

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - En la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Término: carácter programático o indicativo / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION - Término de caducidad. Regla general del Código Contencioso Administrativo

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.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 111 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 38

FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION - Término de 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 / VIA GUBERNATIVA - Es una actuación distinta a la actuación administrativa / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA - Inexistencia en procedimiento administrativo que dio lugar a actos acusados

El alcance de esa disposición [artículo 38 del C.C.A.] fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia 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. Síguese de esa situación que el cargo carece de vocación de prosperar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 38

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contenido y alcance del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, referente a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, sentencia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001 0315 000 2003 00442 01(S) IJ, del 29 de septiembre de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Desconcentración intraorgánica o jerárquica de funciones en materia sancionatoria / DESCONCENTRACION JERARQUICA DE FUNCIONES - Alcance en materia sancionatoria en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios / FACULTAD SANCIONATORIA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Está asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como Organo / SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ENERGIA Y GAS - Es cargo de creación legal y hace parte de la estructura orgánica de la SSPD / SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ENERGIA Y GAS - Es competente para imponer sanciones

[Se aduce] falta de competencia del Superintendente Delegado Para la Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada, por cuanto estaba actuando por delegación de funciones que no son delegables, por lo cual la delegación que le hizo el Superintendente es inconstitucional y legal (sic) . Agrega que se le violó el derecho de defensa al no haber sido concedido el recurso de apelación que interpuso contra la decisión sancionatoria. La Sala halla acertado el razonamiento jurídico del a quo sobre ese cargo, toda vez que en la situación planteada no se da realmente una delegación, sino un proceso de desconcentración intraorgánica o jerárquica de funciones, prevista desde la misma ley 142 de 1994, en tanto su artículo 75 le atribuye la facultad de inspección y vigilancia de la que constitucionalmente es titular el Presidente de la República, tanto al Superintendente como a los delegados de éste, y es sabido que esa facultad envuelve la de imponer sanciones según la ley. Dicho precepto establece: "ARTÍCULO 75. FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.” Esa disposición es reiterada en el artículo 1º del Decreto 990 de 2002, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Por otra parte, la facultad de inspección y vigilancia, incluyendo la de imponer sanciones, está asignada al órgano, esto es, a la Superintendencia, de la cual la precitada norma señala como sus principales agentes o autoridades máximas al Superintendente y sus delegados; de allí que los artículos 79 y 81 ibídem pongan en cabeza de la entidad la facultad de inspección y vigilancia así como la de imponer sanciones, respectivamente, al decir la primera que “Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos”, y la segunda que “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 (...)” Por otra parte, el cargo de Superintendente Delegado para la Energía es de creación legal, en razón a que está haciendo parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios prevista en el artículo 78 de la Ley 142 de 1994, en cuyo numeral 78.3 aparece señalado el “Despacho del Superintendente delegado para energía y gas combustible”, y entre sus funciones pueden estar las que les asigne el Superintendente en la distribución que éste puede hacer de los asuntos a cargo de la entidad, atendiendo la naturaleza de dicha Delegada, según el artículo 13, numeral 39, del Decreto 990 de 2002. De modo que en esas condiciones jurídicas e institucionales, cuando el Ministerio profirió la resolución 7605 de 2002 y dentro de las funciones de la aludida Delegada incluyó la de conocer y decidir los procedimientos administrativos sancionatorios en su campo, no estaba haciendo cosa distinta que darle aplicación o desarrollo a la normatividad superior y como máxima autoridad del organismo, distribuyendo entre las dependencias que la conforman, las funciones y atribuciones de la entidad. Estaba así dándole continuidad y efectividad al proceso de desconcentración jerárquica prevista desde la misma Constitución Política sobre la materia, en la medida en que a tenor del artículo 370 de la Constitución Política “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”, pasando por la Ley 142 de 1994, el Decreto 990 de 2002 hasta llegar a la aludida resolución 7605 de 2002.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 370 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 75 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 78.3 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 79 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 81 / DECRETO 990 DE 2002 – ARTICULO 1 / DECRETO 990 DE 2002 – ARTICULO 13 NUMERAL 39

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

En lo concerniente al recurso de apelación que reclama el memorialista, se ha de poner de presente que el acto sancionatorio se debe asumir como si fuera del Superintendente, en razón a que fue proferido por quien hace las veces suyas por mandato legal al ser revestido por la misma ley 142 de la condición de Delegado

del Superintendente, y según el artículo 113 ibídem, “Salvo esta ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.” Lo anterior es concordante con el inciso segundo de ese artículo en cuanto sólo prevé el recurso de apelación para cuando el acto se profiere mediante delegación, al prever: “Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación.”, situación que justamente no es la que se presenta en este caso, tal como ha quedado precisado.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 113

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL - Falta de publicación: efectos legales para Administración y Administrados

Finalmente, la falta de publicación de la Resolución 7605 de 2002 que ahora de manera extemporánea aduce el apelante, pues no hizo parte de los cargos de la demanda, no es una situación que afecte la aplicación de la misma en lo que no implique obligación a los particulares, pues la falta de publicación de los actos administrativos sólo tiene como implicación que no puede ser (sic) obligatorio para los particulares, según el artículo 43 del C.C.A., y es claro que de las disposiciones que asignan funciones a dependencias de la Superintendencia no se puede predicar que impliquen o impongan obligaciones a particulares, por ende, la falta de publicación no puede afectar su aplicación en casos concretos, y en esas circunstancias es irrelevante considerar la prueba, también extemporánea que que aportó sobre dicha publicación.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 43

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00339-01

Actor: URRRA S.A. E.S.P.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La sociedad **URRÁ S.A. E.S.P.**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que acceda a las siguientes

1.1. Pretensiones

Primera. Declarar la nulidad de la Resolución Núm. 003262 de 23 de julio de 2003 proferida por la Superintendencia Delegada para Energía y Gas, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual le impuso sanción de **trescientos noventa y ocho millones cuatrocientos mil pesos** (\$398.400.000.00) M/Cte.

Segunda. Declarar la nulidad de la Resolución Núm. 004986 de 9 de octubre de 2003, mediante la cual, la misma dependencia confirma la anterior en todas sus partes al resolver el recurso de reposición.

Tercera. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada el no pago de la sanción pecuniaria que le fue impuesta.

1.2. Hechos en que se funda la demanda

Refiere la demandante que la Superintendencia inició investigación y le formuló auto de cargo debido a que la empresa presuntamente había violado el régimen regulatorio para el cálculo de oferta en la bolsa de energía (artículo 106 de la Ley 142 de 1994).

Que contestó en término los cargos que le fueron endilgados, exponiendo las razones de defensa y explicaciones respectivas, incluyendo prácticas de pruebas, situación que no tuvo en cuenta la entidad.

Que mediante los actos acusados se decidió el asunto y se resolvió el recurso de reposición impetrado, mediante la resolución enjuiciada.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Tras la exposición de varias consideraciones previas de carácter jurídico y técnico relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la actora indica como violados por los actos acusados los artículos 81.1 y 81.2 (por lo subjetivo en la tasación pecuniaria), 107, 111 en armonía con el 108 y 113 de la Ley 142 de 1994; 38 del C.C.A., por indebida interpretación y errónea aplicación; 34 de la Ley 143 de 1994; 4, 29, 189-22 y 370 de la Constitución Política; y las leyes 256 de 1996, en materia de actos de

competencia desleal; 155 de 1959 y 99 de 1993 en materia de las transferencias por venta de energía.

El concepto de la violación se centra en los cargos de:

i) Ocurrencia de la caducidad especial que a juicio del memorialista está prevista en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, que establece el término de 5 meses para que deba tomarse la decisión que pone fin a las actuaciones administrativas, contado a partir de la primera citación o publicación de que trata el artículo 108 de la Ley 142 de 1994, que en este caso fue el 10 de octubre de 2000; norma que no aceptó la Superintendencia, sino que en su lugar aplicó el artículo 38 del C.C.A.; pero aún bajo esta norma también tuvo ocurrencia la caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que el acto quedó en firme después de los 3 años de ocurridos los hechos, pues el edicto se desfijó el 17 de diciembre de 2003.

ii) Falta de competencia por carencia de facultades sancionatorias, ya que el Superintendente Delegado para Energía y Gas no es competente para expedir las resoluciones demandas por cuanto estaba actuando en virtud de delegación de

funciones que no son delegables, por ende la delegación que le hizo el Superintendente es inconstitucional e ilegal. Además se violó el derecho de defensa al no haber sido concedido el recurso de apelación que interpuso contra la decisión sancionatoria.

iii) La entidad demandada desestimó unas pruebas que desvirtuaban los cargos, pues con ellas se demostraba que no se violó precepto alguno que tuviera que ver con el régimen regulatorio para el cálculo del precio de oferta en la bolsa de energía, según el artículo 106 de la Ley 142 de 1994.

1.2. Contestación de la demanda

La demandada, mediante apoderado, manifestó su oposición a las pretensiones de la actora y niega que se hubieran violado las disposiciones invocadas en la demanda, ya que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 no prevé ninguna caducidad, sino un término de duración del procedimiento administrativo desde que se haya hecho la primera citación o publicación. La caducidad en estos casos se rige por el artículo 38 del C.C.A., dentro de cuyo término de 3 años se impuso la sanción acusada.

La Delegación que hizo el Superintendente de Servicios Públicos está ajustada a la Constitución Política y a la ley (arts. 209 de la C.P. y 9º de la Ley 142 de 1994).

Se probó durante la investigación que la actora no aportó a la Superintendencia la información requerida en forma oportuna y veraz, y se dejó en claro que los costos variables no pueden incluir el concepto de percepción del riesgo, que la oferta del precio de bolsa debe reflejar los costos variables de modo que el valor de las reconciliaciones no exceda el justo valor a favor de las empresas y/o en detrimento del usuario.

Se probó la clara violación de las resoluciones CREG 055 de 1994 y CREG 116 de 1995, y de acuerdo a los hechos la sanción fue proporcional.

II.- LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* desestimó los cargos y negó las pretensiones de la demanda por considerar que:

1. Ninguna de las normas invocadas de la Ley 142 de 1994 consagra el término de caducidad de la potestad sancionatoria de la SSPD, lo que da lugar a la aplicación del artículo 38 del C.C.A., por ende no es aplicable el artículo 111 de esa ley. Además, los hechos investigados sucedieron hasta el 31 de agosto de 2000 y el acto sancionatorio se notificó el 6 de agosto de 2003, es decir, dentro del término señalado en el artículo 38 precitado.

2. En este caso no se ha dado el fenómeno de la subdelegación de funciones, ya que la competencia sancionatoria en este caso se basó en los artículos 75, 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, que desarrollan el artículo 370 de la Constitución Política. A su vez, el Superintendente no hizo sino distribuir sus funciones entre sus delegados, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 990 de 2002.

3. La no concesión del recurso de apelación no violó el derecho de defensa de la actora, ya que según el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, los actos de los delegados son susceptibles de los mismos recursos que procederían contra los actos del delegante, luego en este caso contra los actos del Superintendente Delegado sólo procede el recurso de reposición.

4. No se aportó ni se pidió ninguna prueba para respaldar los cuestionamientos que bajo el título de FUNDAMENTOS DE ORDEN TÉCNICO COMERCIAL y de manera no muy concreta hizo la actora para discutir el enfoque y los criterios que se esgrimieron en la actuación administrativa, y el dictamen pericial que se pidió fue decretado pero no se practicó porque la actora desistió de la misma.

5. La afirmación de que la multa fue excesiva carece de sustentación.

Por todo lo anterior concluye que los cargos no prosperan y en consecuencia niega las pretensiones de la demanda.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora impugna la sentencia con fundamento en la caducidad de la acción sancionatoria en virtud del artículo 111 de la Ley 142 de 1994, cuyos 5 meses que fija deben contarse a partir de la primera citación o

publicación; norma que no debe desestimarse como se ha hecho para enrolarse en los términos de caducidad de los tres años que señala el artículo 38 del C.C.A., pues ésta es norma supletoria, es decir, que se aplica cuando no hay norma especial y en este caso la hay, que efectivamente establece un término para imponer sanciones, por ende la decisión atacada y el Tribunal yerran protuberantemente argumentando la tesis contraria.

En gracia de discusión, si se aceptaran los 3 años del artículo 38 del C.C.A. éstos también transcurrieron, ya que cuando quedó en firme la actuación administrativa, 17 de diciembre de 2003, día de la desfijación del edicto, ya había caducado la acción, lo cual no analizó el Tribunal.

Como así se probó, deberán prosperar las otras razones dadas con la demanda, tales como la carencia de facultad sancionatoria en el Superintendente Delegado para Energía y Gas, por tratarse de funciones subdelegadas.

Deberá revisarse también su posición de orden técnico según la cual está probado que no violó ninguna norma de la CREG ni de la Superintendencia de Servicios Públicos, toda vez que el cálculo de los precios de energía de bolsa estuvieron dentro de los parámetros que se le permitía a la Empresa.

Faltó valorar una prueba que adjuntó estando el proceso ad portas de fallo, para que se apreciara oficiosamente, consistente en oficio suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Imprenta Nacional, en fotocopia, dando cuenta de que entre el 1º de enero de 2002 y 2 de septiembre de 2005, la Resolución 007605 de 2002 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no fue publicada, por ende la delegación hecha por ella no podía aplicarse a terceros. Por ende solicita valorar oficiosamente esa prueba.

El *a quo* no se pronunció sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que solicitó en relación con la delegación de funciones.

Por esas razones solicita que se revoque el fallo apelado y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El traslado para alegar de conclusión fue descorrido en tiempo por las partes, de las cuales la actora se suscribe a la pretendida caducidad de la facultad sancionatoria e inoponibilidad de la Resolución 7605 de 23 de mayo de 2002; mientras que la entidad demandada reitera sus argumentos expuestos en la defensa del acto acusado, quien solicita que se confirme la sentencia apelada.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada ante la Corporación guardó silencio.

DECISIÓN:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. La decisión acusada

1. 1. Se trata de la Resolución Núm. Resolución Núm. 003262 de 23 de julio de 2003 proferida por el Superintendente Delegado para Energía y Gas, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual le impuso sanción de **trescientos noventa y ocho millones cuatrocientos mil pesos** (\$398.400.000.00) M/Cte., y su confirmatoria en recurso de reposición, la núm. 4986 de 2003.

Al efecto, dicho funcionario invocó 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 12002, la Resolución No. 007605 del 23 de mayo de 2002 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y el Decreto 01 de 1984.

La actuación administrativa respectiva se inició en virtud de las resultas del Auto proferido el 9 de octubre de 2000, que ordenó una averiguación para verificar si la oferta de precios por URRÁ S.A. E.S.P. en el mercado mayorista de energía durante el periodo *“mayo - 30 de septiembre de 2000, se ajusta a la normatividad vigente.”*

Dada la complejidad del tema, el funcionario investigador decretó un dictamen pericial que le fue asignado a la Universidad Nacional, cuyo dictamen se plasmó en el “Documento Base para el dictamen Pericial Mercado mayorista de Energía”, del cual hizo parte el denominado “Informe Peritazgo al mercado Mayorista de Energía”, URRÁ S.A. E.S.P., que a su turno fue objeto de aclaración a solicitud de dicha empresa.

De esa averiguación y con fundamento en el referido dictamen pericial, la Superintendencia le endilgó a la actora cinco (5) cargos, los cuales declaró en la presente resolución como probados y en virtud de ello le impuso la sanción anotada, después de oírla en descargos. Tales cargos fueron:

Cargo 1: Precios inequitativos. URRÁ ofertó precios inferiores a sus costos variables durante épocas en que las restricciones de transmisión del sistema le imponían una generación real inferior a la ideal.

Cargo 2: Privilegios injustificados. URRÁ ofertó precios inferiores a sus costos variables durante épocas en que las restricciones de transmisión del sistema le imponían una generación real inferior a la ideal. Estos precios fueron inferiores a los de bolsa y le permitieron obtener ingresos adicionales por reconciliación negativa, no permisibles por la regulación.

Cargo 3: Tarifas que no cubren los costos de operación de un servicio.

Cargo 4: Incumplimiento en la aplicación del artículo 6º de la Resolución CREG 055 de 1994.

Cargo 5: Actos que priven a los usuarios de los beneficios de la competencia.

2. Examen del recurso

La apelación retoma las acusaciones formuladas en la demanda, las cuales se despachan así:

2.1. - 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 Corporación², consiste en que la sanción se impone cuando

¹ Sentencia de 29 de septiembre de 2000, expediente núm. 110010315000**2003 00442** 01, consejera ponente doctora **SUSANA BUITRAGO VALENCIA**.

² Sobre el punto dijo la Sala Plena en la referida sentencia que hasta ese momento existían tres tesis:

a) Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria².

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.

Síguese de esa situación que el cargo carece de vocación de prosperar.

2.2. Falta de competencia del Superintendente Delegado Para la Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada, por cuanto estaba actuando por delegación de funciones que no son delegables, por lo cual la delegación que le hizo el Superintendente es inconstitucional y legal. Agrega que se le violó el derecho de defensa al no haber sido concedido el recurso de apelación que interpuso contra la decisión sancionatoria.

-
- b) Para que se considere "impuesta" la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se **notifique**.
 - c) Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos.

La Sala halla acertado el razonamiento jurídico del **a quo** sobre ese cargo, toda vez que en la situación planteada no se da realmente una delegación, sino un proceso de desconcentración intraorgánica o jerárquica de funciones, prevista desde la misma ley 142 de 1994, en tanto su artículo 75 le atribuye la facultad de inspección y vigilancia de la que constitucionalmente es titular el Presidente de la República, tanto al Superintendente como a los delegados de éste, y es sabido que esa facultad envuelve la de imponer sanciones según la ley. Dicho precepto establece:

*“ARTÍCULO 75. FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta ley, **por medio de la Superintendencia** de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del **Superintendente y sus delegados.**” (negrillas son de la Sala).*

Esa disposición es reiterada en el artículo 1º del Decreto 990 de 2002³, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por otra parte, la facultad de inspección y vigilancia, incluyendo la de imponer sanciones, está asignada al órgano, esto es, a la Superintendencia, de la cual la precitada norma señala como sus principales agentes o autoridades máximas al Superintendente y sus delegados; de allí que los artículos 79 y 81 ibídem pongan en cabeza de la entidad la facultad de inspección y vigilancia así como la de imponer sanciones, respectivamente, al decir la primera que *“Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos”*, y la segunda que *“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(...).”*

³ El citado artículo 1º del Decreto 990 de 2002 dice: “Artículo 1º. *Funciones Presidenciales de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.* El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios y los demás servicios públicos a los que se aplican las Leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, **por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** y, en especial, del **Superintendente y sus Delegados**”.

Por otra parte, el cargo de Superintendente Delegado para la Energía es de creación legal, en razón a que está haciendo parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios prevista en el artículo 78 de la Ley 142 de 1994, en cuyo numeral 78.3. aparece señalado el “*Despacho del Superintendente delegado para energía y gas combustible*”, y entre sus funciones pueden estar las que les asigne el Superintendente en la distribución que éste puede hacer de los asuntos a cargo de la entidad, atendiendo la naturaleza de dicha Delegada, según el artículo 13, numeral 39, del Decreto 990 de 2002,

De modo que en esas condiciones jurídicas e institucionales, cuando el Ministerio profirió la resolución 7605 de 2002 y dentro de las funciones de la aludida Delegada incluyó la de conocer y decidir los procedimientos administrativos sancionatorios en su campo, no estaba haciendo cosa distinta que darle aplicación o desarrollo a la normatividad superior y como máxima autoridad del organismo, distribuyendo entre las dependencias que la conforman, las funciones y atribuciones de la entidad.

Estaba así dándole continuidad y efectividad al proceso de desconcentración jerárquica prevista desde la misma Constitución Política sobre la materia, en la medida en que a tenor del artículo 370 de la Constitución Política “*Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.*”, pasando por la Ley 142 de 1994, el Decreto 990 de 2002 hasta llegar a la aludida resolución 7605 de 2002.

En lo concerniente al recurso de apelación que reclama el memorialista, se ha de poner de presente que el acto sancionatorio se debe asumir como si fuera del Superintendente, en razón a que fue proferido por quien hace las veces suyas por mandato legal al ser revestido por la misma ley 142 de la condición de Delegado del Superintendente, y según el artículo 113 ibídem, “*Salvo esta ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas*

sólo cabe el **recurso de reposición**, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.”

Lo anterior es concordante con el inciso segundo de ese artículo en cuanto sólo prevé el recurso de apelación para cuando el acto se profiere mediante delegación, al prever: “*Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación.*”, situación que justamente no es la que se presenta en este caso, tal como ha quedado precisado.

Finalmente, la falta de publicación de la Resolución 7605 de 2002 que ahora de manera extemporánea aduce el apelante, pues no hizo parte de los cargos de la demanda, no es una situación que afecte la aplicación de la misma en lo que no implique obligación a los particulares, pues la falta de publicación de los actos administrativos sólo tiene como implicación que no puede ser obligatorio para los particulares, según el artículo 43 del C.C.A., y es claro que de las disposiciones que asignan funciones a dependencias de la Superintendencia no se puede predicar que implican o impongan obligaciones a particulares, por ende, la falta de publicación no puede afectar su aplicación en casos concretos, y en esas circunstancias es irrelevante considerar la prueba, también extemporánea que aportó sobre dicha publicación.

Por lo tanto, salta a la vista que el cargo es infundado por apoyarse en una situación jurídica que no existe, la delegación de funciones delegadas, de allí que se deba desestimar.

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

A lo anterior se agrega justamente que en el plenario no allegó prueba que demostrara su aserto y desvirtuara las pruebas arrimadas al expediente

administrativo, en especial el dictamen pericial practicado por la Universidad Nacional.

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

Sin embargo, el apelante no las individualiza ni precisa el contenido y alcance de tales pruebas testimoniales y documentales, y menos que ellas desvirtúen lo apreciado por el a quo.

Así las cosas, el memorialista mantiene el debate sobre el punto en las mismas condiciones de generalidad, imprecisión y carencia de respaldo probatorio calificado y puntual que el mismo requiere, dado su gran complejidad técnica y especializada, que imposibilitan la prosperidad de los cuestionamientos de este carácter técnico contra el acto acusado, tal como lo advierte el a quo.

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

Vista, entonces, la improsperidad de los cargos y consecuentemente del recurso examinado, la Sala debe confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia apelada, proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda.

Segundo. RECONÓCESE personería al abogado DAVID GARCÍA TELLEZ, identificado con la T.P. Núm. 107.113 del C. S. de la Judicatura, como apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, según poder conferido en memorial que obra a folio 65 de este cuaderno.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 26 de noviembre de 2009.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO