

TERMINO DE LA CADUCIDAD DE LA SANCION Y MONTO DE LA MISMA

Sentados los presupuestos jurisprudenciales, que en esta oportunidad se prohíjan, claramente se precisa que el término de cinco meses previsto en el artículo 111 de la Ley 42 de 1994, no es aplicable, sino el previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por no existir en la mencionada Ley, un tope de caducidad, es decir, tres años contados a partir de la ocurrencia de los hechos irregulares, que en el sub judice, consiste en la no revisión de las instalaciones de gas dentro de un quinquenio, según la prueba (Anexo 14) solicitada por la Superintendencia y allegada por la sociedad actora. Además, las sentencias transcritas aclaran que 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. Al respecto, para la Sala es claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tiene la facultad discrecional para aplicar sanciones pecuniarias a sus vigilados que hayan incurrido en irregularidades en la prestación de los servicios públicos. En el caso sub examine, se observa que las faltas cometidas por la empresa Gases de la Guajira S.A. E.S.P. son de suprema gravedad, ya que la omisión de revisar las instalaciones de más de 3.000 usuarios, pone en peligro la salud y la vida de los mismos. De suerte, que el monto de la sanción de \$150.348.000, se ajusta a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

SALARIO MINIMO APLICABLE A LA SANCION

Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, que trata el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares. Considera esta Sala, que si bien la Ley 142 de 1994, no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción, ya que para efectos de aplicarla debe existir previamente un procedimiento administrativo (Código Contencioso Administrativo) donde se averigüen si hay o no hechos irregulares, pruebas, pliego de cargos, descargos etc., pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub judice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 2 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 81.2 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 111 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 140 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 141

NOTA DE RELATORIA: Término de caducidad de la sanción, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, Rad. 2004-00339, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; sentencia de 9 de junio de 2011, Rad. 2004-00986, MP. Marco Antonio Velilla Moreno; sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. 2001-00790, MP. María Claudia Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00124-01

Actor: GASES DE LA GUAJIRA S. A. E. S. P

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS
DOMICILIARIOS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada y la actora en adhesión, contra la sentencia de 6 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, por medio de la cual se declara la nulidad de las Resoluciones SSPD-20062400022945 de 6 de julio de 2006 y SSPD-20082400013915 de 15 de mayo de 2008, expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1. ANTECEDENTES

I.1.- La Sociedad **GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.**, por medio de apoderado, 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 La Guajira, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1º: Que se declaren nulas las Resoluciones números SSPD-20062400022945 de 6 de julio de 2006, mediante la cual se impuso una sanción pecuniaria a la citada sociedad por valor de \$199.920.000 y SSPD-20082400013915 de 15 de mayo de 2008, con la que se resolvió el recurso de reposición, rebajando el monto de la

sanción a \$150.348.000, expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

2º: Que como restablecimiento del derecho se declare que no tiene obligación alguna a su cargo por concepto de la sanción pecuniaria impuesta.

3º: Que se declare que la caducidad de la facultad sancionatoria operó en todos los 13.840 casos.

4º: Que se condene en costas a la parte demandada.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones, la parte demandante citó los siguientes hechos:

Manifiesta que la Superintendencia en ejercicio de sus funciones, a través de la comunicación de 19 de septiembre de 2005, solicitó a **GASES DE LA GUJAJIRA S.A. E.S.P.**, la rendición de “informe de diagnóstico” del avance surtido respecto de la revisión prevista en el numeral 5.23 de la Resolución CREG – 067 de 1995, esto es la inspección de las instalaciones y medidores del usuario del servicio público domiciliario de gas combustible.

Que **GASES DE LA GUJAJIRA S.A. E.S.P.**, respondió el requerimiento a través del oficio 48691 de 2 de diciembre de 2005, sin embargo, la Superintendencia se pronunció afirmando que la citada entidad no había cumplido el numeral 5.23 de la Resolución CREG-067 DE 1995 al no realizar la revisión quinquenal a las instalaciones y medidores de los usuarios.

Expresa la actora que dio respuesta al pliego de cargos mediante comunicación de 4 de abril de 2006, manifestando que la entidad había realizado las acciones necesarias para efectuar las revisiones periódicas aún cuando no se tiene claridad

sobre el conteo de 5 años para hacer las inspecciones a las instalaciones que estaban en funcionamiento.

Alude que a través de la Resolución SSPD-20062400022945 de 6 de julio de 2006, la Superintendencia impuso la sanción pecuniaria por valor de \$199.920.000 por cuanto a la fecha 31 de agosto de 2005, la empresa no había revisado 13.840 casos.

Afirma que mediante la Resolución SSPD-20082400013915 de 15 de mayo de 2008, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión del acto recurrido.

I.3.- Como fundamento de las pretensiones de la demanda la actora sostiene que se violaron los artículos 4, 6, 13, 29, 121, 122 y 209 de la Constitución Política; 3, 35 y 84 del Código Contencioso Administrativo, 111 de la Ley 142 de 1994.

Considera la parte actora que el artículo 29 de la Constitución política, fue quebrantado, por cuanto los actos administrativos incurrieron en las siguientes irregularidades: 1) La sanción impuesta tuvo como parámetro económico el salario correspondiente al año 2006, parámetro que fue posterior a la comisión de la infracción, violándose así el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones. 2) La sanción impuesta no está previamente establecida en una norma legal. 3) Los actos administrativos carecen de motivación suficiente, ya que no se indica la fecha de la ocurrencia de las infracciones, como tampoco la forma en que operó la caducidad, ni explica los lineamientos tenidos en cuenta para la reducción en la sanción impuesta. 4) Violación del plazo para imponer la sanción, previsto en las normas de procedimiento.

I.4.- La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones y expresó al efecto, en síntesis, lo siguiente:

Indica que no existe violación al principio de legalidad y al debido proceso, toda vez que la Entidad ha actuado conforme a los lineamientos previstos en la Ley 142 de 1994, la cual reconoce la potestad y capacidad de dicha Superintendencia para fijar la sanción impuesta, conforme a la infracción cometida.

Aclara que los actos administrativos fueron proferidos teniendo en cuenta todos los elementos de juicio arrojados por la investigación realizada, por lo que se hallan claramente motivados, en tal sentido el monto de la sanción resulta proporcional al impacto de la infracción cometida por la parte actora.

Estima que aún cuando el accionante manifiesta que la Resolución sancionatoria debió proferirse dentro de los 5 meses que estipula el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, esta norma no limita la competencia de la Superintendencia para imponer la sanción, puesto que la excesiva carga laboral es un obstáculo insuperable para el cumplimiento de los términos legales.

Reitera que las empresas prestadoras de servicios públicos deben comprometer todos sus esfuerzos para garantizar la seguridad y óptima prestación del servicio, razón por la cual cuenta con medios coercitivos tales como la suspensión del servicio, para realizar las revisiones periódicas exigidas.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo indica que primeramente se abordará el estudio relativo a la violación del plazo previsto en las normas de procedimiento, para lo cual expresa:

Previene que el artículo 111 de la Ley 142, señala que la decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley.

Indica que con la comunicación de 19 de septiembre de 2005, se inicia el procedimiento administrativo para los actos unilaterales previstos en el Capítulo II

de la Ley 142 de 1994, por lo que dicho trámite debía ceñirse a lo reglado en dicho Capítulo.

Que dicha actuación debía culminar el 19 de febrero de 2006, entonces la Resolución SSPD2006-240-002294-5 al haberse proferido el 6 de julio de 2006, la entidad demandada superó el término de Ley.

Agrega que en ese orden de ideas, la Superintendencia carecía de competencia para proferirla, por lo que incurrió en abuso de poder por haber superado el tiempo para imponer la sanción; concluyendo que este cargo tiene la suficiente connotación jurídica para afectar de nulidad los actos administrativos demandados.

Señala que la sanción extemporánea, aparece quebranto al principio del debido proceso, pues no puede la Administración imponer una sanción, cuando el tiempo concedido para ello estaba vencido.

Por otra parte, encuentra el a quo que también le asiste razón al demandante cuando afirma que no existe proporcionalidad entre el monto de la sanción impuesta y el hecho que da lugar a la misma, ya que la Superintendencia por medio de la Resolución SSPD2006-240-002294-5 de 6 de julio de 2006, sancionó a la sociedad actora con la suma de \$199.920.000, al considerar que había incurrido en 13.840 irregularidades. Que luego al desatar el recurso de reposición, aceptó el argumento de la sociedad sancionada, sobre la caducidad respecto de 9.134 casos y, en consecuencia, carecía de competencia para sancionar, por lo que tuvo que modificar el monto, tasándola como base en 4.706 casos en los que la empresa había dejado de realizar la revisión quinquenal. Razón por la que la Superintendencia, estableció el monto de la sanción en \$150.348.000, suma que el demandante estima que no es acorde ni proporcional a la infracción cometida.

Afirma que le asiste razón a la sociedad actora, por cuanto habiéndose reducido el número de irregularidades a 4.706, de igual manera debió aminorarse el monto de la sanción en más de un 60%, lo que equivaldría a una sanción de \$67.978.578

aproximadamente. Que esta es una razón más para concluir que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al expedir los actos administrativos demandados desconoció las normas superiores en las que debía fundarse. Por tal motivo quebrantó el derecho al debido proceso.

Por otra parte, sostiene que el cargo relativo a que la tasación de la sanción en una suma determinada de dinero y no en salarios mínimos legales, no tiene vocación jurídica de prosperar, ya que el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, señala que la Superintendencia podrá imponer multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales, por lo cual no necesariamente se debe determinar la multa en salarios mínimos, lo que sí se debe respetar es el monto hasta el cual puede tasarse la multa.

Respecto al cargo de insuficiente motivación por no indicar la fecha de ocurrencia de las infracciones, no explicar la forma en que operó la caducidad y no determinar la reducción de la sanción, considera el a quo que le asiste razón al demandante, ya que la Superintendencia no fue lo suficientemente explícita, pues le correspondía señalar cada infracción, indicando la fecha de comisión para poder deducir cuáles se encontraban caducas y la determinación del lapso en que dicho fenómeno había operado, de igual manera, precisar cuál fue el procedimiento utilizado para la reducción de la sanción impuesta.

Añade que no hay lugar a condena en costas, ya que no se observa temeridad ni mala fe en la actuación cumplida por la Superintendencia demandada.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

III-1. El apoderado de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Respecto a la "*falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos por incumplimiento de los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994*", argumentado por el a quo, afirma que si bien el artículo 111 de la Ley

142 de 1994, establece el término de 5 meses siguientes a la primera de las citaciones o publicaciones, para que la Administración tome la decisión que ponga fin al proceso, no determina cuál es el término de caducidad de la acción sancionatoria, por lo que debe aplicarse el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, esto es de tres años.

Agrega que en ese mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, para lo cual cita la sentencia de 26 de noviembre de 2009, rad. 2004 00339-01.

En cuanto “*a la falta de proporcionalidad entre el monto de la sanción impuesta y el hecho que da lugar a la misma*”, argumentada por el a quo, arguye que la Superintendencia al momento de imponer la sanción tuvo en consideración el incumplimiento en que incurrió la empresa, justificándolo en la gravedad de la conducta, ya que ésta fue omisiva en el cumplimiento de las normas técnicas relativas a la seguridad de los usuarios, al no realizar las revisiones quinquenales a las cuales estaba obligada, conforme a lo dispuesto en el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 DE 1995.

Agrega que la sanción respetó la Ley y no vulneró los principios de legalidad y proporcionalidad, puesto que en ella se tuvo en cuenta el impacto que generó el incumplimiento de la empresa sobre los bienes jurídicos que se tutelan.

Además que la Superintendencia, durante la investigación, tuvo suficientes elementos de juicio para adecuar la sanción al hecho investigado. Es así como la entidad demandada sancionó a la prestadora del servicio con una multa de \$199.920.000, monto que está de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, con base en factores determinantes para establecer su tasación, cuales son, “*...el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, igualmente, se respetó el límite máximo permitido en el mencionado artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, monto que fue reducido en atención a que la empresa Gases de la Guajira no tenía reincidencia en el incumplimiento de su deber de realizar las revisiones técnicas quinquenales y por haber operado el fenómeno de caducidad con respecto a 9134 instalaciones...*” (folio 471 del Cuaderno del Tribunal).

En cuanto a la insuficiente motivación por no indicar la fecha de ocurrencia de las infracciones y no explicar la forma en que operó la caducidad y no determinar la reducción de la sanción, el recurrente adujo lo siguiente:

“Sobre el particular, es de anotar que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para resolver el recurso de reposición contra la Resolución 20062400022945 del 6 de julio de 2006 y con el objeto de identificar la fecha de conexión de cada uno de los 13.840 de usuarios, que a corte 31 de agosto de 2005 no se le había practicado la revisión de que trata el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes... atendiendo la información suministrada por la misma empresa y poder determinar sobre cuales había operado el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria, con el fin de dilucidar este tema planteado en dicho recurso, decreta de prueba oficio (sic), mediante acto de fecha 3 de marzo de 2008, el cual hace parte de los antecedentes administrativos que obran como pruebas en el expediente, a folio 295 y 296, donde se solicita la siguiente información:

- a. Listado de las 13.840 instalaciones con su respectivo número de NIU.*
- b. La fecha de instalación del servicio de los 13.840 usuarios que se encontraban pendientes de revisión quinquenal a 31 de agosto de 2008.*
- c. Número de revisiones quinquenales realizadas a las instalaciones relacionadas en el punto 1 y la fecha en la cual se practicó dichas visitas.*

Esta información fue suministrada por Gases de la Guajira S.A. E.S.P., mediante oficio 302-060750 de fecha 10 de Marzo de 2008, donde hace claridad que la información la adjuntan en CD, el cual hace parte de los antecedentes administrativos de la investigación vía gubernativa, y que obran como pruebas en el presente proceso a folio 145 del expediente.

En dicha información se determina por parte de Gases de la Guajira S.A. E.S.P., la fecha de suscripción del servicio de los 13.834 usuarios, a los cuales a corte de 31 de Agosto de 2005, no se les había realizado las revisiones quinquenales, que establece el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 de 1995.

Pues bien, se tiene que el objeto de esta prueba era identificar la fecha de conexión y/o de instalación del servicio de gas natural, a cada uno de los 13.840 usuarios a los cuales no se les había realizado la revisión técnica, a la que estaba obligada la empresa Gases de la Guajira S.A. E.S.P., para poder determinar la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superservicios, es claro entonces que el marco temporal que tomo de referencia la entidad que represento para identificar la fecha en que se generó el incumplimiento por parte de la prestadora, no podía ser otro que la fecha de conexión del servicio, a los cuales debe sumársele los cinco años a los que hace referencia el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 de 1995” (folios 471 a 472).

Sostiene, que el hecho de que no se relacione en el acto administrativo sancionatorio, las fechas de instalación y/o suscripción de cada uno de los 13.834 usuarios, no significa que no se analizó el tema, y que no se determine un marco temporal que identifique la fecha de incumplimiento por parte de la empresa demandante, puesto que es la misma Ley la que establece este límite temporal, que no es otro que 5 años para realizar las revisiones técnicas de seguridad, y por supuesto los 5 años deben contarse desde la fecha de conexión del servicio al usuario, y es por esta razón que se solicitó la información mediante auto de 3 de marzo de 2008, que se tomó en cuenta para resolver el recurso de reposición y decretar la caducidad con respecto a 9.134 instalaciones de gas domiciliarios.

En cuanto a lo manifestado en la sentencia de primera instancia, relacionado con la no determinación de la reducción de la sanción, aduce que como se explicó en el cargo anterior, lo que se cuestiona es el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio, y así se expuso en la Resolución sancionatoria, independientemente en que haya operado el fenómeno de caducidad con respecto a un número considerado de instalaciones, que sirvió de atenuante para la reducción de la sanción, por lo que no puede afirmarse que existe insuficiente motivación por no determinar la reducción de la sanción.

III-2. El apoderado de la Sociedad **GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.**, presenta apelación adhesiva en los siguientes términos:

Sostiene que hubo unos cargos que no fueron estudiados en la sentencia de primera instancia, los cuales plantea de la siguiente manera:

1. **En relación con el 1er. cargo de la demanda: porque se violó el principio de legalidad de la sanción y el principio de la igualdad ante la ley, debido a que la sanción se liquidó con fundamento en el salario mínimo de una época (año 2006) posterior a la época de la presunta comisión de la infracción sancionada. Indebida tasación de la multa** (folio 12 del cuaderno principal).

Aduce que este cargo no fue estudiado con el alcance y perspectiva en que fue planteado en la demanda.

Además, considera que la empresa no ha alegado que la sanción exceda el límite legal, sino que se impuso con fundamento en un parámetro de medición que no estaba vigente al momento de la comisión de la infracción, pues aplicó el salario mínimo legal del año 2006, fecha de expedición del acto y posterior a la ocurrencia del hecho sancionado.

2. **En relación con el 2º. cargo de la demanda: violación al principio de legalidad de la sanción por inaplicabilidad de la multa prevista en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994. Excepción de inconstitucionalidad** (folio 15 del Cuaderno Principal).

Indica que los actos demandados violan el derecho al debido proceso, uno de cuyos elementos es el principio de legalidad y de reserva de ley en materia sancionatoria, por cuanto mediante estos actos se aplicó una sanción cuyo marco de referencia temporal no está previamente determinado por la Ley 142, ni por otra ley, de modo que esta sanción es inaplicable.

Agrega que este vicio de inconstitucionalidad, también convierte a los dos actos demandados en nulos por violación al debido proceso, pues dichos actos no son más que el desarrollo de una norma inconstitucional.

En consecuencia, solicita aplicar el artículo 4º de la Constitución Política.

3. **En relación con el 4º cargo de la demanda y las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE ÉSTA: configuración de la caducidad prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, respecto a 4.706 (en realidad 3.589) casos en los cuales la Superintendencia no concedió esta figura** (folio 16 del Cuaderno Principal).

Considera que no fue estudiado en la sentencia, lo concerniente a que al decidir el recurso de reposición, la Superintendencia solo aceptó parcialmente este cargo, reconociendo que había operado la caducidad en 9.134 casos del total de 11.196 (sic) alegados, lo que significa que fueron rechazados 4.706 casos. Además

guardó silencio acerca de la forma en que hizo el conteo en cada caso, o por lo menos cuáles fueron los criterios adoptados para ello.

Por otra parte, es evidente que el 16 de agosto de 2006 y respecto a todos los 13.840 casos incluidos en el disco compacto, ya se había vencido el plazo de tres años para imponer la sanción, contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo de cinco años para hacer la revisión. Por lo tanto, la Superintendencia debió declarar la caducidad en relación con todos los casos y no solo respecto a 9.134, o al menos ha debido explicar cómo hizo el conteo, exponer qué criterios aplicó y cuáles fueron los casos cobijados y los excluidos, situación que viola el derecho de defensa.

Además, como consecuencia debió haber rebajado mucho más la sanción, lo que justifica que, en subsidio, tal como se hizo en la demanda, se conceda la pretensión de reducción de la sanción de manera proporcional.

4. **En relación con el 6° cargo de la demanda: hechos ajenos y causas externas a GASES DE LA GUAJIRA que, dentro de lo razonable, impidieron realizar a cabalidad las revisiones quinquenales. Violación del principio de imparcialidad que rige a la función administrativa** (folio 18 del Cuaderno Principal).

Aduce que este cargo tampoco fue estudiado en la sentencia. Pues se había dicho que la empresa realizó el esfuerzo necesario en dinero y recursos humanos para realizar las revisiones. Sin embargo, muchos usuarios negaron la práctica de la revisión quinquenal, ya que el costo de éstas les pareció alto y, además, porque muchos consideraron que sus instalaciones se encontraban en perfecto estado, de modo que la empresa no debía cobrar la revisión.

Alega que hay usuarios ubicados en una misma zona geográfica, que tienen distintas fechas de vinculación al sistema, lo que hace imposible realizar las revisiones, pues sería incurrir en mayores costos y gastos de los previstos al fijar el valor de las revisiones técnicas.

Manifiesta que otro factor que afectó la realización de las revisiones fue la intervención de otros entes estatales como los concejos distritales y municipales, personerías y alcaldías, porque son entidades que han cuestionado la legitimidad de la empresa para realizar y cobrar las revisiones periódicas. Que además de

esto, las decisiones judiciales de los usuarios que buscan el amparo de sus derechos, que aunque no comparte, deben ser respetadas.

Que todas estas situaciones fueron desestimadas por la Superintendencia, lo que demuestra que dicha entidad no es imparcial al tomar su decisión, violando dicho principio.

Sostiene que también se vulneró el principio de igualdad, ya que es laxa respecto a ella misma y exigente respecto a sus vigilados.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1. La Sala, entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 6 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, por medio de la cual se declara la nulidad de las Resoluciones SSPD-20062400022945 de 6 de julio de 2006 y SSPD-20082400013915 de 15 de mayo de 2008 y se deniegan las demás súplicas de la demanda, expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La Resolución SSPD-20062400022945 de 6 de julio de 2006, vista a folios 62 a 71 del Cuaderno del Tribunal, señala:

“El Superintendente Delegado para Energía y Gas en ejercicio de las funciones conferidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001, el Decreto 990 de 2002 y la Resolución No. 0021 del 5 de enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES”

1.1. Que mediante memorando No. 20052300057853 del 09 de diciembre de 2005, el Director Técnico de Gestión de Gas de esta Superintendencia, envió a este Despacho el Informe Técnico No. ITG-2005-06 del 07 de diciembre de 2005, donde informa de las presuntas infracciones al Código de distribución de gas combustible por redes y el contrato de condiciones uniformes por la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P. (folios 1 a 14).

1.2. Que esta Superintendencia decidió iniciar investigación administrativa y formular pliego de cargos a la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., mediante comunicación con radicado interno No. 20062400158931 del 15 de marzo de 2006, con fundamento en: (folios 15 a 18).

1.3. Que en el pliego de cargos se concedió a la empresa el término de diez (10) días hábiles, una vez cumplida su comunicación de conformidad con el artículo 107 de la Ley 142 de 1994, para presentar los argumentos soportes de defensa y solicitar las pruebas que considerara pertinentes.

1.4. Que mediante comunicación con radicado interno No. 2006-529-011889-2 del 04 de abril de 2006, el Doctor ROLLAND PINEDO DAZA, en su calidad de Representante Legal de la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., presentó sus descargos a folios 19 a 34.

2 ANÁLISIS DEL DESPACHO

2.1 Hecho:

“La empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P. a 31 de agosto de 2005 no realizó presuntamente de manera oportuna la revisión señalada en el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 de 1995, en las instalaciones internas correspondientes a 13840 usuarios”.

2.2. Pruebas:

Informe Técnico No. ITG-2005-62 (sic) de fecha 07 de diciembre de 2005, realizado por la Dirección Técnica de Gestión de Gas (Folio 1-14).

Descargos presentados por la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., el día 04 de abril de 2006 y sus anexos (Folios 19 a 34).

2.3. Normas presuntamente violadas:

RESOLUCIÓN CREG 067 DE 1995

En el numeral 5.23 de la sección V.5.1. “Revisión a las instalaciones y medidores del usuario”, se estableció:

“5.23. El distribuidor estará obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y **a intervalos no superiores a cinco años**, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Realizará pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones de este Código y de los contratos que se suscriban con el usuario. El costo de las pruebas que se requieran, estarán a cargo del usuario” (Negrillas fuera de texto).

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE LA EMPRESA GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.:

Numeral décimo cuarto del Capítulo II del Título II del Contrato de Condiciones Uniformes de la empresa GASES DWE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.

“REVISIÓN OBLIGATORIA: LA EMPRESA se obliga a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco (5) años, o en cualquier tiempo a solicitud del usuario o SUSCRIPTOR. El costo de la inspección estará en todo caso a cargo del usuario. En el evento en que no obstante haber informado previamente al usuario sobre la revisión programada obligatoria, éste no permita el acceso al inmueble, LA EMPRESA podrá suspender el servicio sin que haya lugar a reclamación alguna por parte del SUSCRIPTOR”.

(...).

2.5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

(...).

3. JUSTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Que como consecuencia de todo lo anterior, este Despacho procederá a aplicar sanción pecuniaria a GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., la cual se graduará teniendo en cuenta que la empresa con anterioridad no ha sido sancionada por los mismos hechos y, entre otros, con fundamento en el análisis de los impactos de las infracciones en las cuales incurrió la empresa:

- La empresa atentó contra su obligación de tomar las medidas necesarias para evitar accidentes que comprometan la salud y la vida de los usuarios del servicio que les presta, al no efectuar las revisiones dentro del período que la ley contempla para ello, pues cada momento que transcurre sin que se verifique el estado de las instalaciones es mayor tiempo que peligró el usuario.*
- La empresa vulneró lo contemplado en el Numeral 5.23 del Código de Distribución de Gas Combustible por Redes (adoptado por la Resolución CREG 067 de 1995), y lo estipulado en el numeral 3 de la cláusula décima octava del capítulo V del contrato de condiciones uniformes.*

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- *Imponer sanción pecuniaria a la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P. a favor de la Nación, pagadera por consignación en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de la República, cuenta No. 61011110 y Denominación “Dirección del Tesoro Nacional – otras tasas, multas y contribuciones no especificadas” concepto Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, código 106, por un valor de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$199.920.000.00), la cual se hará efectiva en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

(...).”

Mediante la Resolución SSPD-20062400024005 de 12 de julio de 2006 vista a folios 73 a 74, se aclara la Resolución SSPD 2006240002295 de 6 de julio de 2006, en los siguientes términos:

*“(...). **ARTÍCULO PRIMERO.-** Aclarar el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución SSPD 2006240002295 de 6 de julio de 2006, en el sentido de señalar que el valor correcto en letras es de “CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE”.*

(...).”

A través de la Resolución SSPD-20082400013915 de 15 de mayo de 2008, que figura a folios 103 a 116, se resuelve el recurso de reposición interpuesto por GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., contra la Resolución sancionatoria.

*“(...). **1. Antecedentes***

***1.1** Que mediante la Resolución Nro. 20062400022945 del 6 de julio de 2006 este Despacho decidió imponer sanción pecuniaria a la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., por un valor de ciento noventa y nueve millones novecientos veinte mil pesos moneda legal colombiana (\$199.920.000.00), (folios 35 a 44). La decisión fue aclarada mediante la Resolución Nro. 20062400024005 del 12 de julio de 2006.*

***1.2** Que los mencionados actos administrativos fueron notificados por edicto, los cuales fueron desfijados el día 16 de agosto de 2006 (folios 49 y 50).*

(...).

***1.4** Que el doctor Rolland Pinedo Daza en su calidad de representante legal de la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., interpuso dentro del término correspondiente recurso de reposición...*

***1.5** Que una vez analizado el oficio presentado por el representante legal de la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., se consideró necesario solicitar documentación que soportara los argumentos expuestos, expidiéndose el acto administrativo del 3 de marzo de 2008. (folios 111 y 112).*

(...).

2 Analisis

(...).

...sustentado tal petición en los siguientes términos:

Violación al Debido Proceso

El recurrente transcribe el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994 y el parágrafo 3 del Artículo 1 del Decreto Ley 1074 de 1999 manifestando:

“...Como se observa, las dos normas tienen la similitud de que ambas refieren al monto de la sanción al salario mínimo, con la diferencia que en la segunda se alude al salario de una época determinada, mientras que en la primera, que es la norma aplicable a nuestro caso, ni siquiera se hace dicha alusión de manera que el funcionario sancionador quedaría en total libertad de escoger el marco temporal al cual referiría el salario con fundamento en el cual impondría sanción...”.

(...).

Señala que no se determinó el tiempo de la comisión de la infracción por lo que queda al arbitrio de la SSPD, escoger el factor temporal para la imposición de la multa....

(...).

Indica que: “...ni en la precitada Resolución, ni el pliego de cargos previo, se indicó en que momento ocurrió la infracción respecto a cada uno de los 13.840 (realmente son 12.723) instalaciones...”

Afirma que la infracción es considerada por omisión y que por lo mismo tiene una fecha exacta de ocurrencia la cual debe precisar la Superintendencia en su acto administrativo sancionatorio y de no cumplirse dicha obligación se convierte en un acto irregular por carecer de motivación suficiente, impidiendo el ejercicio del derecho de contradicción por parte de la investigada.

(...).

Esboza que en procedimiento debe identificarse plenamente el marco temporal de la ocurrencia de los hechos....

Ratifica sus argumentos en relación con el valor de la sanción y el salario mínimo aplicable para el caso particular, por lo que a criterio de la investigada la sanción impuesta se encuentra indebidamente motivada....

Insuficiente y Falsa Motivación

Manifiesta que el Despacho afirma que la empresa incumplió su obligación impuesta en el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 de 2005 y que ello produce impacto sobre la buena marcha del servicio, afirmando que: “no existe prueba alguna de procedimiento efectuado a los predios faltantes por revisión, así como tampoco aporta copia de las comunicaciones dirigidas a los usuarios informándole el objeto de la visita. Es decir, no hay prueba de la programación de las visitas...”.

Expone que no se demostró la afectación de la buena marcha del servicio por el incumplimiento en el que incurrió la Empresa, y que no se tiene conocimiento de un solo accidente por el mal estado de las instalaciones...

Indica que es falso que no se haya probado la voluntariedad de la empresa para emprender las acciones necesarias para llevar a cabo las visitas, así como que no se tenga programación al respecto...

(...).

Caducidad por Violación de términos previstos en el Artículo 111 de la Ley 142 de 1994.

Manifiesta que para la elaboración de la sanción impuesta por la SSPD, han transcurrido más de cinco (5) meses e invoca en artículo 111 de la Ley 142 de 1994.

(...).

Violación al Debido Proceso por indebida tasación de la multa impuesta.

Reitera lo manifestado en múltiples oportunidades en relación a que no se señaló en el acto administrativo la fecha de ocurrencia de cada una de las omisiones a las visitas técnicas, ni el salario que se tuvo en cuenta para liquidar la sanción, concluyendo que es deber de la SSPD, determinar la fecha de la infracción.

Afirma que se presume que el salario mínimo aplicado es el correspondiente al año 2006, pero que ninguna de las infracciones fue cometida en este año.

Hechos insalvables y ajenos al actuar de la empresa. Desconocimiento de la realidad imperante en el medio. Cumplimiento actual.

Reitera lo manifestado en sus descargos y, aduce que sí se intentó usar los mecanismos de coacción con los usuarios, pero los mismos no solo eran engorrosos y costosos, sino que no garantizaban ni permitían la efectiva realización de la inspección.

Violación al Debido Proceso por caducidad del término previsto en el Artículo 38 del C.C.A. en relación a 11.196 casos.

Afirma que: “la insuficiente motivación expuesta en el numeral 1.2.2 no impide alegar que respecto de los 13.840 (realmente son 12.723) instalaciones indicados en el numeral 2.1 de la Resolución No. 20062400022945, en 11.196 casos ya habían transcurrido más de tres años después de producido el acto que pueda ocasionarlas, según veremos a continuación y, por tanto ya había caducado la facultad para imponer sanciones por el incumplimiento de la obligación de inspección surgida en relación con dicho lapso respecto a dichas instalaciones...”.

Realiza un análisis del momento en que deben empezar a contarse la caducidad de los tres años contemplados en el artículo 32 (sic) del C.C.A., e invoca sentencias del Consejo de Estado al respecto.

(...).

Violación del artículo 13 de la Constitución por desproporción de la sanción impuesta de 490 salarios mínimos del año 2006, en comparación con otras empresas sancionadas por esta misma infracción.

Afirma la investigada que incumplió menos infracciones en número y proporción si se compara con la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P., por lo que reclama una sanción proporcional a la impuesta a la empresa mencionada.

2.1. Consideraciones del Despacho.

El Despacho no acoge como válidos los argumentos expuestos por el representante de la prestadora relacionados con la falta de motivación del acto que se recurre, toda vez que de la lectura total del mismo se pueden evidenciar las razones que lo fundaron.

En efecto, el acto administrativo contenido en la Resolución Nro. 20062400022945 del 6 de julio de 2006 puede observarse claramente los motivos de hecho y derecho en los que se fundamentó la decisión, los cuales están soportados en el material probatorio que hace parte integral de la presente actuación.

(...).

...es claro que si bien la empresa reitera su "diligencia" en el intento de realizarlas, para este Despacho está claro que sus actividades no fueron eficientes, en la medida que no se consiguió el fin buscado, como lo es el de preservar la seguridad en la prestación del servicio.

Más aún cuando la regulación le otorgó a las empresas prestadoras del servicio público de gas natural, la posibilidad de suspensión del servicio, en caso de no poder efectuar la visita como medida última garantizada.

*Por su parte, la Ley 142 de 1994 dispuso que las empresas deben prestar los servicios públicos de manera tal que se garantice la calidad de los mismos **cumpliendo los parámetros de seguridad.***

Violación al Debido Proceso.

El accionante efectúa una comparación entre una norma de la DIAN que fue declarada inconstitucional con el artículo 81.2 de la ley 142 de 1994, concluyendo que dicho artículo también es inconstitucional y por ello el mismo no debe ser aplicado.

Sobre el particular, es preciso advertir que el único ente jurídico con competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma es la Honorable Corte Constitucional, por ello hasta tanto esa instancia no se pronuncie en tal sentido, la norma goza de plena validez.

(...).

Ahora bien, en relación con el salario mínimo aplicado en la sanción, se advierte que este corresponde al año 2006, en razón a que fue el año en que se emitió la decisión que hoy se recurre.

Para el cálculo de las sanciones siempre se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual constituye un postulado que racionaliza la actividad sancionatoria de la administración evitando el desbordamiento de la actuación represiva, encausándola dentro de un criterio de ponderación, mesura y equilibrio, como la alternativa última entre las que menos gravosa resulten para el administrado.

(...).

En el caso en estudio, durante la investigación, la administración tuvo suficientes elementos de juicio para adecuar la sanción al hecho investigado, por cuanto la

multa impuesta es la correspondencia al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público.

Al respecto los artículos 79.1 y 81 de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, establecen la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de sanciones...

En el presente caso, esta Superintendencia sancionó a la prestadora con multa de ciento noventa y nueve millones novecientos veinte mil pesos moneda legal colombiana (\$190'920.000.00), monto que fue fijado en concordancia con lo señalado en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, esto es, en atención a factores determinantes para efectos de su graduación, cuales son, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público. Igualmente, se respetó el límite máximo permitido en el mencionado artículo.

(...).

Insuficiente Motivación y Caducidad.

El recurrente manifiesta que el Despacho no determinó la fecha exacta de cada una de las 13.840 revisiones en que se generó el incumplimiento, puesto que las mismas son de omisión instantánea vulnerándose con ello el derecho de contradicción.

(...).

...al analizar los argumentos de la prestadora en el sentido de identificar la fecha de conexión de cada una de las 13.840 instalaciones con la finalidad de determinar si para las mismas había operado la caducidad, se hizo necesario decretar prueba de oficio.

En tal sentido, fue expedido el acto administrativo de pruebas, del 3 de marzo de 2008 obrante a folios 111 y 112 del cuaderno administrativo...

(...)

...una vez analizada la información allegada por la investigada, consistente en un listado de las 13.839 (sic) revisiones pendientes a 31 de agosto de 2005, con su respectivo número de NIU, fecha de instalación y fecha de revisión, se encontró que para 9.134 instalaciones operó el fenómeno jurídico de la caducidad, por lo que el Despacho ha perdido competencia para sancionar por dicho incumplimiento, acorde con lo preceptuado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo...

Como se evidencia de lo expuesto, sobre las 9.134 revisiones que debía realizar la Empresa, sí contamos desde la fecha límite para dicha revisión técnica, hasta que la resolución sancionatoria quedó notificada, han pasado más de 3 años, motivo por el cual dichas instalaciones se desestimarán y en consecuencia se procederá a modificar el monto de la sanción impuesta.

...Por tal razón, sólo se considerarán 4.706 como incumplidas, las cuales serán sujeto de sanción.

En lo referente a las sentencias transcritas, es preciso resaltar que las mismas se refieren a temas tributarios que en nada se relacionan con el tema de servicios públicos, el cual tiene su legislación y regulación independiente.

Por otra parte, la investigada manifiesta que allega escritos donde se advierte a los usuarios que de no dejar hacer la revisión se suspendería el servicio, pero deja de un lado la demostración efectiva de la suspensión del servicio a los usuarios que han impedido efectuar la revisión quinquenal.

En efecto, como se expuso en el acto que se recurre y en el texto mismo de la presente decisión, la Ley y la regulación actual le han otorgado a las Empresas un medio de coacción efectivo frente a los usuarios que se oponen a la ejecución de la revisión quinquenal, el cual corresponde a la suspensión del servicio.

(...).

Insuficiente e Indebida Motivación del acto

El recurrente resalta la importancia de la suficiente y debida motivación del acto, y reitera lo manifestado acerca del monto de la multa que debería estipular el artículo 81.2. de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo con lo manifestado por la investigada el Despacho ratifica lo expuesto en puntos anteriores en relación con la competencia que se tiene para determinar si existió o no una debida motivación del acto,, y en lo referente a la competencia que se tiene para determinar que actos son inconstitucionales y cuales no.

(...).

Este Despacho al momento de imponer la sanción tuvo en consideración el incumplimiento en que incurrió la empresa y la justificó expresando que “la gravedad de la conducta tiene que ver con que la empresa fue omisiva en el cumplimiento de normas técnicas relativas a la seguridad de los usuarios”. La sanción respetó todos los lineamientos legales y no se vulneró el principio de legalidad.

Este incumplimiento de la empresa genera un impacto sobre los bienes jurídicos que tutela esta Superintendencia, y con base en estos se justifica la imposición de la multa.

Caducidad por Violación de términos previstos en el Artículo 111 de la ley 142 de 1994.

(...).

En relación con este argumento se clarifica que los términos corresponden a límites temporales que se imponen con el fin de dar agilidad al proceso, permitiendo la ejecución continua de las diferentes etapas que se surten dentro del mismo.

(...).

La excesiva carga laboral puede convertirse en un obstáculo insuperable que explica el incumplimiento de términos legales, circunstancia que se ha reconocido en diferentes oportunidades.

En el presente caso, para la fecha en que se expidió la resolución recurrida, existía en la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos tal cantidad de investigaciones que se imposibilitó el control estricto por parte del Superintendente Delegado de los distintos términos legales.

Así mismo, es de señalar que la complejidad y cuidado de los distintos temas tratados, incluyendo el que ahora se resuelve, llevaron a realizar un análisis más profundo de los casos que tramitaban a fin de proferir de manera adecuada las distintas resoluciones.

Así las cosas, el término de más utilizado (sic) en la expedición de la resolución recurrida se encuentra plenamente justificado, por lo que no puede entenderse que el haber excedido el término legal conlleva a la prescripción de la oportunidad para pronunciarse por parte del Despacho o que la decisión adoptada se torne en ilícita.

(...).

Violación al Debido Proceso por indebida tasación de la multa impuesta.

El recurrente ratifica lo manifestado en relación con la fecha de la ocurrencia de cada una de las omisiones de las revisiones, y el salario que se tuvo en cuenta para sancionar pues ninguna de las infracciones se cometió en el 2006.

Sobre el particular, este Despacho se remite a las motivaciones ya expuestas. No obstante lo anterior, se reitera que el artículo 82.1 (sic) de la Ley 142 de 1994, fija unos parámetros que han sido cumplidos fielmente por el Despacho, que el valor de la sanción se ha tasado con el salario mínimo fijado para el 2006, puesto que la decisión fue proferida el 6 de julio de ese año y que fijar un monto de multa sin haber recaudado los elementos de juicio suficientes, constituiría una clara violación al debido proceso.

Hechos insalvables y ajenos al actuar de la empresa. Desconocimiento de la realidad imperante en el medio, Cumplimiento actual.

El recurrente ratifica sus descargos y solicita que sean nuevamente evaluados, agrega que los otros mecanismos son engorrosos y costosos y que no se garantiza ni permite la efectiva realización de la inspección.

(...).

...el Despacho se ratifica en los argumentos expuestos en la decisión del 6 de julio de 2006.

No obstante lo anterior, se reitera que por haber operado el fenómeno de la caducidad solamente se tendrán en cuenta para la cuantificación de la sanción 4.706 revisiones frente a las cuales se tenía competencia al momento de imponer y notificar la decisión.

Por otro lado, causa extrañeza a este Despacho el argumento de la investigada en el sentido que no se implementaron otros mecanismos a fin de lograr las revisiones faltantes puesto que los mismos además de ser engorrosos y costosos no garantizaban que las mismas pudieran efectuarse materialmente, toda vez que

las empresas deben comprometer todos sus esfuerzos para la protección de la salud y la vida de los usuarios, que para el caso se materializa en la posibilidad de la suspensión del servicio.

Caducidad por vencimiento del término contemplado en el artículo 38 del C.C.A.

Frente a lo expuesto por la prestadora, se reitera lo analizado con anterioridad en cuanto a que para 9134 instalaciones operó el fenómeno de la caducidad y en tal sentido se procederá a modificar el valor de la sanción impuesta mediante acto administrativo del 6 de julio de 2006.

Violación del artículo 13 de la Constitución Nacional.

Es importante resaltar que las pruebas soporte de la investigación adelantada por este Despacho, son los informes presentados por GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., a la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible, mediante radicado 2005-529-080585-2 del 06 de diciembre de 2005, en donde determina que a 31 de agosto de 2005 se encontraban pendientes por ejecución 13.840 revisiones a instalaciones que cumplían el período quinquenal que trata la Resolución CREG 067 de 1995 y 2008-529-009756-2 del 11 de marzo de 2008, presentado a la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas mediante el cual se concluyó que caducó la competencia para sancionar a la Empresa por 9134 instalaciones que no había revisado a 31 de agosto de 2005.

De acuerdo a lo anterior, se pudo determinar el incumplimiento por parte de la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P., en la ejecución de las revisiones periódicas.

(...).

Conclusión.

Para el Despacho, no realizar de manera oportuna la revisión a las instalaciones del usuario, es considerado grave ya que por medio de ésta se busca verificar el cumplimiento de las normas técnicas y de seguridad las cuales son de vital importancia.

Por las consideraciones anteriores y evaluados todos los argumentos expuestos por la empresa, este Despacho concluye que frente al hecho investigado, se confirma su ocurrencia, excluyendo de la lista reprochada 9134 instalaciones frente a las cuales operó el fenómeno de la caducidad.

En consecuencia la parte resolutive de la Resolución No. SSPD 20072400025405 de 13 de septiembre de 2007 (sic), será modificada teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

Resuelve:

Artículo primero: Modificar el contenido de las Resoluciones No. SSPD 20062400022945 del 6 de julio de 2006 y 20062400024005 del 12 de julio de 2006, expedidas por este Despacho, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, y en consecuencia el artículo primero quedará así:

*Imponer sanción pecuniaria a la empresa GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.,...a favor de la Nación, por un valor de ciento cincuenta millones trescientos cuarenta y ocho mil pesos moneda legal colombiana (\$150.348.000.00), la cual se hará efectiva en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta resolución, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
(...)*”.

V.1.1. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, demandada en esta oportunidad, presentó recurso de apelación, por cuanto si bien el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, establece el término de 5 meses siguientes a la primera de las citaciones o publicaciones, para que la Administración tome la decisión que ponga fin al proceso, no determina cuál es el término de caducidad de la acción sancionatoria, por lo que debe aplicarse el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, esto es de tres años.

La Sala, considera pertinente referirse al término de caducidad de la sanción, con el fin de determinar si es o no aplicable, en el sub judice.

Esta Sala, se ha pronunciado en infinidad de oportunidades sobre este tema. Es así como en sentencia de 26 de noviembre de 2009, se dijo:

“Caducidad de la facultad sancionatoria. La actora la sustenta en que la decisión sancionatoria se adoptó después de los 5 meses que señala el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 o, en todo caso, quedó en firme después de los 3 años que establece el artículo 38 del C.C.A.

Al respecto se observa 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. Para la debida ilustración, conviene traer su texto, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 111. OPORTUNIDAD PARA DECIDIR. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente ley.”

Por consiguiente, el término de caducidad que se ha de aplicar por no existir norma especial en la referida ley, es el artículo 38 del C.C.A., según el cual la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

El alcance de esa disposición fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia¹ cuyo asunto se llevó a su conocimiento por la importancia jurídica del tema nacida de la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre el mismo, por lo cual la posición jurisprudencial mayoritaria allí sentada, que aunque concerniente a un proceso disciplinario, se ha de aplicar para dilucidar el cargo bajo examen, pues sustancialmente se trata del ejercicio de una misma facultad, la de imponer sanción por las autoridades administrativas, no sin antes advertir que el Consejero ponente del sub lite salvó el voto en dicha sentencia.

La posición jurisprudencial allí definida y que, como atrás se señala, acoge la Sala por su carácter unificador de los diferentes lineamientos que se habían dado entre las Secciones de la Corporación, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, decisión ésta que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración; mientras 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 aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

En ese orden, se tiene que los hechos, según consta en autos, tuvieron ocurrencia entre 15 de julio y 31 de agosto de 2000 (folio 112), por consiguiente, la Superintendencia tenía oportunidad hasta 31 de agosto de 2003 para proferir e incluso notificar en debida forma el acto sancionatorio, y observa la Sala que la decisión se tomó mediante Resolución 003262 de 23 de julio de 2003 y que su notificación se surtió de manera personal al apoderado de la actora el 6 de agosto de 2003 (folio 2356), lo que pone en evidencia que tal diligencia se produjo antes de vencerse el comentado término de 3 años, luego no tuvo ocurrencia la invocada caducidad ya que la sanción fue impuesta dentro del lapso que para el efecto tenía la autoridad sancionadora"²

En igual sentido, la sentencia de 9 de junio de 2011, se pronunció sobre la caducidad de la sanción, en los siguientes términos:

“La norma que el demandante sostiene que ha violado la Administración al imponerle la sanción pecuniaria, es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, el cual señala:

“CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas

¹ Sentencia de 29 de septiembre de 2000, expediente núm. 1100103150002003 00442 01, consejera ponente doctora **SUSANA BUITRAGO VALENCIA**.

² Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Rad: 2004-00339-01. Consejero ponente: **RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA**. Actor: URRRA S.A. E.S.P.

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

Es importante destacar de esta sentencia la unificación de las diferentes posturas que antes se habían adoptado, y por cuanto a pesar de que no se refiere al artículo 38 antes citado que se ocupa de la caducidad y no de la prescripción enunciada en la norma disciplinaria, es perfectamente aplicable al caso que en esta oportunidad se ventila.

En este orden de ideas, tal como lo señala la jurisprudencia descrita, la sanción se considera oportunamente impuesta si dentro del término de tres años indicado en la norma se ejerce esta potestad, es decir, se expide y se notifica el acto administrativo que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal, el cual, en el caso sub examine, es la Resolución 682 emitida el 13 de febrero de 2004 y, notificada el 23 de marzo de 2004, con la cual se concluye la actuación administrativa por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En otras palabras, si los hechos ocurrieron entre los días 4 y 20 de febrero de 2001, según la Resolución No. 682 de 13 de febrero de 2004 que obra a folio 22 del expediente, no el 29 de febrero como equivocadamente lo indica el a-quo, y la sanción fue impuesta el 13 de febrero de 2004, se tiene que la Administración vulneró el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, ya que tenía un plazo máximo hasta el 20 de febrero de 2004, y tan sólo se notificó el acto principal o primigenio el 23 de marzo de 2004, es decir, extemporáneamente.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero de acuerdo con las consideraciones antes anotadas, ya que se reitera, que la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, las fechas de los recursos administrativos interpuestos ni la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como erróneamente sostuvieron el a quo y la sociedad demandante”³.

Así mismo, en la sentencia de 23 de agosto de 2012, se sostuvo:

“Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente⁴:

*«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,***

³ Sentencia de 9 de junio de 2011. Rad: 2004-00986-01. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Actor: TERMOFLORES S.A. E.S.P.

⁴ Sentencia de 7 de abril de 2011. Expediente núm. 2001-00790. Consejera ponente doctora MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

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.

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 2001; 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.

Sentados los presupuestos jurisprudenciales, que en esta oportunidad se prohíjan, claramente se precisa que el término de cinco meses previsto en el artículo 111 de la Ley 42 de 1994, no es aplicable, sino el previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por no existir en la mencionada Ley, un tope de caducidad, es decir, tres años contados a partir de la ocurrencia de los hechos irregulares, que en el sub iudice, consiste en la no revisión de las instalaciones de gas dentro de un quinquenio, según la prueba (Anexo 14) solicitada por la Superintendencia y allegada por la sociedad actora.

Además, las sentencias transcritas aclaran que 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.

Así las cosas, no le asiste razón al a quo, al haber tenido en cuenta una norma que no trata sobre la caducidad de la sanción, puesto que al no contemplarla la Ley 142 de 1994, se reitera, sólo es aplicable el término previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, del anexo 14 (CD), que obra a folio 146 del Cuaderno del Tribunal, solo se tendrán presentes aquellos casos, en los que la instalación haya sido a partir del 16 de agosto de 1998, ya que la fecha de desfijación del edicto mediante el cual fue notificada la sanción es del 16 de agosto de 2006. De manera que los demás casos anteriores a dicha fecha, en efecto, ya se encontraban caducados.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el numeral 5.23. de la Resolución CREG 067 DE 1995⁶, establece un término de cinco años para inspeccionar las instalaciones

⁵ Sentencia de 23 de agosto de 2012. Rad: 2004-01001-01. Consejera ponente: **MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**. Actor: EMGESA S.A. E.S.P.

⁶ 5.23. El distribuidor estará obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco años, o a

de los usuarios. Por lo tanto, el período del quinquenio, debe empezarse a contar desde la fecha de instalación. Siendo muchos más de 3.000 casos, cuyas fechas de instalación son posteriores al 16 de agosto de 1998. De manera que si por ejemplo, se suman los cinco años al más antiguo que tenga la fecha primeramente citada, daría como resultado el 16 de agosto de 2003, más tres años que es el término de caducidad sería el 16 de agosto de 2006. A partir de la última de las citadas fechas, los casos no revisados por la parte actora, no estarían caducados y, por consiguiente, la sanción por dichas irregularidades estaría vigente.

Así las cosas le asiste razón a la entidad de vigilancia recurrente, pues no habría lugar a decretar la caducidad de la sanción, por cuanto la Resolución SSPD-20062400022945, mediante la cual se impuso la sanción, fue proferida el día 6 de julio de 2006, aclarada a través de la Resolución 20062400024005 de 12 de julio de 2006 y notificadas por edicto desfijado el 16 de agosto de 2006, es decir, antes de que venciera el plazo que tenía la Administración para hacer uso válidamente de su facultad sancionatoria.

V.1.2. En cuanto *“a la falta de proporcionalidad entre el monto de la sanción impuesta y el hecho que da lugar a la misma”*, argumentada por el a quo, arguye que la Superintendencia al momento de imponer la sanción tuvo en consideración el incumplimiento en que incurrió la empresa, justificándolo en la gravedad de la conducta, ya que ésta fue omisiva en el cumplimiento de las normas técnicas relativas a la seguridad de los usuarios, al no realizar las revisiones quinquenales a las cuales estaba obligado el actor, conforme a lo dispuesto en el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 DE 1995. Agrega que la sanción no vulneró los principios de legalidad y proporcionalidad, puesto que en ella se tuvo en cuenta el impacto que generó el incumplimiento de la empresa sobre la buena marcha del servicio público. Y que la Superintendencia, durante la investigación, tuvo suficientes elementos de juicio para adecuar la sanción al hecho investigado. Igualmente, que se respetó el límite máximo permitido en el mencionado artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, monto que fue reducido por cuanto la empresa sancionada no tenía reincidencia en el incumplimiento de su deber de realizar las

solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Realizará pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones de este Código y de los contratos que se suscriban con el usuario. El costo de las pruebas que requieran. estarán a cargo del usuario.

revisiones técnicas quinquenales y por haber operado el fenómeno de caducidad con respecto a 9.134 instalaciones.

Al respecto, para la Sala es claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tiene la facultad discrecional para aplicar sanciones pecuniarias a sus vigilados que hayan incurrido en irregularidades en la prestación de los servicios públicos. En el caso sub examine, se observa que las faltas cometidas por la empresa Gases de la Guajira S.A. E.S.P. son de suprema gravedad, ya que la omisión de revisar las instalaciones de más de 3.000 usuarios, pone en peligro la salud y la vida de los mismos. De suerte, que el monto de la sanción de \$150.348.000, se ajusta a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, que dispone:

“Artículo 81. 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:*

(...).

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”.

Así las cosas, considera esta Sala que la empresa demandante, al no realizar las revisiones quinquenales a las cuales estaba obligada, según lo dispuesto en el numeral 5.23 de la Resolución CREG 067 DE 1995, la Superintendencia, no solo se ajustó a derecho en aplicar la sanción, sino que en ningún momento vulneró los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que en dicha sanción se tuvo en cuenta el impacto que generó el incumplimiento de la empresa sobre la buena marcha del servicio público y la gravedad de la falta cometida, sin que para estos efectos interese si el número es mayor o menor a 2.000 o 3.000 casos, pues la

salud y la vida de los usuarios, está por encima de la omisión de revisar un número determinado de instalaciones de gas. Además, la entidad demandada, respetó el límite máximo de dos mil salarios mínimos mensuales, previsto en la norma antes transcrita.

V.1.3. En cuanto a la insuficiente motivación por no indicar la fecha de ocurrencia de las infracciones, no explicar la forma en que operó la caducidad y no determinar la reducción de la sanción, la entidad recurrente adujo que el hecho de que no se relacione en el acto administrativo sancionatorio, las fechas de instalación y/o suscripción de cada uno de los 13.840 usuarios, no significa que no se analizó el tema, y que no se determine un marco temporal que identifique la fecha de incumplimiento por parte de la empresa demandante, puesto que es la misma Ley la que establece este límite temporal, que no es otro que 5 años para realizar las revisiones técnicas de seguridad, y por supuesto los 5 años deben contarse desde la fecha de conexión del servicio al usuario, y es por esta razón que se solicitó la información mediante auto de 3 de marzo de 2008, que se tomó en cuenta para resolver el recurso de reposición y decretar la caducidad con respecto a 9.134 instalaciones de gas domiciliarios.

Al respecto, es inaceptable la argumentación del a quo, en cuanto a que debe decretarse la nulidad de los actos, por cuanto no hubo suficiente motivación, al no colocarse en los mismos la fecha de ocurrencia de las infracciones, no explicar la forma en que operó la caducidad y no determinar la reducción de la sanción, pues del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, claramente se deriva el estudio que hizo la Superintendencia a la información suministrada por la empresa demandante. Es así como, al analizarla, dicha entidad rebajó la sanción impuesta, teniendo en cuenta las fechas de cada caso, para determinar que de los 13.840, 9.134 instalaciones de gas domiciliarios, habían caducado.

De manera, que la omisión de colocar en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, las fechas de las instalaciones dejadas de revisar por la sociedad demandante, no da lugar a decretar la nulidad del mismo, puesto que tales fechas se encuentran fijadas en la prueba (CD- Anexo 14) suministrada por **GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.**, y el fundamento para la aplicación del procedimiento, y determinar la sanción a imponer, se encuentra en el Código Contencioso Administrativo.

V.2. Respecto al recurso de apelación interpuesto por **GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P.**, basado en que el a quo no resolvió todos los cargos de la demanda, es preciso hacer referencia a cada uno de ellos.

V.2.1. Afirma que el primer cargo de la demanda, se refiere a la violación del principio de legalidad de la sanción y del principio de la igualdad ante la ley, debido a que la sanción se liquidó con fundamento en el salario mínimo del año 2006, fecha posterior a la época de la presunta comisión de la infracción sancionada, y que hubo una indebida tasación de la multa.

Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, que trata el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.

En efecto, esta Sala mediante sentencia de 26 de septiembre 2013, ha sostenido:

“En cuanto a la dosimetría de la sanción de multa impuesta, cabe afirmar que si el literal a) del artículo 24 del Decreto Ley 3466 de 1982 contempla una multa, que no podrá ser inferior al valor de un salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, a la fecha de su imposición, ni superior a cien (100) veces dicho salario mínimo, la entidad demandada para fijarla en cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes tuvo en cuenta como principio rector el artículo 36 del C.C.A. y atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que de él se derivan, para lo cual razonó dentro de la siguiente perspectiva:

“4.3. En cuanto a la proporcionalidad de la sanción impuesta

Con respecto a la aseveración de la recurrente en el sentido de que esta Superintendencia le impuso una multa desproporcionada a la Telefónica Móviles Colombia S.A., es menester anotar que la graduación de la sanción que esta entidad realiza, en virtud de la facultad sancionatoria atribuida, obedece a una facultad discrecional que no es absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos de acuerdo con el funcionario de turno. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso en

*particular, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, estos son: (i) adecuación a los fines de la norma, y (ii) proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa*⁷.

En este sentido, en el apartado a) del artículo 24 del decreto 3466 de 1982 se establecieron unos rangos máximos y mínimos en atención a la naturaleza de la infracción, que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción.

Así bien, el rango previsto en las normas analizadas, permite la imposición de multas por una cantidad "...que no podrá ser inferior al valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E. a la fecha de su imposición, ni superior a cien (100) veces a dicho salario mínimo".

Teniendo en cuenta los parámetros antes descritos, y como resultado de un ejercicio de proporcionalidad y razonabilidad, en que se tomó en cuenta la naturaleza de la infracción, los medios empleados para la divulgación de la información sobre el precio de los productos y servicios, así como el correlativo número potencial de destinatarios de la misma, se fijó el valor de la multa en diez y siete millones trescientos cuarenta y ocho mil pesos (\$17.348.000.00), equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

*Ahora bien, en relación con la gravedad de la conducta que se reprocha al operador, cabe precisar que el Despacho efectuó su valoración de conformidad con los rangos aportados por la norma que establece la consecuencia jurídica correspondiente a la infracción demostrada*⁸ (

Considera esta Sala, que si bien la Ley 142 de 1994, no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción, ya que para efectos de aplicarla debe existir previamente un procedimiento administrativo (Código Contencioso Administrativo) donde se averigüen si hay o no hechos irregulares, pruebas, pliego de cargos, descargos etc., pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub judice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante.

⁷ Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

⁸ Sentencia de 26 de septiembre 2013. Rad: 2007-00489-01. Consejera ponente: **MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**. Actor: **TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S. A.**

V.2.2. En relación con el segundo cargo de la demanda, aduce que su alcance se refiere a la violación del principio de legalidad de la sanción por inaplicabilidad de la multa prevista en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, por lo cual solicita se decrete la excepción de inconstitucionalidad. En consecuencia, solicita aplicar el artículo 4° de la Constitución Política.

Respecto a este cargo, ya se dijo, que no existe vulneración al principio de legalidad de la sanción, pues contrario a lo que argumenta el actor, el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, sí es la norma aplicable, que si bien es cierto no dice sobre el instante en que debe aplicarse el salario mínimo mensual, no solo la sentencia transcrita establece dicho momento, sino, se reitera, sería ilógico pensar que por cada hecho irregular deba sancionarse aplicando el salario mínimo mensual de ese instante y, por cuanto, para que el ente de control llegue a imponer la sanción, necesariamente debe recorrer unas etapas procesales, que están establecidas en el Código Contencioso Administrativo. De manera que este cargo tampoco tiene visos de prosperar.

V.2.3. Respecto al cuarto cargo de la demanda y las pretensiones subsidiarias de ésta, aduce que la Superintendencia no concedió la caducidad prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, a 4.706 (en realidad 3.589). Además, considera que este cargo no fue estudiado en la sentencia, pues al decidir el recurso de reposición, la Superintendencia solo lo aceptó parcialmente. Que guardó silencio acerca de la forma en que hizo el conteo en cada caso, o por lo menos cuáles fueron los criterios adoptados para ello.

Igualmente, que es evidente que el 16 de agosto de 2006 y respecto a todos los 13.840 casos incluidos en el disco compacto, ya se había vencido el plazo de tres años para imponer la sanción, contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo de cinco años para hacer la revisión. Por lo tanto, la Superintendencia debió declarar la caducidad en relación con todos los casos y no solo respecto a 9.134, o al menos ha debido explicar cómo hizo el conteo, exponer qué criterios aplicó y cuáles fueron los casos cobijados y los excluidos, situación que viola el derecho de defensa, y que como consecuencia debió haber rebajado mucho más la sanción, lo que justifica que, en subsidio, tal como se hizo en la demanda, se conceda la pretensión de reducción de la sanción de manera proporcional.

Al respecto, la Sala entiende que la Superintendencia en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, tuvo en cuenta el informe suministrado por la sociedad actora, para efectos de reducir la sanción impuesta a la misma, para lo cual aplicó el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, al resto de casos, que tenían fechas de instalación del gas, antes del 16 de agosto de 1998, pues de lo contrario, no hubiese rebajado la sanción impuesta.

De otro lado, contrario a lo afirmado por el actor, no es cierto que hayan caducado todos los casos, pues teniendo en cuenta los cinco años que tenía la sociedad para hacer la revisión, contados a partir de la fecha de instalación del gas a los usuarios, más los tres años previstos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no se encontraban caducados aquellos casos, en que la fecha de la citada instalación fue a partir del 16 de agosto de 1998.

Además, frente a los 4.706 que dice la Superintendencia no habían caducado, la sanción impuesta, al sentir de la Sala, fue proporcional a la gravedad de la falta cometida por la Sociedad Gas de la Guajira S.A. E.S.P., quien puso en peligro la salud y la vida de las personas usuarias del servicio. De manera, que este cargo no tiene vocación de éxito.

V.2.4. En relación con el sexto cargo de la demanda, aduce que éste no fue estudiado ya que éste se refiere a que hechos ajenos y causas externas a GASES DE LA GUAJIRA S.A. E.S.P. impidieron realizar a cabalidad las revisiones quinquenales, que por lo tanto hubo violación del principio de imparcialidad que rige a la función administrativa. Pues se había dicho que la empresa realizó el esfuerzo necesario en dinero y recursos humanos para realizar las revisiones. Sin embargo, muchos usuarios negaron la práctica de la revisión quinquenal, ya que el costo de éstas les pareció alto y, además, porque muchos consideraron que sus instalaciones se encontraban en perfecto estado, de modo que la empresa no debía cobrar la revisión.

Alega que hay usuarios ubicados en una misma zona geográfica, que tienen distintas fechas de vinculación al sistema, lo que hace imposible realizar las revisiones, pues sería incurrir en mayores costos y gastos de los previstos al fijar el valor de las revisiones técnicas.

Manifiesta que otro factor que afectó la realización de las revisiones fue la intervención de otros entes estatales como los concejos distritales y municipales, personerías y alcaldías, porque son entidades que han cuestionado la legitimidad de la empresa para realizar y cobrar las revisiones periódicas. Que además de esto, las decisiones judiciales de los usuarios que buscan el amparo de sus derechos, que aunque no comparte, deben ser respetadas.

Para la Sala, los argumentos expuestos no tienen vocación de prosperar, ya que los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994, prevén lo siguiente:

“Artículo 140. *Modificado por el art. 19 de la Ley 689 de 2001. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:*

La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de tres períodos de facturación, y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas.

Es causal también de suspensión, la alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio.

Durante la suspensión, ninguna de las partes puede tomar medidas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones recíprocas tan pronto termine la causal de suspensión.

Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los demás derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento”.

“Artículo 141. *Incumplimiento, terminación y corte del servicio. El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato.*

Se presume que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años, es materia que afecta gravemente a la empresa, que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.

La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto.

La demolición del inmueble en el cual se prestaba el servicio permite a la empresa dar por terminado el contrato, sin perjuicio de sus derechos”.

De manera, que si los usuarios incumplen en sus obligaciones contractuales, las normas establecen cómo debe proceder la sociedad prestadora del servicio.

Además, en los casos en que los usuarios tengan insuficiencia en su capacidad de pago, o correspondan a sectores de bajos ingresos, el artículo 2° de la Ley 142 de 1994, entre otros, dispone:

*“**Artículo 2o.** Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:*

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad” (las subrayas son de la Sala).

De suerte, que la norma prevé soluciones alternativas, que se ajusten a las necesidades de los usuarios.

Así las cosas, las razones aducidas por la sociedad actora, no tienen un asidero jurídico que llegue a poner en duda la legalidad de los actos administrativos, ya que éstos, como se explicó, no atentan contra el principio de igualdad endilgado por el demandante, ni sirven de excusa para no proceder como la Ley enseña. De manera que este cargo, no tiene vocación de prosperar.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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 6 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

SEGUNDO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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 la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

