

312

0566

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

Expediente: 1996-06880-01
Actora: ELECTRICADORA DEL
ATLÁNTICO S.A.
Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2002 por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La Sociedad ELECTRICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P., por conducto de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones

Primera.- Se declare la nulidad de los artículos primero, segundo, tercero y sexto de la Resolución N° 1281 de 5 de diciembre de 1995, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSP),

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

Delegada para Energía y Gas, mediante la cual se impuso una sanción pecuniaria de 1000 salarios mínimos legales mensuales a la actora.

Segunda.- Se declare la nulidad del artículo primero de la Resolución N° 015 de 5 de enero de 1996, proferida por el Superintendente Delegado para Energía y Gas, mediante la cual, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la mencionada Resolución 1281, la confirmó en todas sus partes.

Tercera.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la SSP pagar a la actora los siguientes conceptos: las sumas de dinero que se hubieren cancelado como consecuencia de la imposición de la multa y aquellas que hubiere restituido o abonado a los usuarios en cumplimiento de las decisiones demandadas. Igualmente las sumas de dinero que hubiere cancelado por concepto de honorarios y gastos para promover y atender el proceso, las que deberán ser actualizadas.

1.3. Los hechos de la demanda

1.3.1.- El 31 de mayo de 1993 la Junta Nacional de Tarifas (en adelante JNT) expidió la Resolución 070, "por la cual se definen los criterios de política tarifaria del servicio de Energía Eléctrica", en uso de las facultades conferidas por el Decreto-ley 3069 de 1968 y la Ley 81 de 1988.

1.3.2.- Con posterioridad, la misma JNT expidió la Resolución 071 de 1993 y dispuso que las empresas distribuidoras de energía deberían establecer planes de ajuste a cuatro años para aquellas tarifas que estuvieren por encima de las metas definidas, en informarle sobre estos planes.

1.3.3.- En comunicación N° 153592 de octubre de 1993, la actora informó a la Comisión de Regulación de Energía (en adelante CRE) sobre los planes de rebajas tarifarias que se venían estudiando, sin obtener respuesta a ello.

1.3.4.- El 12 de enero de 1994, la demandante envió a la (CRE) el pliego tarifario que se aplicaría a partir del febrero de ese año, el cual fue aprobado por su Junta Directiva en la primera reunión de ese año. Con la entrada en vigencia de la Ley

142 de 1994, se reguló el funcionamiento de la SSP y a su vez la Electrificadora del Atlántico quedó definida como una empresa de servicios públicos mixta.

1.3.5.- El 28 de julio de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG) mediante comunicación expresó a la actora que no era procedente hacer la congelación de tarifas residenciales que no se encontraban por encima de la meta y añadió que se debía actualizar con lo establecido en la Resolución CREG-013 y 014 de 1993, por lo cual la empresa procedió a descongelar desde agosto de ese año las tarifas a los estratos residenciales.

1.3.6.- Mediante comunicación MMECREG-558 de 8 de mayo de 1995, la CREG informó a la SSP que luego de analizar el pliego tarifario remitido por la actora con oficio 015487 de 1995, se encontró que las tarifas aplicadas no correspondían a las aprobadas por la CREG, y le solicitó *"...revisar la aplicación de las resoluciones tarifarias por parte de la Electrificadora del Atlántico: Incluso, solicitamos verificar si las tarifas aplicadas son inferiores a las autorizadas, ya que en este caso también se considera como no observancia de lo definido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas o la Junta Nacional de Tarifas de Servicios públicos, en su defecto."*

1.3.7.- Con base en dicha comunicación, mediante auto de 24 de julio de 1995, la Superintendencia Delegada para Energía y Gas ordenó la apertura de investigación preliminar a la actora, relacionada con el cumplimiento de las normas sobre aspectos financieros y tarifarias.

1.3.8.- Para ese entonces, la SSP ya había expedido la Resolución 127 de 1995 (mayo 8), en ejercicio de las facultades que le concedieron las leyes 142 y 143 de 1994 y el Decreto 548 de 1995, con la cual se establecieron los procedimientos para el trámite de los recursos ante ella y para adelantar las investigaciones en caso de emergencia, así como aquellas de orden administrativo de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

1.3.9.- El 31 de julio de 1995, el Superintendente Delegado para Energía y Gas y otros funcionarios comisionados se presentaron a las instalaciones de la actora, y evacuada la comisión, se recomendó abrir investigación formal en su contra en

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

cuanto al incumplimiento de las normas respecto a las tarifas al usuario final en el año 1994, en razón a que se pusieron en vigencia tarifas no aprobadas por la CREG, y por el incumplimiento de las normas respecto a la selección objetiva del contratista en el proceso de compra de energía en el mercado mayorista.

1.3.10.- Sin haberse proferido auto que dispusiera la apertura de investigación formal, el 18 de agosto de 1995 el Superintendente Delegado para Energía y Gas comisionó a otros funcionarios de su dependencia para adelantar la investigación.

1.3.11.- Sin haberse rendido el informe sobre el resultado de la investigación formal (el cual solo se produjo el 17 de octubre de ese año), el 11 de octubre de 1995 una de las comisionadas formuló cargos a la actora, informándole sobre el término para presentar descargos y solicitar pruebas.

1.3.12.- En razón a que el 18 de octubre de 2005 el Jefe de la Oficina Jurídica de la SSP llamara la atención sobre las irregularidades presentadas en la formulación de cargos, el 23 del mismo mes y año, el Superintendente Delegado para Energía y Gas le formuló cargos a la actora en similar sentido a los que con anterioridad se le habían formulado, indicándole las violaciones normativas en que había incurrido.

1.3.13.- La actora dio respuesta oportuna a los cargos y solicitó la práctica de pruebas, pero se omitió el término probatorio y no se dio oportunidad para presentar alegatos de conclusión.

1.3.14.- Con fecha 5 de diciembre de dicho año se profirió el primero de los actos acusados, el cual, recurrido como lo fue, se confirmó mediante Resolución 015 de 5 de enero de 1996.

1.4. Las normas violadas y el concepto de violación

La parte actora considera como violados por los actos demandados los artículos 2°, 4°, 13, 29, 113, 117, 119, 122, 123, 150 numerales 8, 21 y 23 e inciso final del mismo artículo, 189 numerales 22, 209, 267 incisos primero a tercero, 268 numerales 1, 2, 4 y 5, 333 incisos primero y quinto, 334 inciso primero, 365, 367 y

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

370 de la Constitución Política; 1° a 3°, 35, 48 y 85 del C.C.A., por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 64 a 77 cuad. ppal.):

1.- Incompetencia del Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible para adoptar las decisiones acusadas, porque invadió la órbita funcional de la extinta Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, de la Superintendencia de Industria Y Comercio y de la Contraloría General de la República.

Sostiene la actora que si dichos organismos eran los competentes para controlar y vigilar las actividades de las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica, no podía la SSP juzgar y castigar a la actora por hechos ocurridos con anterioridad a su creación.

A pesar de que en los actos acusados se invoca como fuente de competencia el artículo 79-1 de la Ley 142 de 1994, el cual hace relación a la vigilancia de los hechos futuros y la posibilidad de sancionar esos mismos hechos, de ello no se deriva la facultad de penalizar los acaecidos antes de su creación.

Si las normas constitucionales asignan competencia a la Contraloría General de la República en materia de vigilancia de la gestión fiscal y posibilidad de sancionar por su incumplimiento, ella, la SSP usurpó su competencia.

2.- incompetencia por razón de la materia. El artículo 79-1 de la Ley 142 de 1994 asignó competencia a la SSP para sancionar siempre y cuando esa función no esté asignada a otra autoridad, que para este caso es la Contraloría General de la República. Y si bien la facultó para imponer sanciones, ella lo fue respecto del hecho concreto que afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados, lo cual no puede predicarse respecto de la actora, pues no le causó perjuicio a nadie en particular, mucho menos en forma directa ni inmediata y no identifica a ningún usuario. El Superintendente Delegado creó la tesis de que el "usuario determinado" eran los "usuarios no regulados", sin otra determinación.

3.- Expedición irregular de los actos acusados. En el presente caso la SSP aplicó un procedimiento distinto al establecido en el C.C.A., creado mediante la Resolución 127 de 1995, en la que se dijo ejercer las facultades otorgadas por las leyes 142 y 143 de 1994 y las conferidas por el Presidente da la República en el

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

Decreto 584 de 1995, pero solo en algunos casos se aplicó el C.C.A. y en otros no, por lo cual se quebrantó de igual manera el artículo 13 de la Carta Política. En este sentido se plantea la excepción de inexecutable de las leyes 142 y 143 de 1994, en cuanto variaron lo previsto en el C.C.A., y la misma excepción respecto del Decreto 558 de 1995 y de la Resolución 127 del mismo año.

4.- Se violó el artículo 35 del C.C.A., pues desconoció el término probatorio y no se dio la oportunidad a la actora de expresar sus opiniones.

5.- Falsa Motivación, puesto que en los actos acusados se dice que la actora aplicó tarifas no aprobadas por la CREG, siendo que ninguna norma establece que las tarifas que se venían aplicando antes de nacer esa Comisión necesitaran su previa aprobación, ni existe norma legal que defina cuál es la pena que se impone a quien incurra en esa falta.

6.- Violación de normas superiores o legales y constitucionales a las que debían estar sujetos los actos cuestionados.

7.- Violación del derecho de defensa, pues no fueron estudiadas ni definidos todos los argumentos planteados en la vía gubernativa.

8.- Desviación de poder del funcionario que expidió los actos acusados, pues las facultades que dió ejercer las otorgó el legislador para procurar un buen servicio público y no para que ellas fueran utilizadas para ensayo académico ni para fines propagandísticos.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la demandada considera que los actos acusados se ajustan a la Constitución y a la ley, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 160 a 176 ib.):

La demandante no tuvo en cuenta que el propio legislador aseguró que en materia de inspección, control y vigilancia no existe interrupción en el ejercicio de la competencia, y que en la actualidad la entidad vigilada realiza la misma conducta ilícita que condujo a la imposición de la sanción en lo que corresponde a la

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

adopción de las tarifas, lo cual refirma la competencia de la parte demanda para la investigación de los hechos.

Señaló que las normas que regulan su función son claras al determinar el alcance dentro del cual debe ejercer su vigilancia y control, pues definió quienes son usuarios determinados y la clase de contratos celebrados con la empresa.

Indicó que la actora no distinguió las facultades de la Contraloría General y aquellas que son inherentes a la policía administrativa, dado que las atribuciones de la SSP son administrativas y no fiscales.

Resaltó que la inaplicabilidad invocada por la demandante respecto de las leyes y resoluciones invocadas para la sanción es improcedente, pues no controvierte la legalidad de los actos demandados.

Respecto de la falsa motivación, señaló que la sanción no se impuso con fundamento en la Ley 143 de 1994 sino en el contenido de una resolución que se presume vigente y conocida por las entidades del sector.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la sentencia recurrida, el tribunal de origen denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 274 A 300 ib.):

En relación con la falta material y temporal de competencia atribuida a la SSP para expedir los actos controvertidos, el a quo observa que los hechos que originaron la sanción impuesta datan del año 1994, cuando aplicó unas tarifas sin la aprobación de la CREG y que para el 11 de enero de ese año, cuando la actora comunicó a dicha Comisión el pliego tarifario que iba a poner en vigencia desde el mes siguiente, la SSP no estaba funcionando, pues su creación se produjo con la Ley 142 de de 1994 (julio11), no obstante lo cual, *"...advierte la Sala que tales circunstancias no afectan la competencia asumida por la SSP para la sanción de aquellas conductas, dado que en el ámbito temporal fueron registradas varias situaciones que justificaban su intervención respecto de las anomalías atribuidas a la empresa."*

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

Observa que la improcedencia de la congelación de las tarifas para los sectores residenciales que no estaban por encima de la meta prevista fue advertida por la CREG a la empresa el 28 de julio de 1994, cuando ya estaba vigente la Ley de Servicios Públicos, frente a lo cual ésta implementó los correctivos para superar la situación a partir de la descongelación de las tarifas a los usuarios de los sectores residenciales desde agosto de ese mismo año. Sin embargo, el cobro irregular de las tarifas se prolongó hasta mediados de 1995, cuando la CREG le advirtió que las mismas no correspondían a las aprobadas por el organismo.

Por ello, considera el Tribunal, el hecho determinante del inicio de la investigación lo fue la intervención del organismo regulador, pues en mayo de 1995 estableció que los parámetros inicialmente trazados para la adopción de las tarifas no fueron acatados por la actora.

El artículo 185 de la Ley 142 de 1994 dispuso que la competencia que hasta entonces tenía la Superintendencia de Industria y Comercio en esa materia, al amparo del Decreto 2153 de 1992, operaba hasta el 30 de junio de 1995, y agregó que si antes de ese período se organiza la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de forma tal que pueda ejercer plenamente sus funciones, la primera de ellas dejaría inmediatamente de ejercer sus funciones.

Con posterioridad, el Decreto 548 de 1995, estableció en su artículo 53 transitorio que la Superintendencia de Industria y Comercio tenía que adoptar las medidas transitorias para trasladar a su similar las funciones que desempeñaba para la protección de los usuarios, las investigaciones no concluidas y los recursos no resueltos, de lo que se deduce que para fecha en que la SSP inició la actuación en contra de la actora, la competencia no radicaba en la Superintendencia de Industria y Comercio, sino en ella.

Para el *a quo* tampoco es clara la competencia que deduce la actora respecto de la Contraloría General de la República para investigar los hechos de que se ha dado cuenta, pues no se entiende la relación que puedan tener tales hechos con el examen de cuentas a cargo de dicho ente, así como tampoco la omisión del procedimiento adoptado para la convocatoria de la compra de energía. De todas

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

formas, añade, admitiendo que la investigación de los hechos correspondiera a dicho ente de control fiscal, ese factor no descartaba la intervención de la SSP.

Desde el punto de vista de la materialidad de los hechos, se considera que la adopción de unas tarifas para el cobro del servicio de energía eléctrica sin la aprobación de la CREG, afectaba a los usuarios del servicio a quienes les fueron cobradas dichas tarifas, respecto de los cuales no se requería su identificación concreta, como lo plantea la actora, pues la exigencia del usuario determinado prevista en el artículo 79 de la citada Ley 142 también se entiende cumplida al señalar el sector afectado por las tarifas, pues su aplicación engloba de manera general a un rango específico de la población suscrita al servicio, como lo es el residencial, como se indicó en uno de los requerimientos que le fueron hechos, lo que descarta las dudas sobre la determinación de quienes fueron los afectados con la implementación de su cobro, por lo cual caía dentro de la órbita de competencia de la SSP.

Sobre el cargo de expedición irregular de los actos acusados, se pone de presente que la actora no señaló en forma concreta cuáles formalidades previstas en el C.C.A. fueron desconocidas por la SSP al adelantar la actuación en su contra. Solo se concretó al artículo 35 de dicha codificación, pero no se comparte su inobservancia, pues en el curso de la investigación procedió a controvertir las imputaciones que se le formularon. Además, la exigencia prevista en dicha norma no puede entenderse como el establecimiento de una especie de *alegatos de conclusión*, pues no existe traslado especial para alegaciones finales, como ocurre en la actuación judicial.

Tampoco se observa la violación de los artículos 14, 28 y 24 del C.C.A., pues, en su orden, la demandante se abstuvo de indicar cuáles terceros debieron haber sido citados a la actuación, admitió haberse enterado de la misma y en sus descargos tuvo la oportunidad de solicitar y aportar las pruebas que estimó pertinentes, y el hecho de que ellas no hubieran tenido la fuerza de desestimar los cargos imputados no implica la inobservancia del deber de decretarlas durante la actuación.

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

De igual manera, no se acoge la solicitud de inaplicar las normas legales que podrán ser contrarias al artículo 158 constitucional, pues se abstuvo de indicar en forma concreta en qué pudo consistir su oposición al ordenamiento superior.

En lo que concierne al cargo de falsa motivación que se le atribuye a los actos acusados, con el argumento de que la SSP le dio unos alcances diferentes a los supuestos de hecho y de derecho que sirvieron de soporte a los actos acusados, se considera que si bien es cierto que en la época en que fueron aplicadas las tarifas por la actora, la CREG no existía, lo cierto es que cuando ellos se profirieron dicha Comisión ya se encontraba funcionando, por lo cual debe entenderse que se trata del organismo competente para la época de expedición de los actos acusados. Adicional a lo anterior, se resalta que cuando la actora presentó el pliego tarifario a la CREG en el año 1995, ya no operaba la antigua Comisión de Regulación Energética.

Considera el Tribunal que el hecho de no aparecer una pena expresa cuando se incumple el requisito de la aprobación de las tarifas, previamente a su adopción, tampoco implica interpretación errónea de las normas en que basó la decisión, pues dicha ausencia de señalamiento debe entenderse suplida con la aplicación de las normas generales que regulan la potestad de vigilancia y control ejercida por la SSP, pues en el artículo 85 de la Ley 42 de 1994 se le faculta para imponer sanciones hasta el equivalente a 2000 salarios mínimos legales vigentes a quienes violen las normas a que deben estar sujetos en la prestación de los servicios públicos.

Entonces, lo que cuestionó la SSP no fue la falta de presentación de las tarifas por la demandante, sino su aplicación a los usuarios sin la aprobación de la CREG. Si éste organismo incurrió en demoras en la refrendación de las tarifas, ello no afecta la legalidad de los actos demandados, y eventualmente podría dar lugar a responsabilidades de tipo disciplinario.

De otra parte, tampoco se estudian los cargos de violación de los artículos 113, 117, 119, 122, 123, 268, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución, como tampoco a los artículos 2°, 3°, 84 y 85 del C.C.A., pues no se explicó en forma concreta en qué medida fueron desconocidos.

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

Tampoco encuentra el a quo reparo alguno a la circunstancia de haberse adelantado la investigación por las dos conductas irregulares atribuidas a la actora y a la imposición de una sola sanción por ambos hechos, pues las dos infracciones caían en el ámbito de competencia de la SSP, por lo cual resultaba procedente su trámite conjunto y simultáneo.

Sobre la acusación de desviación de poder, el Tribunal considera que de los actos acusados no puede inferirse que su motivación conduzca a predicar la existencia de finalidades ajenas y diferentes a su función de inspección y vigilancia, por lo cual no es de recibo la afirmación de que fue la SSP la que promovió la noticia de la sanción impuesta en diarios de circulación local y nacional y menos aún que fue debido a ello que la actora sufrió un supuesto detrimento de su imagen.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En el escrito que lo contiene (fls. 302 a 303 cuad. ppal.), la actora fundamenta su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en los términos que se resumen a continuación.

En el fallo impugnado se observa un sentido de justificación del actuar de la Administración, y se soporta la legalidad de los actos demandados en un conjunto de valoraciones jurídicas incorrectas, pues es claro que en el proceso se demostró la incompetencia de índole temporal de la SSP al imponer una sanción a la actora, pues para la época en que se sucedieron los hechos que dieron origen a la sanción no había nacido a la vida jurídica dicho organismo, y por obvias razones no podía tener competencia para investigarla y sancionarla.

La SSP, por exclusión de materia, no puede conocer de hechos anteriores a su creación y no puede arrogarse la facultad de imponer sanciones invocando la nueva ley pero haciéndola producir efectos retroactivos.

Por otra parte, la Ley 142 de 1994 no sanciona el cobro de tarifas no autorizadas por la CREG, sencillamente porque ese ente no tiene la facultad de fijar ni aprobar tarifas. A tal Comisión solo le corresponde fijar fórmulas tarifarias y mientras no las haya señalado no puede paralizarse el servicio público de energía, sobre el supuesto de que no puede cobrar el servicio.

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

Tampoco se hizo la determinación de los usuarios, pues la mera mención de un estrato o de un sector no satisface la exigencia legal de la determinación.

De lo anterior se desprenden los demás cargos de ilegalidad formulados contra los actos demandados.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. De la parte actora:

Frente al cargo de incompetencia temporal, el juez de primera instancia dijo que la actuación irregular fue detectada desde 1994 y que los efectos de la conducta fueron prolongados en el tiempo, o sea que no se sancionó a la actora por la conducta en que incurrió sino por sus "efectos", lo que corrobora dicha incompetencia.

Es principio universal de derecho que cuando una conducta está prevista como falta sancionable y después el legislador le quita ese carácter, desde entonces no pueden ser castigados quienes con antelación hubieren cometido ese hecho. Ello ocurrió en el presente caso, , pues en la demanda se alegó que en la Ley 142 de 1994 no está prevista como falta cobrar tarifas no autorizadas, pues el legislador desapareció esa figura del ordenamiento y desde entonces no hay autoridad que autorice tarifas.

El hecho del desaparecimiento de la aprobación previa de tarifas, corrobora que la SSP carecía de competencia para sancionar por hechos acaecidos antes de su creación y menos para sancionar los "efectos" de los mismos, y menos para castigar lo que la ley ya no consideraba sancionable.

4.2.- De la Superintendencia de Servicios Públicos:

Se refiere a los aspectos a que se contrae el recurso de apelación (fls. 182 a 185 cuad. 2), los cuales se resumen así:

En cuanto a la falta competencia temporal y material para imponer la sanción, se hace notar que conforme a los artículos 79-1 de la Ley 142 de 1994, la SSP

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

conserva su facultad sancionatoria siempre que dicha función no haya sido atribuida a otra autoridad, como ocurrió en el presente caso en el que la inspección y vigilancia sobre el sector de los servicios públicos estaba a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio y siempre que se configure una afectación inmediata a usuarios determinados.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 548 de 1995, relativos a tránsito de legislación, la SSP si era competente para adelantar la investigación en contra de la actora, tanto en el tiempo como respecto de la materia, pues dichas normas revelan unos límites en el tiempo dentro de los cuales la SSP asumiría las competencias que con anterioridad venía ejerciendo otro organismo.

En la primera de dichas normas se indica un plazo hasta el 30 de junio de 1995 para que entrara a operar el nuevo ente con todas sus atribuciones y fue lo que ocurrió con la promulgación de la Ley 142, que le otorga a la SSP la facultad sancionatoria sobre las empresas prestadoras de los servicios públicos cuando se establezca su incumplimiento a las disposiciones a las que se encuentran sometidas. Y fue así como en comunicación MMECREG-558 de 8 de mayo de 1995, la Directora Ejecutiva de la CREG solicitó a la SSP revisar la aplicación de las resoluciones tarifarias por parte de la Electrificadora del Atlántico y verificar si las tarifas aplicadas eran inferiores a las autorizadas por la extinta Junta Nacional de Tarifas, ya que el cuerpo técnico de la Comisión consideraba que aquellas no correspondían a las aprobadas.

Es claro que dentro de las funciones de las CREG no se encuentra la de investigar y sancionar las conductas infractoras de los prestadores, por lo que sin duda alguna le correspondía a la SSP establecer las presuntas irregularidades y proceder a la imposición de las correspondientes sanciones.

No se configura una aplicación retroactiva de la ley sino un sistema integrado del derecho que impide ausencia de regulación de las funciones públicas por efecto del cambio de legislación, que hace operar las nuevas normas sobre hechos que constituyan faltas frente al ordenamiento jurídico.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación no emitió concepto.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Entra la Sala al estudio de los argumentos expuestos por la parte demandante en su recurso de apelación.

Son tres los cargos puntuales o las razones de inconformidad de la recurrente para con la sentencia de primera instancia, a saber:

6.1.- Incompetencia temporal de la SSP para imponer la multa a la empresa demandante, pues para la época en que se sucedieron los hechos sancionados, la mencionada entidad no había nacido a la vida jurídica.

6.2.- La Ley 142 de 1994 no sanciona el cobro de tarifas no autorizadas por la CREG, sencillamente porque ese ente no tiene la facultad de fijar ni aprobar tarifas. A tal Comisión solo le corresponde fijar fórmulas tarifarias y mientras no las haya señalado no puede paralizarse el servicio público de energía, sobre el supuesto de que no puede cobrar el servicio.

6.3.- En los actos acusados no se hizo la determinación de los usuarios que pudieron haber resultado afectados, pues la sola mención de un estrato o de un sector no satisface la exigencia legal de la determinación.

Sea lo primero advertir, que para el estudio que se emprenderá se tendrán en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias vigentes al momento de ocurrencia de los hechos que dieron origen a los actos acusados, es decir, se da aplicación al principio "tempus regis actus", que implica que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella previstos, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada o modificada con posterioridad.

Como marco de referencia para el análisis de los cargos formulados en la apelación, se hará un breve recuento de las disposiciones de orden legal que crearon la Junta Nacional de Tarifas -JNT-, la Comisión Reguladora de Energía -

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

CRE- y la Comisión Reguladora de Energía y Gas -CREG- y algunas de las funciones que les fueron concedidas.

El Decreto 3069 de 1968 por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas, consagra en su artículo 1º, dentro de sus funciones principales, las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos.

Así mismo, en su artículo 3o., establece los criterios que deben tener en cuenta las entidades de servicios públicos en la fijación de las tarifas, esto es, asegurar la protección de sus activos con tarifas que cubran los costos reales de la prestación del servicio, que provean una determinada rentabilidad que facilite la financiación de los programas, para lo cual deberán ajustarse las tarifas oportunamente a los cambios de los costos reales que afectan el equilibrio económico.

El Decreto 149 de 1976, en su artículo 2º, señala que el establecimiento de la política de precios, su aplicación y fijación por medio de resoluciones de los precios de bienes y servicios corresponde, entre otras entidades, a la Junta Nacional de Tarifas, respecto a los servicios de agua, energía, alcantarillado, etc.

De igual manera, la Ley 81 de 1988, en sus artículos 61 y 62 incluye, entre las entidades a las que corresponde el establecimiento de la política de precios, a la Junta Nacional de Tarifas.

Lo consagrado en las normas a las que nos hemos venido refiriendo, no fue más que el desarrollo de los artículos 32 y 39 de la Constitución Política de 1886 que autorizaban la intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos, así como la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las entidades que prestan servicios públicos.

Bajo la Constitución de 1991 se consagra, entre otros, en los artículos 150, numerales 19, 21, 23; 334, 336 y 365 a 370 o en general mediante el ejercicio de potestades de configuración en materia económica; se confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no solo en ejercicio de su potestad reglamentaria, sino específicas atribuciones de inspección, vigilancia y

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos.

Con posterioridad, en el Decreto 2119 de 1992, artículo 10, se creó la Comisión de Regulación Energética (CRE), con el objeto de regular el sector minero y energético, y cuyas funciones se establecieron en su artículo 11.

También en el año 1992, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2167, y en su artículo 28 dispuso la supresión de la JNT y señaló que sus funciones serán asumidas por la CRE a partir del momento en que entre a funcionar (la CRE comenzó a operar el 1° de septiembre de 1993).

En el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 se estableció como función de la CREG la de *"pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta ley"*, y en su artículo 74, literal d) **delegó en la CREG la función de "fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible, o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta ley, bajo el régimen que disponga, la facultad de fijar esas tarifas"**.

La Ley 143, en su artículo 23, literal f) le atribuye a la CREG, entre otras, la competencia para *"fijar las tarifas de venta de electricidad para los usuarios finales regulados. Esta facultad podrá ser delegada en las empresas distribuidoras, en cumplimiento de las funciones de comercialización bajo el régimen de libertad regulada"*.

Ahora bien, la primera acusación que se formula a la sentencia recurrida consiste en que la SSP carecía de competencia material y temporal para expedir los actos acusados. El respecto se observa y considera lo siguiente:

Mediante la Resolución 070 de 1993 de la Junta Nacional de Tarifas se definieron los criterios de política tarifaria del servicio de energía eléctrica para alcanzar unas metas tarifarias con el propósito de que reflejaran los costos de generación, interconexión, transmisión y distribución, y se reiteró que los niveles tarifarios se harían con base en la estructura de costos económicos de referencia aprobados

Expediente: 1996-6880

Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

por la Junta. Igualmente se fijaron otros criterios en cuanto a los estratos (6) y los niveles de consumo (4) en cada estrato, al igual que respecto de los mecanismos de actualización de las metas tarifarias para los sectores industrial, residencial, provisional, oficial, especial y de alumbrado público y para la venta de energía en bloque. De igual forma resolvió que el artículo 1° de la Resolución JNT-090 de 1990 quedará así: "*La fijación de los niveles tarifarios se hará con base en la estructura de los costos económicos de referencia, **aprobados por la Junta Nacional de Tarifas o la entidad que haga sus veces.***" (negrillas fuera de texto)

La misma Junta Nacional de Tarifas también expidió la Resolución 071 de dicho año y determinó que las empresas distribuidoras de energía eléctrica deberán establecer planes de ajuste a cuatro años para aquellas tarifas que estuvieren por encima de las metas definidas, **e informarle sobre este plan a dicha Junta.**

Mediante Resolución 015 de 1993 de la CRE, "Por las cual se precisa el alcance de la Resolución 070 de 1993 de la Junta Nacional de Tarifas", se estableció en su artículo 5° que las juntas directivas de las empresas, para aquellos estratos y rangos de consumo residencial que se encuentren por debajo de las metas establecidas en la Resolución JNT-070 de 1993, podrán diseñar planes de ajuste adicionales, los que a su vez **deben ser refrendados mediante acto administrativo por la dicha Comisión de Regulación Energética mediante acto administrativo.**"

Se narra en los hechos de la demanda que mediante comunicación de 6 de octubre de 1993 la actora informó a la Comisión de Regulación Energética sobre los planes de rebajas tarifarias que se estaban estudiando, y que el 12 de enero del año siguiente remitió a dicha Comisión el pliego tarifario que aplicaría a partir de febrero de ese año, previa aprobación de la Junta Directiva de la Electricadora del Atlántico.

Mediante la Ley 142 de 11 de julio de 1994 se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios e igualmente se dispuso la creación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

En el artículo 79 de la citada Ley 142 se asignó a la SSP competencia para "vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones" , y en su artículo 81-2 facultó a dicha Superintendencia para imponer multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales a quienes violen las normas a que deben estar sujetos, según la naturaleza y gravedad de la falta.

El artículo 185 de la citada Ley 142 trata sobre el tránsito de legislación en materia de inspección, control y vigilancia, y dispone:

"La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones señaladas en el Decreto 2153 de 1992, respecto de las empresas oficiales, mixtas o privadas que presten los servicios públicos de que trata esta Ley, hasta el 30 de junio de 1995. Pero si antes de este período se organiza la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de tal manera que pueda ejercer plenamente sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio dejará inmediatamente de ejercer las funciones pertinentes."

Y, por su parte, el Decreto 548 de marzo 31 de 1995 "por el cual se compilan las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se establece su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones", señala en su artículo 53 Transitorio:

"El Superintendente de Industria y Comercio, tomará todas las medidas que sean necesarias para continuar y brindar la colaboración y el apoyo necesarios, con el propósito de realizar el traslado de las funciones, que en materia de protección de los usuarios venía desempeñando hasta la fecha de entrada en pleno funcionamiento de las Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios."

"La Superintendencia de Industria y Comercio tomará todas las medidas necesarias para dar traslado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de las investigaciones administrativas iniciadas por aquella y que no estén concluidas a la fecha de entrada en funcionamiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios."

Se manifiesta en la demanda que el 28 de julio de 1994, la Comisión de Regulación de Energía manifestó a la actora que "...no es procedente hacer la congelación de las tarifas residenciales que no se encontraban por encima de la meta..." y añadió que "en consecuencia, se debe actualizar con lo establecido en las resoluciones CREC 013 y 014 de 1993". También se expresa que la Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en comunicación

Expediente: 1996-6880

Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

dirigida a la SSP el 11 de mayo de 1995, le informó que dicho organismo había analizado el pliego tarifario remitido por la Electrificadora del Atlántico en el oficio N° 015487 de 1995, encontrando que las tarifas por ella aplicadas no correspondían a las autorizadas por la Comisión, y añadió: *"Nos permitimos solicitarle revisar la aplicación de las resoluciones tarifarias por parte de la Electrificadora del Atlántico. Incluso. Solicitamos verificar si las tarifas aplicadas son inferiores a las autorizadas, ya que en este caso también se considera como no observancia de lo definido por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS o la JUNTA NACIONAL DE TARIFAS DE SERVICIOS PÚBLICOS, en defecto"*.

Como se observa de la lectura armónica y concatenada de las disposiciones que se han referenciado, de su confrontación con los precitados hechos de la demanda y con las pruebas que obran en el proceso, ésta última comunicación de la CREG constituyó, a juicio de la Sala, el origen del proceso investigativo que se inició por parte del Superintendente Delegado para Energía y Gas y de que se da cuenta en la Resolución 1281 de 5 de diciembre de 1995.

En ese orden de ideas, es claro que si la actora, como lo plasmó en su demanda, aplicó a partir de febrero de 1994 el pliego tarifario que aprobó su Junta Directiva, ello implica que incurrió en franco desconocimiento de la Resolución 015 de 1993 de la CRE, que determina que los planes de ajustes que pretendan realizar las empresas deben ser refrendados por la mencionada Comisión de Regulación Energética mediante acto administrativo, y fue, precisamente, con fundamento en esa observación, que la CREG solicitó iniciar las averiguaciones del caso a la SSP.

Para la Sala no cabe duda acerca de que la SSP obró dentro del marco de las competencias atribuidas por la ley, tanto desde el punto de vista temporal como material, puesto que si bien el inicio del desconocimiento de la normatividad que regula las actividades de la actora se dio en el año 1994, ello de manera alguna implica que tales conductas no fueran merecedoras de ser investigadas, bien por la competencia que tenía asignada la Superintendencia de Industria y Comercio en su momento para ello, o por la SSP, desde el momento que fue informada de tales anomalías por la CREG en el año de 1995, pues el recuento normativo que

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

atrás se consignó, evidencia que tales competencias no desaparecieron del escenario jurídico, sino que fueron previstas las respectivas normas sobre el tránsito de legislación en esa materia.

Por consiguiente la acusación formulada no prospera.

La segunda acusación que se formula a los actos acusados y, por consiguiente, a la sentencia recurrida, se refiere a que la CREG carecía de competencia para fijar y aprobar tarifas.

Al respecto, se observa que uno de de los cargos que le fueron imputados a la actora durante el trámite de la actuación administrativa, consiste en que *"La Electrificadora del Atlántico aplicó tarifas al usuario final no aprobadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, con violación de las siguientes normas: Artículo 5° de la Resolución 015 de de diciembre de 1993 de la Comisión de Regulación Energética; Artículo 42 de la Ley 143 de 1994, inciso 2°; Artículo 23 literal f) de la Ley 143 de 1994."*

La primera de las indicadas normas, el artículo 5° de la Resolución a 015 de 1995 de la CRE, a que atrás se hizo referencia, autoriza a las juntas directivas de las empresas para los estratos y rangos de consumo residencial que se encuentren por debajo de las metas establecidas, para diseñar planes y ajustes adicionales, que deben ser refrendados mediante acto administrativo por la CRE.

En relación con dicha norma debe decirse que si bien la Junta Directiva de la actora sometió a aprobación de ese organismo el plan de ajuste para 1994, como se narra en los hechos de la demanda, lo cierto es que decidió darle aplicación sin que mediara la debida refrendación por parte de de la CRE mediante acto administrativo de lo cual se deriva la violación de la indicada norma.

Respecto del desconocimiento que se le atribuye a la actora del artículo 42, inciso segundo de la Ley 143 de 1994, que determina que *"Las ventas de electricidad a usuarios finales serán retribuidas sin excepción, por medio de tarifas de regulación"*, se estima que tal norma debe armonizarse con la definición que de *"libertad regulada"* consagra el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, como aquel *"Régimen de tarifas mediante el cual la CREC fijará los criterios y la metodología*

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

con arreglo a los cuales las empresas de electricidad podrán determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos. "

Sobre las enunciadas disposiciones, se considera que la imputación de dicho cargo obedece a que la empresa actora estaba sometida a un régimen de libertad regulada, por lo cual las ventas por el servicio de energía debían determinarse de acuerdo con los criterios y la metodología que tenía establecidos la CREG, lo cual no se produjo por parte de dicha empresa, en la medida en que para el año de 1994 puso en aplicación el plan de rebajas tarifarias sin la debida refrendación de dicha Comisión.

Y en lo relativo al desconocimiento del artículo 23 literal f) de Ley 143 de 1994, que la SSP atribuye a la actora, se tiene que tal norma determina la competencia de la CREG para fijar las tarifas de venta de electricidad para los usuarios finales regulados. Entonces, si la Electrificadora del Atlántico aplicó el referido plan de tarifas para el año de 1994 con la sola aprobación de su junta directiva, sin haberse sometido a las tarifas de venta de electricidad establecidas por la CREG, es claro que de ese hecho se deriva el quebrantamiento de dicho mandato legal, lo cual fue observado el 8 de mayo de 1995 por parte de la CREG en comunicación MMECREG-558, que remitió a la SSP y en donde se manifestó que "...las tarifas aplicadas por la Electrificadora no corresponden a las aprobadas por la Comisión." (Hecho 23 de la demanda).

Por lo consignado en precedencia, el segundo cargo tampoco prospera.

La tercera acusación que se formula a los actos demandados consiste en que en ellos no se hizo la determinación de los usuarios que pudieron resultar afectados con la aplicación de las tarifas que la empresa aplicó para el año 1994, pues la sola mención de un estrato o de un sector no satisface la exigencia legal de la determinación.

En relación con esta censura, cabe precisar que la imputación que le hizo la SSP a la actora se basó en que *"como consecuencia de la aplicación tarifaria de la Electrificadora del Atlántico, a algunos usuarios se les facturó por encima de lo autorizado y a otros por debajo. En el primer caso la empresa obtuvo un traslado*

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

patrimonial de dineros no justificado desde enero de 1994, perjudicando con dicha conducta a un gran porcentaje de usuarios y recibiendo ingresos por facturación no autorizado por cerca de \$ 500 millones. En el segundo hecho, es decir cuando cobró por debajo de lo autorizado, generó un detrimento patrimonial, que afectó la situación financiera de la empresa."

Por su parte, el a quo, para despachar en forma desfavorable las censuras de la actora sobre este punto, estimó que *"...la exigencia del usuario determinado prevista en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 también se entiende cumplida al señalar el sector afectado por las tarifas, pues su aplicación engloba de manera general a un rango específico de la población suscrita al servicio."*

Al respecto, el artículo 79 numeral 1 de la Ley 142 de 1994 asignó a la SSP competencia para *"vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad."*

De la lectura de dicha disposición y del cargo que le fue formulado a la empresa actora en los actos acusados, es incuestionable que la adopción de unas tarifas para el cobro del servicio de energía a los usuarios de determinados estratos del sector residencial sin que hubiera mediado la debida refrendación o aprobación de la respectiva Comisión Reguladora, como lo exige la legislación aplicable, sin duda alguna afectó a dichos usuarios en forma directa e inmediata, en la medida en que se vio reflejada en un mayor costo por el servicio que recibieron y, consecuentemente en unos mayores ingresos de la actora por facturación no autorizada, por un valor cercano a los \$ 500.000.000.

En concordancia con lo anterior, la Sala considera que cuando la citada disposición se refiere a la afectación directa e inmediata a usuarios determinados, resulta jurídicamente válido concluir que no se está exigiendo que en los respectivos actos o decisiones que adopten las autoridades se precise en forma detallada la identificación concreta y personalizada de cada uno de los usuarios a quienes la Electrificadora del Atlántico les cobró un mayor valor de la tarifa

Expediente: 1996-6880
Actora: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A.

autorizada, pues tal información obra en poder de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, a tal punto que dentro de las pretensiones de la demanda se solicita condenar a la Administración a pagarle "las sumas de dinero que la demandante hubiere restituido o abonado a los usuarios en ejecución o cumplimiento de las decisiones acusadas."

Al no prosperar los cargos formulados en contra de la sentencia recurrida en apelación, se procederá a confirmarla.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, el 19 de septiembre de 2002.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de septiembre de 2011.

Marco Antonio Veilla M
MARCO ANTONIO VEILLA MORENO
Presidente

María Elizabeth García González
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta
RAFAEL E. OSTAU DELAFONT PIANETA

María Claudia Rojas Lasso
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO