

FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION - Término de caducidad / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION / SANCION ADMINISTRATIVA - Se impone cuando concluye actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto principal / ACTO ADMINISTRATIVO PRINCIPAL - Es el que pone fin a la actuación administrativa / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA - Inexistencia en procedimiento administrativo que dio lugar a actos acusados

Para resolver la controversia, la Sala observa que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A., "la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas". Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente: «Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009 , que "la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa". La postura de la Sala, es pues, la de que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos. Así las cosas, se tiene que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso la sanción dentro del término que establece el artículo 38 del C.C.A., pues, se reitera, la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia impugnada.

SUPERINTENDENTE DELEGADO - Régimen de los actos que expide / ACTO ADMINISTRATIVO PROFERIDO POR SUPERINTEDEENTE DELEGADO - Improcedencia de recurso de apelación

A través de la Resolución núm. 7605 de 23 de mayo de 2002, el Superintendente de Servicios Públicos delegó en los Superintendentes Delegados, entre otras funciones, la de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que violen las normas a las que deban estar sujetos. Ahora bien, el cargo de Superintendente Delegado es de creación legal, luego la delegación efectuada mediante Resolución 7605 de 2002, sí tiene fundamento legal y corresponde a una desconcentración jerárquica, prevista en la misma Ley 142 y en la Constitución Política, como ya se analizó. Aunado a lo anterior, y según lo precisó también la Jurisprudencia de la Sala en la sentencia de 30 de septiembre de 2010 (Expediente núm. 2007-00203, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) al estudiar la legalidad de la citada Resolución 7605, las potestades sancionatorias que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fueron atribuidas directamente por la Constitución y la Ley, de manera que es esa entidad, en cabeza del Superintendente, a quien corresponde la competencia para sancionar, quien, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9° de la Ley 489 de 1998, está expresamente facultado para "[...] delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los

principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.” En este orden de ideas, la Sala concluye que el Superintendente Delegado para Energía y Gas sí estaba facultado para expedir los actos acusados y, en consecuencia, no prospera el cargo analizado.

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 26 de noviembre de 2009, Radicado 2004-00339-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Consejo de Estado, Sección Primera, del 30 de septiembre de 2010, Radicado 2007-00203, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Consejo de Estado, Sección Primera, del 07 de abril de 2011, Radicado 2001-0790, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-01001-01

Actor: EMGESA S.A. E.S.P.

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS
DOMICILIARIOS**

Referencia: APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la demandada contra la sentencia de 10 de diciembre de 2009, proferida por la Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos administrativos acusados.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- EMGESA S.A. E.S.P. actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones núms. 237 de 23 de enero y 1903 de 18 de junio de 2004, por medio de las cuales

el Superintendente Delegado para Energía y Gas le impuso sanción pecuniaria consistente en multa de **CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$179.000.000.00)**.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declarara que no está obligada al pago de la multa que le fue impuesta.

Como pretensiones subsidiarias pidió las siguientes:

Primeras subsidiarias:

1. Que se inaplique la sanción por infringir lo establecido en la Constitución Nacional.
2. Se desestime el pago de la multa impuesta.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Segundas subsidiarias:

1. Se decrete la caducidad de la facultad sancionatoria.
2. Se ordene a la demandada abstenerse de cobrar la multa impuesta.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

I.2.- Como hechos relevantes de la demanda, se señalan los siguientes:

1°: La **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** -en adelante **SSPD**-, por medio de Auto de 27 de octubre de 2003, formuló pliego de cargos a **EMGESA S.A. E.S.P.**, por la presunta infracción del artículo 6° de la Resolución CREG 055 de 1994 y del inciso 1° del artículo 43 de la Ley 143 de 1994, descritos de la siguiente manera: **i)** Incumplimiento del artículo 6° de la Resolución CREG-055 de 1994 y **ii)** Actos que priven a los usuarios de los beneficios de la competencia.

2°: **EMGESA S.A.**, dentro del término legal, dio respuesta al pliego de cargos, mediante comunicación de 26 de noviembre de 2003.

3°: La **SSPD** expidió la Resolución núm. 237 de 23 de enero de 2004, a través de la cual impuso una sanción pecuniaria a **EMGESA S.A.** por la suma de **CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$179.000.000.00)**.

4°: Contra esta Resolución **EMGESA S.A.** interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante la núm. 1903 de 18 de junio de 2004, que la confirmó en todas sus partes.

I.3.- Los cargos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

1. Desconocimiento del artículo 111 de la Ley 142 de 1994: caducidad de la acción sancionatoria.

Afirma la demandante que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, "*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*" la decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas debe producirse dentro de los cinco (5) meses siguientes al día en el que se hizo la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 ídem.

Que en el caso particular, la actuación de la Administración inició el 5 de marzo de 2001, por lo que el plazo para expedir el acto de la sanción se venció el 9 de marzo de 2001.

2. Violación del artículo 211 de la Constitución Política: Falta de competencia del Superintendente Delegado para Energía y Gas para expedir los actos acusados.

Asevera que el Superintendente Delegado para Energía y Gas no era competente para expedir las Resoluciones demandadas, porque actuó en virtud de una delegación contraria a la Ley y a la Constitución.

Que el Presidente de la República delegó en el Superintendente de Servicios Públicos la facultad sancionatoria de que trata el Decreto 990 de 2002¹, quien a su vez la delegó en el Superintendente Delegado para Energía y Gas, mediante la Resolución núm. 7605 de 2002, pero estos actos de delegación son abiertamente ilegales e inconstitucionales, porque desconocen el contenido del artículo 211 Superior, según el cual las funciones que el Presidente de la República puede delegar en los Superintendentes y éstos, a su vez, en sus subalternos, deben estar previamente señaladas en la ley.

3. Inexistencia del incumplimiento del artículo 6° de la Resolución CREG núm. 055 de 1994.

Señala que la demandada efectuó una interpretación parcial del artículo 6° de la Resolución CREG núm. 055 de 1994, en que basó la sanción.

Dice que según el mencionado artículo *“los precios a los cuales las empresas generadoras ofrezcan diariamente al Centro Nacional de Despacho (CND) energía de sus unidades de generación, por unidad de energía generada cada hora en el día siguiente, deben reflejar los costos variables de generación en los que esperan incurrir, teniendo en cuenta: a) Para plantas termoeléctricas: el costo incremental del combustible, el costo incremental de administración, operación y mantenimiento, los costos de arranque y parada y la eficiencia térmica de la planta². b) Para las plantas hidroeléctricas: los costos de oportunidad (valor de agua) de generar en el momento de la oferta, teniendo en cuenta la operación económica a mediano y largo plazo del sistema interconectado nacional.”*

Que para el caso de **EMGESA S.A.**, no aplica el literal a) de la norma, porque la empresa cuenta con una sola planta de generación de tipo hidráulico.

Que en las ofertas de precios realizadas por **EMGESA S.A.**, se tuvieron en cuenta, además del artículo 6° de la Resolución CREG núm. 055 de 1994, las demás Resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas reglamentarias de la materia, tales como las núms. 024 de 1995 (Anexo A4) y 116 de 1996 (artículo 14), cuyo contenido permite colegir que la valoración de cada

¹ Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

² Literal modificado por el artículo 2 de la Resolución 51 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: *“Para plantas termoeléctricas: el costo incremental del combustible, el costo incremental de administración, operación y mantenimiento y la eficiencia térmica de la planta.”*

uno de los factores para la determinación del precio en la bolsa de energía depende de las condiciones objetivas de los mismos, de la incertidumbre y de la percepción del riesgo que se tenga sobre las distintas variables del mercado para el momento de la elaboración de la oferta.

Que en tal sentido, **EMGESA S.A.**, al momento de realizar la oferta, tuvo en cuenta de manera global y para un intervalo de 24 horas los costos variables en los cuales incurriría por la generación esperada de las 24 horas del día siguiente, los cuales fueron reflejados en el precio de oferta declarado en forma horaria en el periodo analizado por la **SSPD** (1, 19, 27 y 28 de enero y 2, 4, 18, 19, 20 de febrero de 2001), de manera que su actuación se ajustó completamente a la reglamentación citada.

4:Inexistencia de privilegios injustificados:

Dice que **EMGESA S.A.** no realizó actos que condujeran a obtener privilegios injustificados durante el periodo analizado por la **SSPD**, dado que realizó sus ofertas con base en la regulación vigente en ese momento. Que el precio ofertado por **EMGESA S.A.** en los periodos analizados por la **SSPD** consideró distintos parámetros con ponderaciones diferentes, dependiendo del mes o estación del año, del día (laboral o festivo), además de la incertidumbre de ser o no despachado, de acuerdo con las estrategias adoptadas por la competencia en la elaboración de la oferta del día siguiente y de las circunstancias del mercado, buscando garantizar siempre el retorno de sus costos variables, durante el periodo de optimización de 24 horas, para obtener rentabilidad y viabilidad financiera.

Que las ofertas horarias determinadas por **EMGESA S.A.** obedecen a una **optimización de producción** para un periodo de 24 horas y no pueden analizarse de forma horaria, como lo hace la **SSPD**, pues ello distorsiona el resultado obtenido por la empresa, haciendo creer que no ofertó sus costos variables, lo cual es contrario a la realidad.

5. No hubo actos que privaran a los usuarios de los beneficios de la competencia.

Reitera que los precios ofertados por **EMGESA S.A.** se determinaron con base en lo dispuesto en las Resoluciones CREG núms. 055 de 1994, 024 de 1995 y 116 de

1996, sin detrimento de la calidad y oportunidad del servicio, ni incremento de los costos al usuario final.

I.4.- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -SSPD-, en el escrito de contestación de la demanda, manifestó que inició una investigación en contra de la empresa **EMGESA S.A.**, por la presunta infracción del artículo 6° de la Resolución CREG-055 de 1994 y del inciso 1° del artículo 43 de la Ley 143 de 1994, la cual se ajustó al debido proceso.

Que la actuación culminó con la imposición de una sanción, por no haber identificado y cuantificado la empresa los costos variables en la oferta de precios de energía durante los días 1, 19, 27 y 28 de enero y 2, 4, 18, 19, 20 de febrero de 2001.

Expresó que la sanción se impuso dentro del término de caducidad previsto en la ley, el cual es de tres (3) años, contados a partir del que se produce el acto que la ocasiona (artículo 38 del C.C.A.). Que el plazo de cinco (5) meses del artículo 111 de la Ley 142 de 1994, aducido por el actor, no se refiere al término de caducidad de la facultad sancionatoria, sino al término de duración del procedimiento administrativo para actos unilaterales en materia de servicios públicos domiciliarios.

Manifestó que, de conformidad con el párrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, corresponde al Superintendente de Servicios Públicos ejercer, entre otras funciones, la imposición de sanciones a las empresas de servicios públicos que violen las normas a las que deben estar sujetas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 del mismo año.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, los Superintendentes podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en tal Ley.

Que, en consecuencia, la delegación efectuada por el Superintendente de Servicios Públicos está ajustada a la Constitución y a la Ley.

En relación con los fundamentos de orden técnico relacionados con el incumplimiento del artículo 6° de la Resolución CREG núm. 55 de 1994, destacó que:

Los artículos 86 y 88 de la Ley 142 de 1994 establecieron tres modalidades de regulación para garantizar el derecho a la competencia en el mercado de la energía, a saber: la libertad regulada, la libertad vigilada y el régimen de libertad. La existencia de una bolsa de energía para transar este producto en condiciones de un mercado libre, supone unas responsabilidades para lograr un precio de equilibrio transparente entre la oferta y la demanda.

Dicha transparencia le corresponde vigilarla a la **SSPD**, por lo que, al encontrar un comportamiento contrario a las condiciones normales del mercado, inició una investigación previa contra **EMGESA S.A.**, que dio lugar a la sanción que se controvierte.

Que durante la investigación se probó que la empresa no aportó a la **SSPD** la información requerida en forma oportuna en relación con la descomposición del precio de oferta de las plantas hidráulicas y térmicas por cada hora, el valor asignado a cada variable, su memoria de cálculo y el correspondiente soporte documental; información que resulta esencial para el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales de vigilancia y control asignadas a esa Superintendencia.

Que el reproche a la empresa radica en que no identificó las variables ni las cuantificó plenamente, para enviar dicha información al ente de inspección, control y vigilancia, contrariando el artículo 6° de la Resolución CREG núm. 55 de 1994, pues es deber de la empresa prestadora conocer plenamente sus variables y no puede argumentar a su favor que la variación injustificada que se detectó en los precios se debió al costo de oportunidad del agua, como tampoco puede ser de recibo que el valor de la percepción del riesgo y el efecto de incertidumbre para el periodo cuestionado, sea el determinante para el comportamiento injustificado en la formación del precio.

Que la citada disposición claramente establece que los precios a los cuales las empresas generadoras ofrezcan energía en bolsa deben **reflejar los costos variables de generación en los que la empresa generadora espera incurrir**, los cuales deben ser **perfectamente identificables, cuantificables y agregables**.

Que por todo lo anterior se pudo concluir, en términos comerciales, que la empresa fue "*despachada fuera de mérito*" en los días materia de investigación, generándose "*reconciliaciones positivas*" a su favor que constituyeron unos sobrecostos en la operación del Sistema Interconectado Nacional, cuyo valor se refleja en la factura del usuario.

En otras palabras, que la Empresa al no haber ofertado de acuerdo con sus costos variables ocasionó que los usuarios debieran pagar una tarifa que no estaba plenamente justificada dentro del marco constitucional, legal y regulatorio.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

La Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2009, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que se abstenga de cobrar la multa impuesta o que en caso de que se haya pagado, reintegre su valor.

Para acceder a las pretensiones de la demanda, el *a quo* consideró que la facultad sancionatoria de la Administración había caducado, en los términos del artículo 38 del C.C.A.

Que la referida norma señala que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Que en consecuencia, la **SSPD** contaba con un plazo de 3 años para expedir y notificar el acto administrativo de la sanción, así como los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa, según el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2005 (Radicación núm. 1632, Consejero ponente doctor Enrique José Arboleda Perdomo).

Que comoquiera que la conducta que dio origen a la sanción ocurrió en el periodo comprendido entre el primero (1°) de enero y el veinte (20) de febrero de 2001, la **SSPD** debía imponer la sanción, notificarla y resolver los recursos de la vía gubernativa antes del 20 de febrero de 2004. Sin embargo, la Resolución núm. 1903 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por **EMGESA S.A.**, se expidió el 18 de junio de 2004 y se notificó el 8 de julio de mismo año, es decir, fuera de término.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impugna la sentencia aduciendo, en síntesis, que:

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido básicamente tres tesis en torno a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración. La primera de ellas estima que la simple expedición del acto administrativo sancionatorio es suficiente para evitar que opere la caducidad. La segunda, señala que el acto sancionatorio debe expedirse y, además, notificarse dentro de dicho término. Por su parte, la tercera considera que dentro del término de caducidad debe producirse la expedición del acto definitivo, así como la expedición y notificación de los que resuelvan los recursos de la vía gubernativa.

Arguye que disiente de la postura tomada por el Tribunal al acoger la tercera tesis, pues, en su criterio, debe adoptarse la primera, que indica que la expedición del acto sancionatorio suspende la caducidad contemplada en el artículo 38 del C.C.A.

Que ello es así, por cuanto el texto del artículo alude a la facultad que tienen las autoridades administrativas "para imponer sanciones", lo que difiere de la aplicación dada en la sentencia apelada, ya que allí se adicionan otros requisitos que consisten en exigir que el acto que impone la sanción esté notificado, así como aquellos que resuelven los recursos interpuestos.

Afirma que el acto de notificación no tiene injerencia en la caducidad, porque se trata de un acto independiente, de modo que el hecho de que para la fecha de

notificación del acto sancionatorio o del que resolvió el recurso de reposición, el término de caducidad ya hubiera operado, no conlleva la pérdida de competencia relacionada con la facultad sancionatoria.

Que si aún, en gracia de discusión, se admitiera que era necesaria la notificación de la Resolución sancionatoria, tampoco operó la caducidad porque la Resolución 237, por medio de la cual se impuso la sanción, fue proferida el día 23 de enero de 2004 y notificada el 12 de febrero del mismo año, es decir, dentro del término de caducidad de 3 años.

IV.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En la etapa procesal correspondiente a alegatos de conclusión, la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mediante los actos acusados el Superintendente Delegado para Energía y Gas impuso a **EMGESA S.A.** sanción pecuniaria consistente en multa de **CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$179.000.000.00)**, por infracción de las normas en materia de servicios públicos.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia impugnada, consideró que para la fecha en que la **SSPD** expidió el acto que impuso la sanción y el que resolvió los recursos de la vía gubernativa, ya había operado la caducidad de la facultad sancionatoria.

La demandada apela el fallo, porque en su criterio, se debe entender que la Administración ha ejercido su facultad sancionatoria cuando se ha proferido el acto principal, independientemente del momento de su notificación o de la de los actos que resuelven los recursos de la vía gubernativa.

Para resolver la controversia, la Sala observa que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A., *“la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer*

sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”.

Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente³:

«Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009 , que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, **se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria**, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”. (Negrilla fuera de texto).

Asimismo sostuvo que “los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Es, pues, claro, que en los términos del artículo 38 del C.C.A., la Administración debe ejercer la acción encaminada a sancionar personalmente al autor de la infracción administrativa, dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho. **En consecuencia, a partir de esa fecha la Administración cuenta con tres (3) años para proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, independientemente de la interposición de los recursos**». (Resaltado fuera del texto).

La postura de la Sala, es pues, la de que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos.

³ Sentencia de 7 de abril de 2011. Expediente núm. 2001-00790. Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso.

Consta en el expediente que los hechos que dieron lugar a la investigación adelantada por la **SSPD** contra **EMGESA S.A.** ocurrieron entre el 1° de enero y el 20 de febrero de 2001⁴; es decir, que el plazo de la **SSPD** para imponer la sanción y notificarla era hasta el 20 de febrero de 2004.

Ahora bien, para el cómputo del término de los tres (3) años, y de acuerdo con la tesis de la Sala Plena de esta Corporación expuesta en la sentencia transcrita, se tiene que en el presente caso no operó la caducidad por cuanto **la Resolución 237, por medio de la cual se impuso la sanción**, fue proferida el día 23 de enero de 2004 y notificada el 12 de febrero del mismo año, es decir, **antes de que venciera el plazo que tenía la Administración para hacer uso válidamente de su facultad sancionatoria.**

Así las cosas, se tiene que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso la sanción dentro del término que establece el artículo 38 del C.C.A., pues, se reitera, la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia impugnada.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del artículo 111 de la Ley 142 de 1994, que reclama la demandante, debe precisarse que el término que contempla dicha norma en nada se relaciona con el de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, pues allí se habla de un plazo de cinco (5) meses para adoptar la decisión que ponga fin a la actuación administrativa, pero no se indica que este sea el plazo para imponer la respectiva sanción. Así lo ha precisado la Jurisprudencia de la Sala al indicar que: *“el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, pero en dicha norma no se le da a ese término el alcance de caducidad que reclama la actora, y ni siquiera carácter preclusivo alguno, de modo que ante la ausencia de cualquiera de esos alcances, sólo cabe tenerlo como un término programático o indicativo, que a lo sumo puede tener implicaciones disciplinarias por su incumplimiento.”*⁵

En este orden de ideas, procede la Sala a estudiar los restantes cargos de la demanda.

⁴ Resolución núm. 237 de 2004, folio 37.

⁵ Ver sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente núm. 2004-00339-01. Actor: URRRA S.A. E.S.P. Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

De la falta de competencia del Superintendente Delegado para Energía y Gas, para expedir los actos acusados.

Alega la demandante que al imponer la sanción, el Superintendente Delegado para Energía y Gas estaba actuando por delegación de funciones que no son delegables, en los términos de la Constitución y la Ley.

Este cargo no tiene vocación de prosperidad, según pasa a explicarse:

El artículo 370 de la Constitución Política preceptúa:

“Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”

Por su parte, el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, señala:

*“El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, **en especial, del Superintendente y sus delegados.** (Resaltado fuera del texto).*

El Decreto 990 de 2002, “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” indica:

“FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios y los demás servicios públicos a los que se aplican las Leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus Delegados.”*

Esa facultad de inspección y vigilancia incluye la de imponer sanciones, según lo prevé el artículo 81 de la citada Ley 142, en los siguientes términos:

“Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta: (...).”

A través de la Resolución núm. 7605 de 23 de mayo de 2002, el Superintendente de Servicios Públicos delegó en los Superintendentes Delegados, entre otras funciones, la de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que violen las normas a las que deban estar sujetos.

Ahora bien, el cargo de Superintendente Delegado es de creación legal⁶, luego la delegación efectuada mediante Resolución 7605 de 2002, sí tiene fundamento legal y corresponde a una desconcentración jerárquica, prevista en la misma Ley 142 y en la Constitución Política, como ya se analizó.

Aunado a lo anterior, y según lo precisó también la Jurisprudencia de la Sala en la sentencia de 30 de septiembre de 2010 (Expediente núm. 2007-00203, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) al estudiar la legalidad de la citada Resolución 7605, las potestades sancionatorias que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fueron atribuidas directamente por la Constitución y la Ley, de manera que es esa entidad, en cabeza del Superintendente, a quien corresponde la competencia para sancionar, quien, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9° de la Ley 489 de 1998, está expresamente facultado para “[...] delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor **vinculados al organismo correspondiente**, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.”(Resaltado fuera del texto). Rezan apartes de la citada sentencia:

⁶ “Artículo 78. Estructura orgánica. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios tendrá la siguiente estructura orgánica: (...) 78.3. Despacho del Superintendente delegado para energía y gas combustible.”

« Sobre el particular, ha de considerarse que las potestades sancionatorias que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como bien lo anota el apoderado de la entidad demandada, no fueron “delegadas” por el Presidente de la República sino “atribuidas” por la Constitución y la Ley. En efecto, la aseveración anterior se fundamenta en las siguientes disposiciones:

(...)

La autoridad que tiene legalmente atribuida la competencia para sancionar es el SUPERINTENDENTE, quien de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9° de la Ley 489 de 1998, está expresamente facultado para “[...] delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

No huelga señalar también que de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 2° del Decreto 990 del 21 de mayo de 2002, “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.”, dicha entidad es definida como una entidad descentralizada de carácter técnico, “con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial”. El interés de hacer la anterior precisión, obedece al hecho de que la autorización para delegar a que se refiere el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, está reservada a los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa, condición que se satisface plenamente en el caso bajo examen.»

En este orden de ideas, la Sala concluye que el Superintendente Delegado para Energía y Gas sí estaba facultado para expedir los actos acusados y, en consecuencia, no prospera el cargo analizado.

Del incumplimiento del artículo 6° de la Resolución CREG núm. 055 de 1994 y del inciso 1° del artículo 43 de la Ley 143 de 1994: actos que privan a los usuarios de los beneficios de la competencia.

La motivación principal de los actos acusados radica en que los precios de oferta de las empresas generadoras deben reflejar los costos variables de generación, el efecto de la incertidumbre y la percepción del riesgo, según lo dispuesto en la Resolución CREG núm. 55 de 1994 y reafirmado en el Anexo A4 de la Resolución CREG núm. 024 de 1995. Que la empresa sancionada no identificó ni cuantificó dichas variables en la oferta de precios en la bolsa de energía para el período comprendido entre el 1° de enero y el 20 de febrero de 2001, según fue requerida por el ente de inspección, control y vigilancia, incurriendo así en la conducta descrita en el inciso 1° del artículo 43 de la Ley 143 de 1994, esto es, realizar actos que priven a los usuarios de los beneficios de la competencia.

Las normas en que se basaron los actos acusados son del siguiente tenor:

RESOLUCIÓN CREG 055 DE 1994.

“ARTÍCULO 6. OFERTAS DE PRECIO EN LA BOLSA DE ENERGÍA. Los precios a los cuales las empresas generadoras ofrezcan diariamente al Centro Nacional de Despacho (CND) energía de sus unidades de generación, por unidad de energía generada cada hora en el día siguiente, deben reflejar los costos variables de generación en los que esperan incurrir, teniendo en cuenta:

(...)

b) Para las plantas hidroeléctricas: los costos de oportunidad (valor de agua) de generar en el momento de la oferta, teniendo en cuenta la operación económica a mediano y largo plazo del sistema interconectado nacional.”

LEY 143 DE 1994: INCISO 1° DEL ARTÍCULO 43.

“Se considera violatorio de las normas sobre competencia, y constituye abuso de posición dominante en el mercado, cualquier práctica que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente sus contratos de suministro o cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros. Las empresas no podrán realizar acto o contrato alguno que prive a los usuarios de los beneficios de la competencia.”

En el pliego de cargos formulado por la **SSPD** (folios 69 a 82), se anotó:

*«Dado que la información señalada es esencial para el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales de vigilancia y control asignadas a esta Superintendencia, y encontrando que la argumentación de la empresa **no se ajusta a lo establecido en la regulación**, como se expuso anteriormente, se procedió a efectuar el cálculo del precio de bolsa que debió ofertar **EMGESA S.A. E.S.P.** para las plantas térmicas y la hidráulica del Guavio en los días materia de investigación.*

Para el cálculo del precio de bolsa se cuantificaron los costos variables en los que pudo incurrir la empresa. Es de anotar que los costos variables, según la teoría económica, son los costos que dependen del nivel de producción de la empresa. Se trata de los costos de sus factores variables.

*Como resultado del ejercicio, se encontró razonable el precio de oferta de las plantas térmicas que efectuó EMGESA para los nueve días bajo estudio, **no así el precio de oferta para la hidroeléctrica de El Guavio**.*

El precio horario obtenido para cada una de las veinticuatro horas de los días materia de investigación para la planta de GUAVIO fue el siguiente:

[CUADRO]

A continuación se presentan las diferencias entre el precio de oferta calculado por la SSPD y el ofertado por EMGESA para los días y horas bajo estudio:

[CUADRO]

Como puede observarse en el cuadro anterior, **la sumatoria de los costos variables estimados por la SSPD es menor a los precios ofertados por EMGESA durante todos los días del periodo investigado**, apreciándose una mínima diferencia para el 1° de enero.

No se encuentran argumentos razonables que permitan explicar el incremento tan significativo de los precios de oferta, incrementos que superan, por ejemplo, más del 100% en la mayor parte de las horas del 20 de febrero de 2001 en relación con el 1° de enero del mismo año.

De lo anterior se tiene, que EMGESA ofertó un precio a la bolsa de energía para **la Hidroeléctrica del Guavio que no corresponde a lo dispuesto en el artículo 6° de la Resolución CREG-055 de 1994.**»

Estima la Sala, que los actos acusados al fundamentarse en conceptos técnicos, solo pueden ser desvirtuados en esta instancia jurisdiccional, mediante prueba idónea sobre la materia que reúna las especificidades y el tecnicismo del caso particular.

Así lo sostuvo la Sala en un caso en el que la controversia giraba sobre un asunto similar al que es objeto de estudio. En dicha sentencia se expresó:

“Observa la Sala que la actora no aporta elementos probatorios ni argumentos nuevos que desvirtúen las consideraciones y conclusiones del a quo, pues en la sustentación del recurso se limita a decir que deberá ser revisada su posición de Orden Técnico Comercial, ya que con ella se probó que la Empresa no violó ninguna norma de la CREG ni de la Superintendencia, toda vez que el cálculo de los precios de energía en bolsa estuvieron dentro de los parámetros que se le permitía.

A lo anterior se agrega justamente que en el plenario no allegó prueba que demostrara su aserto y desvirtuara las pruebas arrimadas al expediente administrativo, en especial el dictamen pericial practicado por la Universidad Nacional.

En efecto, consta en el plenario que en la demanda había solicitado la práctica de un dictamen pericial, como era lo pertinente, dado el carácter técnico y especializado de la materia, el cual le fue decretado por el a quo, quien llegó incluso a designar el perito (folio 332); pero mediante memorial presentado el 6 de julio de 2005 la actora desistió de dicha prueba, “en razón a que considero, que con las pruebas testimoniales rendidas por expertos en la materia, sumadas a las especificaciones obrantes en los documentos se tienen elementos de juicio para tomar una decisión de fondo a favor de la empresa.” (folio 337).

*Sin embargo, el apelante no las individualiza ni precisa el contenido y alcance de tales pruebas testimoniales y documentales, y menos que ellas desvirtúen lo apreciado por el a quo (...) el memorialista **mantiene el debate sobre el punto en las mismas condiciones de generalidad, imprecisión y carencia de respaldo probatorio calificado y puntual que el mismo requiere, dado su gran complejidad técnica y especializada, que imposibilitan la prosperidad de los cuestionamientos de este carácter técnico contra el acto acusado**, tal como lo advierte el a quo.*

Téngase en cuenta que las circunstancias técnicas corresponden a situaciones susceptibles de demostración, lo cual puede implicar comprobaciones fácticas, y como tales deben ser probadas por quien las alegue en su favor, siguiendo el principio de la carga de la prueba, consagrado en el artículo 177 del C. de P.C. (Resaltado fuera del texto).⁷

De las pruebas del plenario.

Para desvirtuar los cargos endilgados por la **SSPD**, la empresa argumentó, básicamente, que por el solo hecho de no haber enviado la información requerida en cuanto a la descomposición del precio de oferta de las plantas hidráulicas y térmicas por cada hora, el valor asignado a cada variable, su memoria de cálculo y el correspondiente soporte documental para los días 1, 19, 27, y 28 de enero y 2, 4, 18, 19 y 20 de febrero de 2001, no puede inferir la Superintendencia que

⁷ sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente núm. 2004-00339-01. Actor: URRRA S.A. E.S.P. Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

EMGESA S.A. no identifica en la oferta de precios los costos variables que exigen la normativa aducida⁸.

Que, por el contrario, **EMGESA S.A.** elabora las ofertas con base en lo establecido en la ley y demás normas regulatorias, sin detrimento de la calidad y oportunidad del servicio, ni incremento de los costos al usuario final.

En respaldo de lo anterior, la actora solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

Dictamen pericial: por parte de perito experto en hidrología y en el manejo del mercado mayorista de energía.

Testimonios de 3 funcionarios de **EMGESA S.A.**: Jefe de División de la Bolsa de Energía, Profesional Bolsa de Energía y el Gerente Comercial.

Del acervo probatorio no advierte la Sala que existan elementos suficientes que logren desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos.

En efecto, al plenario no se allegó prueba que demostrara que **EMGESA S.A.** elaboró la oferta de precios en la bolsa de energía con base en lo establecido en la normas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas a las que debía someterse, y aún cuando fue requerida en la investigación administrativa, por parte del ente de control, no detalló la información acerca de los costos variables cuantificados para el periodo cuestionado, lo que conllevó la imposición de la sanción prevista para este tipo de incumplimiento.

Las declaraciones rendidas por los funcionarios de **EMGESA S.A.** (folios 222 a 233), si bien coinciden en cuanto a que una descomposición del precio de bolsa, como lo solicitaba la **SSPD**, no afecta los beneficios de la competencia, tampoco refutan los fundamentos de la sanción ni explican la omisión en el suministro de la información requerida, limitándose a señalar que los valores que se exigen en el mercado de la bolsa de energía son de conocimiento público, y a aportar un documento denominado *“El Mercado de Energía Mayorista y Su Administración. Seminario Introducción a la operación y administración del mercado”* que no aborda la cuestión debatida.

⁸ Recurso de reposición en la vía gubernativa, folios 84 a 104 del cuaderno principal.

En cuanto al dictamen pericial que fue decretado en primera instancia, no se pudo practicar por culpa de la parte actora.

Debe resaltarse que se trataba de una prueba técnica que de haberse practicado, habría resultado determinante para establecer si los cargos de la demanda, tenían o no suficiente respaldo, en cuanto a los aspectos técnicos de la controversia. No obstante, consta en el expediente que los gastos fijados por el Magistrado Sustanciador en primera instancia, que estaban a cargo de la parte actora (auto de 19 de febrero de 2009, folio 306) no fueron oportunamente cancelados, por lo que, en aplicación del numeral 6° del artículo 236 del C.P.C., en auto de 16 de abril de 2006, se declaró el desistimiento de la prueba.

En este caso, era indispensable que la demandante probara el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que pretendía con el ejercicio de su acción (artículo 177 del C.P.C.); de manera que sin haberse desvirtuado la presunción de legalidad de las Resoluciones que impusieron la sanción censurada, es preciso denegar las pretensiones de la demanda, para lo cual habrá de revocarse la sentencia impugnada.

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 10 de diciembre de 2009, proferida por la Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Tiénesse al doctor **MARIO LUÍS HINESTROZA ORTIZ**, como apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el poder otorgado, visible a folio 42.

En firme esta providencia, envíese 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 la sesión del día 23 de agosto de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ

Presidenta

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO