

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanción pecuniaria a TERMOFLORES S.A. / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION - Caducidad / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION - Unificación jurisprudencial sobre el contenido y alcance del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo / 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

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 para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas". Es importante destacar de esta sentencia (del 29 de septiembre de 2009, Radicado 2003-00442-01, M.P. Susana Buitrago Valencia) 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 38

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prescripción de la acción sancionatoria sentencia, Consejo de Estado, Sala Plena, del 29 de septiembre de 2009, Radicado 2003-00442-01, M.P. Susana Buitrago Valencia.

INTERESES MORATORIOS - Momento a partir del cual se causan / INTERESES CORRIENTES - Momento a partir del cual se causan

En lo atinente al recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante TERMOFLORES S.A. E.S.P., la Sala precisa, que al confirmarse la sentencia y su complementaria, hay lugar a la devolución del valor de la sanción y los intereses solicitados, es decir si la entidad sancionada hubiera pagado, debe reintegrarse su

valor ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC), más los intereses corrientes y moratorios. Respecto a los intereses solicitados por la sociedad demandante, se trae a colación algunos apartes de la Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999, proferida por la Corte Constitucional. "(...) Las mismas razones expuestas son válidas respecto del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), que dice: "Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término". Se declarará la unidad normativa y, por consiguiente, la disposición transcrita será declarada exequible, salvo las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término", que serán declaradas inexecutable. Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria (...)". De la providencia transcrita, la cual la Sala prohija, se infiere, que el término para el pago de intereses moratorios empieza a correr a partir de la ejecutoria de esta providencia y, los intereses corrientes, a partir del pago de la sanción efectuado por TERMOFLORES S.A., hasta la sentencia indicada, es decir, la de segunda instancia proferida por esta Sección, que resuelve los recursos de apelación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre intereses corrientes y moratorios ver sentencia, Corte Constitucional, C-188 del 24 de marzo de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00986-01

Actor: TERMOFLORES S.A. E.S.P.

Demandado: SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ENERGIA Y GAS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de apoderado, y TERMOFLORES S.A. E.S.P., mediante apoderado contra la sentencia de 21 de septiembre y su adición de 19 de octubre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Sub Sección B, que declaró la nulidad de las Resoluciones números 682 de 13 de febrero de 2004, 1750 de 3 de junio de 2004 y 2492 de 24 de agosto de 2004, expedidas por el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I- ANTECEDENTES

I.1-. La sociedad **TERMOFLORES S.A. E.S.P.**, mediante apoderado presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Que se declare la nulidad de la Resolución 682 de 13 de febrero de 2004, proferida por el Superintendente de Energía y Gas, mediante la cual se impuso una sanción pecuniaria de \$143'200.000

2ª: Que se declare la nulidad de la Resolución 1.750 de 3 de junio de 2004, mediante la cual se decidió el recurso de reposición, confirmando la decisión anterior.

3ª: Que se declare la nulidad de la Resolución 2.492 de 24 de agosto de 2004, mediante la cual se corrigió la anterior Resolución.

4ª: Que como restablecimiento del derecho, se declare que **TERMOFLORES S.A. E.S.P.**, no está obligada a pagar la sanción que le fue impuesta y se disponga que, si la hubiera pagado, se reintegre su valor, ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC) y con intereses.

I.2. La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Aduce que TERMOFLORES S.A. E.S.P., tiene por objeto el desarrollo de actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, que se constituyó mediante la escritura pública núm. 15943 de 27 de diciembre de 2002 de la Notaría Veintinueve del Círculo de Bogotá, domiciliada en Bogotá, y es resultante de la fusión de las sociedades FLORES S.A., FLORES III S.A. y CÍA. S.C.A., E.S.P., FLORES II S.A. y CÍA. S.C.A., E.S.P., FLORES III S.A. y FLORES HOLDING LTDA.

Que mediante Resolución núm. 682 de 13 de febrero de 2004, el Superintendente Delegado para Energía y Gas impuso a TERMOFLORES S.A., una sanción pecuniaria de \$143.200.000, por cuanto se violó el artículo 6º literal a) de la Resolución 55 de 1994, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Así mismo el artículo 34 numeral 34.1 de la Ley 142 de 1994, según el cual los precios que las plantas termoeléctricas 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 el costo incremental del combustible, el costo incremental de la administración, operación y mantenimiento, los costos de arranque y parada de la eficiencia térmica de la planta.

Señaló que la violación de la norma, según la Administración, consiste en el hecho de que los precios ofrecidos por FLORES II LTDA. y CÍA. S.C.A. E.S.P., para algunas horas de los días 4, 18, 19 y 20 de febrero de 2001 (según la Resolución 00682 del 13 de febrero de 2004, folio 22) y los precios ofrecidos por FLORES III LTDA. y CÍA. S.C.A. E.S.P., para algunas horas de los días 18, 19 y 20 del mismo mes, no permitían recuperar los costos variables informados por estas sociedades.

Contra la citada Resolución sancionatoria se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido mediante Resolución num. 1750 de 3 de junio de 2004.

I.3.- La parte demandante adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Que se violó el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, ya que la facultad para sancionar por parte de la Administración, caducó, salvo disposición en contrario, a los tres años de producido el hecho que pueda ocasionarla.

Agrega que el acto de sanción debe quedar en firme dentro del término antes señalado, y por tanto considerarse agotada la vía gubernativa al tenor de los artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, alega que la primera de las Resoluciones demandadas fue expedida el 13 de febrero de 2004, esto es, después de la primera fecha de caducidad, y su notificación se hizo el 23 de marzo del mismo año, en cuanto se desfijó el edicto, después de la última fecha de caducidad.

I.4- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de apoderado contestó la demanda, y para oponerse a las pretensiones de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente:

Que el término de caducidad se comenzó a contar desde el 20 de febrero de 2001 (fl. 104), fecha en que cesó la última conducta investigada, al 20 de febrero de 2004, y que la sanción se impuso en tiempo, es decir, el 13 de febrero de 2004.

Que la caducidad sólo opera si la administración no impone la sanción dentro del término de 3 años a que se refiere el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Para reafirmar sus argumentos se fundamenta en la Sentencia del Consejo de Estado de 20 de septiembre de 2002, expediente 7042, para manifestar que la Superintendencia investigó a la empresa prestadora de servicios públicos por hechos ocurridos entre enero y febrero de 2001, por tanto, no puede predicarse caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que la sanción se impuso mediante Resolución núm. 682 de 13 de febrero de 2004, dentro del término previsto en el artículo 38 del C.C.A., debido a que la última conducta realizada por la empresa e investigada por la Entidad demandada fue de fecha 20 de febrero de 2001.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B, declaró la nulidad de las Resoluciones números 682 de 13 de febrero de 2004, 1750 de 3 de junio de 2004 y 2492 de 24 de agosto de 2004, expedidas por el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones que en síntesis, se describen a continuación:

Anota que de conformidad con los documentos aportados al proceso y al observar la fecha de expedición y notificación del acto sancionador, es decir, el 13 de febrero y el 23 de marzo de 2004, respectivamente, se presenta lo siguiente:

“Los hechos por los cuales sancionó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ocurrieron los días 4, 18, 19 y 29 de febrero de 2001.

Luego, para el primer hecho, es decir, el 4 de febrero de 2001, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó fuera del término de caducidad, por lo que este iba hasta el 4 de febrero de 2004.

Y para los demás hechos, que ocurrieron el 18, 19 y 29 de febrero de 2001, la Superintendencia expidió el acto administrativo sancionatorio dentro del término de caducidad pero el acto sancionador fue notificado fuera del mismo por lo que en estos casos sí operó la caducidad de la facultad sancionatoria” (folios 138 a 139 del cuaderno del Tribunal).

Indica que la Sala ha manifestado que el término de caducidad debe contarse hasta que el acto quede en firme y agotada la vía gubernativa, para lo cual se apoya en las sentencias de 20 de agosto de 1998 y 13 de julio de 2000, proferidas por el Consejo de Estado.

Sostiene que *“...como los actos sancionatorios se notificaron y profirieron fuera del término de caducidad, a excepción del acto sancionatorio que sólo se expidió en término de caducidad de los últimos tres hechos violatorios, estima la Sala que en efecto había caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la empresa Termoflores S.A. E.S.P.”* (folios 140 a 141).

Agrega, que en consecuencia se declarará la nulidad de tales actos administrativos, y a título de restablecimiento del derecho, *“...declarará que la empresa Termoflores S.A. E.S.P. no está obligada a pagar la sanción que le fue impuesta y se dispone que, si la hubiera pagado, se reintegrará su valor, ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC) y con los intereses causados”* (folio 141).

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

III.1- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actuando mediante apoderado, finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Apoyándose en la sentencia de 20 de septiembre de 2002, expediente 7042, del Consejo de Estado, indica que *“si se trata de actos de ejecución continuada, el término de caducidad para imponer la sanción comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa dicha conducta. De allí que en los demás casos, dicho plazo se contabilizará en la forma establecida por el artículo 38 del C.C.A., esto es, desde que el hecho se produce”* (folio 149).

Aduce que *“...teniendo en cuenta que la Superintendencia investigó y sancionó a la prestadora de servicios públicos por hechos ocurridos entre enero y febrero de 2001, no puede predicarse caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que la sanción se impuso, mediante Resolución SSPD 682 del 13 de febrero de 2004, dentro del término previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, debido a que la última conducta realizada por la empresa e investigada por la Superintendencia es de fecha 20 de febrero de 2001, es decir, la caducidad se cuenta desde el 20 de febrero de 2001 y hasta el 20 de febrero de 2004”* (folio 151).

III.2- La sociedad TERMOFLORES S.A. E.S.P., actuando mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, en lo siguiente:

Manifiesta que para restablecer el derecho, solicitó al a quo que se declare que no está obligada a pagar la sanción que le fue impuesta y se dispusiese que, si la hubiera pagado, se reintegre su valor, ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC) y con intereses.

Que no obstante, en la parte resolutive de la sentencia, se omitió lo concerniente al *“pago de intereses causados”*.

Indica, que por tal razón solicitó *“...se adicionara la parte resolutive de la sentencia en el sentido de disponer que se reintegrara lo pagado, ajustando su valor con base*

en el índice de precios al consumidor (IPC) y con los intereses pagados” (folio 160 del Cuaderno del Tribunal).

Arguye que el Tribunal mediante sentencia complementaria de 19 de octubre adicionó ordenando que se paguen los intereses causados conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Expresa, que lo que se reclama son los intereses que se causaron desde la fecha en que se hizo el pago de la multa hasta la fecha de la sentencia, y no sólo los que se causan a partir de la sentencia, asunto que no discute.

Manifiesta que unos son los intereses que se causan a partir de la fecha de pago de la multa, que reitera son los que se reclaman, y otros, aquellos que conforme al artículo 177 del C.C.A., se causan a partir de la sentencia, pues de estos últimos, no puede decirse que es adicionar la parte resolutive de la sentencia, ya que resulta superfluo.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El desacuerdo planteado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Entidad demandada, en su recurso de apelación frente al fallo de primera instancia de 21 de septiembre de 2006 y complementaria de 19 de

octubre de 2006 proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B, se refiere fundamentalmente al hecho de que no puede predicarse caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que la sanción que se impuso a TERMOFLORES S.A. E.S.P., mediante Resolución 682 del 13 de febrero de 2004, se hizo dentro del término previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, debido a que la última conducta realizada por la empresa es de fecha 20 de febrero de 2001, es decir, la caducidad debe contarse desde el 20 de febrero de 2001 y hasta el 20 de febrero de 2004.

A su vez, TERMOFLORES S.A. E.S.P., demandante, finca la inconformidad en su recurso de apelación contra el fallo de primera instancia de 21 de septiembre de 2006 y su complementaria de 19 de octubre de 2006 proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección B, fundamentalmente en el hecho de que el a quo en la citada sentencia ni en la complementaria, no decidió sobre los intereses causados desde la fecha de pago del valor que debe reintegrarse con ocasión de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que le impusieron una multa, expedidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Sostiene la entidad apelante, apoyándose en la sentencia de 20 de septiembre de 2002, expediente 7042, del Consejo de Estado, que si se trata de actos de ejecución continuada, como en el presente caso, el término de caducidad para imponer la sanción empieza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa dicha conducta.

Agrega que la Superintendencia sancionó a la prestadora de servicios públicos por hechos ocurridos entre enero y febrero de 2001, de manera que no puede predicarse caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que la sanción que se impuso a TERMOFLORES S.A. E.S.P., se efectuó dentro del término previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, debido a que la última conducta realizada por la empresa es de 20 de febrero de 2001, es decir, la caducidad debió haberse contado desde el 20 de febrero de 2001 y hasta el 20 de febrero de 2004.

El Tribunal indica que el término de caducidad debe contarse hasta que el acto quede en firme y agotada la vía gubernativa, además, que como los actos sancionatorios se notificaron y profirieron fuera del término de caducidad, a excepción del acto sancionatorio que sólo se expidió en término de caducidad de los últimos tres hechos violatorios, estima que en efecto había caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la empresa TERMOFLORES S.A. E.S.P.

Al respecto, debe anotarse que son diversas las sentencias proferidas por esta Corporación, en las que se aprecian varios y encontrados criterios acerca de la caducidad de la sanción, en efecto, como vía de ejemplo se trae a colación las sentencias de 13 de noviembre de 2003 de la Sección Primera, 15 de noviembre de 2007 de la Sección Cuarta y 12 de mayo de 2005 de la Sección Segunda, cuyos apartes se transcriben a continuación:

Sección Primera:

“De la norma transcrita (Art. 38 C.C.A.) no infiere la Sala, como lo hace la actora, que la facultad sancionatoria se extiende hasta el acto que agotó la vía gubernativa, sino que basta que se haya expedido y notificado dentro de dicho lapso el acto principal a través del cual se impone la sanción. Por lo demás, la Administración no sólo profirió el acto principal sino que resolvió el recurso de reposición y negó la concesión del recurso de apelación, actos estos que notificó dentro del término de los tres años a que alude el artículo 38 del C.C.A.. En consecuencia, como los hechos que dieron lugar a la sanción tuvieron ocurrencia el 14 de febrero de 1995 y el acto principal se expidió el 18 de marzo de 1996, notificado el mismo día al apoderado de la actora (folio 29 vuelto del cuaderno de anexos), no operó el fenómeno de la caducidad sancionatoria, por lo que el cargo en estudio no tiene vocación de prosperidad”¹ (las subrayas son ajenas al texto).

¹ Sentencia de 3 de noviembre de la Sección Primera. Exp. núm. 7767. Consejero Ponente: **GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO**.

Sección Cuarta.

"Lo primero que observa la Sala es que la Resolución Sanción IPC-RS-024 de 9 de marzo de 2001 fue notificada el 12 de marzo de ese año, y ésta es la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de la prescripción y no la fecha en que adquiere firmeza por la decisión del recurso, pues, la facultad sancionatoria se ejerce en el momento en que se impone la sanción, independientemente de que se interpongan o no los recursos o que se revoque posteriormente al decidirlos. En consecuencia, al menos desde la sanción por no declarar marzo de 1996, no se encuentra prescrita. En segundo lugar, es carga de la demandante demostrar que por enero y febrero de 1996 las sanciones estaban prescritas, pues, aunque la Administración afirma que el formulario oficial de declaración de azar y espectáculos fue adoptado por la Resolución 019 de 12 de marzo de 1996, su falta de prueba dentro del proceso, impide determinar concretamente las fechas de vencimiento y si preveía algo en relación con los meses señalados. Tampoco se probó que existiera otra regulación al respecto que se pudiera considerar para establecer el inicio del término de la prescripción. Así las cosas, la demandante no desvirtuó la legalidad de los actos administrativos, por lo que se denegarán las pretensiones de la demanda, previa la revocatoria de la sentencia apelada²" (la negrilla son por fuera del texto).

Sección Segunda.

"...la Sala concluye que el proveído de segunda instancia, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 200 de 1995, debió notificarse personalmente al interesado y en caso de que no compareciese debió acudir a la notificación por edicto, tal como lo contempla el artículo 87 ibídem, lo que lleva a rechazar incluso la notificación por conducta concluyente. Si la ley ha establecido una forma determinada de notificación no le es dable a quien está en la obligación de realizarla proceder de modo distinto porque en tal caso, sin lugar a equivocaciones, está violando el mandato legal, máxime si se tiene en cuenta que el proveído objeto de análisis contenía una decisión tan grave para el implicado como era su destitución y la consecuente inhabilidad para ejercer funciones públicas. Operó por lo tanto la prescripción de la acción disciplinaria debido a la omisión de la Procuraduría Provincial de Sincelejo en realizar debidamente la notificación de la decisión de segunda instancia, razón por la cual la autoridad administrativa de primera instancia no podía legalmente ordenar la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos"³ (las subrayas son de la Sala).

Las diversas tesis aplicadas en su momento por el Consejo de Estado, fueron recogidas por la sentencia de 29 de septiembre de 2009⁴, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la que se unifican los criterios de las Secciones, concernientes a la caducidad de la sanción, cuyos apartes más importantes para el sub iudice, se transcriben a continuación:

² Sentencia de 15 de noviembre de 2007 de la Sección Cuarta. Exp. Núm. 15015. Consejero Ponente: **HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ**.

³ Sentencia de 12 de mayo de 2005 de la Sección Segunda. Exp. 4430-03 Consejero Ponente: **JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE**.

⁴ Se aclara que esta sentencia quedó sin efectos por providencia de la Corte Constitucional.

“Tradicionalmente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la interpretación errónea se configura cuando se aplica la norma pertinente al caso y se acude a un entendimiento equivocado de ésta. Al Respecto, ha dicho lo siguiente:

"La interpretación errónea de la norma sustancial, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, consiste en un error acerca del contenido de la norma, y se presenta cuando siendo la norma correspondiente al caso en controversia, el juez la entiende equivocadamente y así la aplica, es decir, se le da a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. A diferencia de la falta de aplicación, la interpretación errónea supone necesariamente que los preceptos hayan sido aplicados".⁵

Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, 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. 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.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, CP Dr. Delio Gómez, Sentencia S-025 del 6 de septiembre de 1999.

a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.

Prescripción de la acción disciplinaria y normatividad aplicable al caso concreto

(..) En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir más allá de lo que el legislador quiso al consagrar el artículo 12 de la ley 25 de 1974 modificado por el artículo 13 de la ley 13 de 1984. La decisión sobre los recursos que se interpongan contra el acto sancionatorio primigenio corresponde ya no a la actuación administrativa propiamente dicha sino a la definición sobre el agotamiento de la vía gubernativa.

(...)En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entrándose de régimen sancionatorio disciplinario, 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 gubernativa⁶ (la negrilla y subrayas son ajenas al texto).

⁶ Sentencia de 29 de septiembre de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. 2003-00442-01(S)IJ. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Actor: ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO.

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 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.

2.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR TERMOFLORES S.A. E.S.P.

En lo atinente al recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante TERMOFLORES S.A. E.S.P., la Sala precisa, que al confirmarse la sentencia y su complementaria, hay lugar a la devolución del valor de la sanción y los intereses solicitados, es decir si la entidad sancionada hubiera pagado, debe reintegrarse su valor ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC), más los intereses corrientes y moratorios.

Respecto a los intereses solicitados por la sociedad demandante, se trae a colación algunos apartes de la Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999, proferida por la Corte Constitucional.

"(...) Las mismas razones expuestas son válidas respecto del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), que dice:

"Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término".

Se declarará la unidad normativa y, por consiguiente, la disposición transcrita será declarada executable, salvo las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término", que serán declaradas inexecutable.

Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la

respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria (...)⁷

De la providencia trascrita, la cual la Sala prohíja, se infiere, que el término para el pago de intereses moratorios empieza a correr a partir de la ejecutoria de esta providencia y, los intereses corrientes, a partir del pago de la sanción efectuado por TERMOFLORES S.A., hasta la sentencia indicada, es decir, la de segunda instancia proferida por esta Sección, que resuelve los recursos de apelación.

Así las cosas, los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Servicios Públicos, mediante los cuales se sancionó pecuniariamente a la sociedad TERMOFLORES S.A. E.S.P., a pagar la suma de \$143'200.000, no gozan de plena legalidad, al pretermittir el término de tres (3) años para sancionar, previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Sala confirmará las sentencias de 21 de septiembre y su adición de 19 de octubre de 2006 recurridas, pero bajo las consideraciones de esta providencia, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la 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.- CONFÍRMASE la sentencia de 21 de septiembre de 2006 y la complementaria de 19 de octubre de 2006 proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Sub Sección B, que declaró la nulidad de las Resoluciones números 682 de 13 de febrero de 2004, notificada el 23 de marzo del mismo año, 1750 de 3 de junio de 2004 y 2492 de 24 de agosto de 2004,

⁷ Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999. Magistrado Ponente: Dr. **JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO**.

expedidas por el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, adicionalmente, fijó los intereses moratorios causados a favor de la sociedad actora, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia **ORDÉNASE** a la entidad demandada, si TERMOFLORES S.A. E.S.P. hubiera pagado la sanción, reintegrarle su valor ajustado con base en el índice de precios al consumidor (IPC), más los intereses corrientes desde la fecha del referido pago hasta esta providencia y, los moratorios, que se ocasionen a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala el 9 de junio de 2011.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA G.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA **MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**