablarse de empleado.

(...)

Que la figura de la Toma de Posesión con fines liquidatarios ordenada sobre la Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P., es una medida de carácter excepcional a la luz de la Ley 142/94, y por esta misma razón en su artículo 121 inciso 5, remite expresamente para los casos de toma de posesión, a las normas relativas a la liquidación de Instituciones Financieras, y que es precisamente el Régimen Financiero y Cambiario que en su artículo 116, contiene como un efecto de la medida de Toma de

Posesión, en su lit c)" La Separación del Revisor Fiscal".

Que la orden contenida en el artículo 81.4 de la Ley 142/94 y a la cual hace mención la recurrente, es otra facultad inherente a la Superintendencia de Servicios Públicos en materia de sanciones, independiente de los efectos propios de la Toma de Posesión con fines liquidatorios que aquí se trata.

Que en virtud de lo expuesto en las consideraciones precedentes, y habiéndose verificado la no existencia de una extralimitación de atribuciones por parte de la Gerente de la ELECTRIFICADORA DE MAGANGUÉ S.A. E.S.P., ya que como se anotó, la separación del Revisor Fiscal corresponde a un efecto legal propio de la medida de Toma de Posesión impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos sobre su prestador, no se encuentra procedente el Recurso de Reposición interpuesto" (Fls. 29 y 30. Negrillas fuera de texto).

Por lo anterior, la Sala estima que la parte actora se encuentra legitimada para acudir ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 3289 y 004737 del 16 de mayo y 7 de julio de 1998.

En este sentido, se deriva que en el presente caso, el Tribunal debió proceder al estudio del fondo de la controversia.

Cabe recordar que al respecto, la Sala en sentencia de 26 de abril de 2013¹, que en esta oportunidad se reitera, manifestó que:

"(...) en tratándose de recursos de apelación respecto de fallos inhibitorios injustificados, como ocurre en el sub lite, se debe devolver el expediente al a quo para que estudie los cargos de la demanda que no realizó, pues resolver de fondo la controversia en segunda instancia, equivaldría a convertirla en única instancia, privando de esta manera a la parte desfavorecida del derecho fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia".

En consecuencia, para garantizar el derecho a las dos instancias, que forma parte de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, se impone la revocatoria de la sentencia recurrida para disponer, en su lugar, que el a-quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda. Para los fines anteriores, teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda y la plena observancia de los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia procesal, la decisión deberá emitirse conjuntamente con la orden de obediencia, entendiendo que aquél es consecuencia directa de ella y única forma material de acatarla.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de abril de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Expediente No. 2006-01004-01.

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: REVÓCASE la sentencia de 26 de agosto de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, para disponer, en su lugar, que el a-quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda. El Tribunal deberá decidir el asunto de la referencia de manera inmediata, con sujeción a la directriz de oportunidad prevista en la parte motiva de este proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta



GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO