

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación Núm.: 25000 23 24 000 **2008 00369** 01

Actor: **GAS PAÍS SA Y CIA. SCA ESP.**

Demandados: NACIÓN- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de enero de 2012 proferida por la Sección Primera, Subsección C en Descongestión, del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que estimó las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada por el artículo 85 del C.C.A., la empresa GAS PAIS SA Y CIA SCA ESP (en adelante GAS PAIS), actuando por conducto de apoderado, demanda a la NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (en adelante SSPD), y solicita que se acceda a las siguientes:

1. Pretensiones.

La parte actora plantea como pretensiones de su reclamación las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SSPD 2007-240-0034165 del 19 de noviembre de 2007 y SSPD 2008-240-0009185 de 10 de abril de 2008, suscritas por el Señor Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de las cuales se impone una sanción pecuniaria a la empresa GAS PAIS SA Y CIA SCA ESP, por un valor de \$171.311.500.00 y se resuelve el recurso de reposición confirmando la sanción impuesta.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se señale que la sociedad demandante no esta (sic) obligada a cancelar la multa de que tratan los actos demandados y que para el evento que se haya operado el pago de la misma, se ordene el reintegro de lo cancelado con sus respectivos rendimientos financieros liquidados entre el momento de pago y el del reintegro efectivo por parte de la entidad demandada.

TERCERA: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos señalados en los artículos 176 y 177 CCA¹.

2. Hechos en que se fundamenta la demanda.

En síntesis, los hechos expuestos por la parte demandante como fundamento de su reclamación destacan que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la SSPD luego del procedimiento

¹ Folio 27.

administrativo sancionatorio iniciado por su Delegada para Energía y Gas con ocasión del supuesto incumplimiento de GAS PAIS de la normatividad en materia tarifaria sobre el costo de transporte de gas licuado de petróleo (GLP) vigente para los años 2004 y 2005 por los cobros que ésta hacía por este concepto entre las ciudades de Girón y Cúcuta. A juicio del ente de control las tarifas publicadas por la empresa para estos años no reflejaban los costos efectivos en los que incurría la empresa para transportar el GLP hasta Cúcuta.

3.- Normas violadas y concepto de la violación.

La actora señala como vulneradas por los actos administrativos acusados los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 29, 58, 83, 84, 90, 124, 209, 228, 333, 365 y 367 de la Constitución, y los artículos 2, 3, 38, 69, 84 y 85 del CCA.

En particular formulan los siguientes señalamientos contra los actos administrativos demandados:

- Violación del debido proceso.**

Apunta la demandante que con la actuación surtida por la SSPD se vulneró la garantía del artículo 29 de la Constitución por cuanto se le sancionó “sin que existiera previamente a la época de los hechos investigados (años 2004-2005) una metodología o reglamentación vigente y por ende exigible a los comercializadores de GLP, sobre la forma en que debería realizarse

el cálculo y en especial la presentación de los costos del flete de transporte para la ciudad de Cúcuta en particular y para otras zonas en general”².

En concepto de la parte actora en los actos administrativos demandados se evidencia que la ausencia de una regulación específica sobre estos asuntos fue suplida por la autoridad de control por las particulares consideraciones de los funcionarios a cargo de la investigación, que a medida que avanzaba el trámite “iban creando un criterio llamado matriz de costo, a partir de la información entregada por el investigado”³ y de metodologías equivalentes (como las señaladas por el Ministerio de Transporte para otras modalidades de esta actividad). Situación que a su juicio configura un claro atentado contra el debido proceso, que garantiza a todos un juicio acorde con las normas preexistentes al acto que se imputa.

Señala, con base en lo anterior, que “[s]i GAS PAIS supuestamente violo (sic) la reglamentación tarifaria en el ítem o costo de fletes de transporte en los años 2004 y 2005, por expreso mandato constitucional la reglamentación violada debió estar claramente determinada para antes del mes de marzo de 2004, fecha para la cual se determina el inicio de la infracción”⁴. Reconocer que no existe una reglamentación que fije una metodología específica para el cálculo de dichos valores, y definirla después en el curso del proceso sancionatorio, dice, “es absolutamente

² Folio 36.

³ Idem.

⁴ Folio 37.

inconstitucional, y por ende lesivo de los más elementales derechos del investigado”⁵.

Indica que la norma supuestamente vulnerada, el artículo 10 de la Resolución CREG No. 085 de 1997, nada dice sobre la matriz de costos cuyo desconocimiento dio lugar a la sanción impuesta, pues tan solo autoriza a los distribuidores de GLP a adicionar el costo de transporte a los precios que resultan de la aplicación de la fórmula definida por la regulación para la localidad más cercana en la cual los grandes comercializadores entregan el producto. Al no establecer la regulación una fórmula ni metodología para calcular el valor del flete, ni remitir tácita ni expresamente a ninguna, la norma autoriza al distribuidor a “aplicar al precio base del producto el costo en el que incurrió para el transporte del GLP, sin ninguna otra consideración”⁶. Por ello afirma que GAS PAIS cumplió fielmente con lo establecido en dicha norma, pues tan solo adicionó al valor del gas el costo del transporte a partir de los gastos en los que efectivamente se incurrió y que fueron explicados en el transcurso de la investigación⁷.

- **Violación del derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de buena fe.**

Señala la demandante que en la actuación adelantada también se desconoció el artículo 29 de la Constitución por vulnerar tanto el derecho

⁵ Idem.

⁶ Folio 38.

⁷ Ibidem.

de defensa como la presunción de inocencia. Esto, como consecuencia de no haber aportado las pruebas necesarias y suficientes para acreditar que se incurrió en la falta imputada. Sostiene así que en lugar de allegar evidencias sólidas, la autoridad “se ha valido de las pruebas que hemos aportado, para sin justificación probatoria alguna, desconocer algunos costos y gastos realmente sufragados, para concluir por esta vía excepcional que nuestras tarifas de transporte han sido sobredimensionadas sin que se haya aportado la prueba fehaciente de la infracción, solo el parecer de los funcionarios de la Dirección Técnica y nada más”⁸.

Aduce que dado el nexo que existe entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal, en aplicación del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal (CPP) la sanción requiere conocimiento más allá de toda duda. Y reprocha que en la investigación adelantada, que resultó en la sanción impuesta, “los medios de prueba brillan por su ausencia, no existen pruebas que soporten la supuesta irregularidad cometida, el único material probatorio es el aportado por el investigado y su descalificación no se soporta más allá de la apreciación subjetiva de algunos funcionarios, sobre la procedencia o no de algunos factores que han determinado nuestros costos de transporte. // Tampoco existe el conocimiento más allá de toda duda, acerca de la ocurrencia de la infracción y sobre nuestra responsabilidad en el hecho, fundadas en el análisis del material probatorio debatido, lo único que existe es el criterio subjetivo de algunos funcionarios acerca de lo que en su parecer debe ser la matriz de costos para los fletes,

⁸ Folio 39.

que la Dirección Técnica ha creado por sí y ante sí (...) sin que dichas directrices tuviesen existencia previa a los hechos por los cuales somos sancionados”⁹.

Manifiesta que al obrar de este modo la SSPD desconoció la presunción de buena fe que establece el artículo 83 de la Constitución, ya que al adicionar el costo del transporte al valor del producto la demandante, dice, no hizo nada distinto a calcular sus gastos realmente sufragados y a publicarlos en la oportunidad y forma señalados por la normatividad. Y agrega que “si para el ente de control mi representada no actuó en la forma debida debe probar fehacientemente este hecho y de esta manera desvirtuar la presunción de inocencia y de buena fe que nos acompaña hasta tanto se demuestre lo contrario más allá de cualquier duda razonable”¹⁰.

Añade que también se violó el derecho de defensa como resultado de haber construido el pliego de cargos sobre la base del desconocimiento de una norma (el artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997), frente a la cual se ejerció el derecho de defensa, pero para imponer la sanción también se consideraron otras normas adicionales (el artículo 9 de la Resolución CREG 083 de 1997 y el artículo 2 de la Resolución CREG 044 de 2001)¹¹.

Por último, indica que también se atenta contra el derecho de defensa al imponer una sanción por una suma exorbitante cuya dosimetría no se

⁹ Idem.

¹⁰ Ejusdem.

¹¹ Folios 39-40.

encuentra justificada, pues nada dicen los actos administrativos demandados sobre el por qué se fija esa cuantía y no otra¹².

- **Falta de competencia de la SSPD.**

Sostiene la demanda que las resoluciones atacadas expedidas por la SSPD están viciada de nulidad por haber sido proferidas sin competencia para ello. En concepto de la demandante ello obedece a que para el momento en que se adoptaron y cobraron ejecutoria las decisiones cuestionadas habían transcurrido más de tres años de los hechos que originaron la investigación y la sanción impuesta.

Sostiene la actora que la sanción, originada en el supuesto incumplimiento de la normatividad para el transporte de GLP de la ciudad de Girón a Cúcuta, se remonta a la publicación de las tarifas vigentes para los años 2004 y 2005 en el diario La Opinión, de amplia circulación regional, efectuada los días 27 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2005, tal y como se acreditó en el curso del procedimiento administrativo. Por esto, señala que “haciendo un simple cálculo tenemos que la sanción sobre este asunto, **se impuso a los 4 años, 2 meses y 7 días** de acaecidos los hechos objeto de la sanción respecto de la publicación de las tarifas vigentes para el año 2004, y de **3 años, 2 meses y 11 días** de acaecidos los hechos objeto de la sanción respecto de la publicación de las tarifas vigentes para 2005”¹³. Por esto, dice, al cumplirse el término de tres años

¹² Folio 40.

¹³ Folio 42.

para actuar que el artículo 38 CCA señala como caducidad para el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, se tiene que los actos atacados fueron proferidos por un funcionario que había perdido competencia para actuar.

- Solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos.

Con base en el supuesto quebrantamiento ostensible del artículo 29 de la Constitución y del artículo 38 CCA por las resoluciones atacadas la parte demandante pide su suspensión provisional, alegando el grave perjuicio que supone la cuantiosa multa impuesta, “que afectan de forma directa el flujo de caja del administrado y de paso las posibilidades de brindar un servicio eficiente a los usuarios en cuanto la sanción es casi confiscatoria”¹⁴.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no contestó la demanda.

III.- LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 30 de enero de 2012¹⁵ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, Sala

¹⁴ Folio 43.

¹⁵ Folios 110-136.

de Descongestión, resolvió el asunto bajo examen estimando las pretensiones de la demanda.

El Tribunal consideró que en el *sub examine* el problema jurídico consistía en determinar si la SSPD “impuso la sanción pecuniaria, mediante los actos administrativos demandados, dentro de los tres años que consagra el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y si dentro de la actuación administrativa que adelantó en contra de la Empresa GAS PAIS S.A. se agotó el procedimiento legal y se le respetó el debido proceso”¹⁶.

Al abocar el análisis de estas cuestiones, el Tribunal de Primera Instancia consideró, luego de exponer las distintas posiciones jurisprudenciales expuestas sobre la interpretación del artículo 38 CCA y la caducidad de la potestad sancionatoria administrativa, que en el caso concreto debían estimarse las pretensiones por haberse proferido los actos atacados fuera del término de tres años fijado por dicha norma para el ejercicio de esta facultad.

En efecto, consideró el Tribunal que “el plazo de tres (3) años previsto en el artículo 38 del CCA comprende, no solo la expedición y notificación del acto administrativo inicial que decida la respectiva actuación, sino también, cada una de las decisiones que resuelven los recursos de la vía gubernativa, pues de lo contrario, la situación jurídica del administrado quedaría en el limbo jurídico, esto es, sin definición real y efectiva, por cuanto, hasta tanto no sean resueltos los recursos

¹⁶ Folios 124-125.

procedentes y notificadas las decisiones de éstos, no puede predicarse la firmeza del acto administrativo que concluya el procedimiento, y por ende, en modo alguno le puede ser oponible o exigible al administrado dicha decisión, por la sencilla pero suficiente razón de no estar ejecutoriada”¹⁷.

IV.- LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandada interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y solicita que se revoque y se estimen las pretensiones de la demanda¹⁸. El recurso se fundamenta en el presunto desconocimiento del precedente fijado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009¹⁹.

Argumenta la parte apelante que toda vez que en este fallo se unificó jurisprudencia sobre el tema del momento a partir del cual se presenta la caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración, adoptando como criterio la posición según la cual la sanción impuesta será válida siempre que se expida y se notifique el acto sancionatorio principal dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos, sin que sea relevante para efectos del cálculo de dicho término la definición de los recursos en vía gubernativa eventualmente

¹⁷ Folios 131-132.

¹⁸ Folios 145-148.

¹⁹ Rad. No. 11001 03 15 000 2003 004420 01. C.P.: Susana Buitrago Valencia.

interpuestos, el Tribunal de primera instancia debía sujetarse a este precedente. Por ende, afirma, su desconocimiento debe dar lugar a la revocación del fallo proferido.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 27 de julio de 2012²⁰ el Despacho Ponente admitió el recurso interpuesto contra el fallo de primera instancia. Posteriormente, mediante auto de 26 de octubre de 2012²¹ se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rinda su concepto.

Solo la parte recurrente presentó alegaciones en esta etapa procesal. En su escrito de alegatos la SSPD reitera los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, ampliando el análisis del tratamiento jurisprudencial que ha recibido el tema del cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas²².

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

²⁰ Folio 4 del Cuaderno 2.

²¹ Folio 10 del Cuaderno 2.

²² Folios 11-20 del Cuaderno 2.

La agencia delegada del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión del Consejo de Estado guardó silencio.

VII.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- Los actos demandados.

Resolución No. SSPD - 20072400034165 del 19-11-2007

“Por la cual se sanciona a una empresa”.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Imponer sanción pecuniaria a la empresa GAS PAÍS S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P., por un valor de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS PESOS pesos (SIC) moneda legal colombiana (\$171.311.500.00) la cual se hará efectiva en un término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO. Una vez en firme la presente resolución, la sanción impuesta deberá ser consignada en efectivo o cheque de gerencia. Para proceder al pago el prestador deberá obtener el formato de pago de sanciones disponible en el sitio WEB de la Superservicios <https://www.superservicios.gov.co/> bajo el canal Servicios a Empresas/Formatos de pago. El prestador deberá acreditar el pago de la sanción dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo. La multa se debe pagar en efectivo o cheque de gerencia en cualquiera de las siguientes instituciones financieras: Banco Agrario de Colombia, BBVA, BANCAFE.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor ÁLVARO LOPEZ (sic), en su calidad de Representante Legal de la empresa GAS PAÍS S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P., o a quien haga sus veces, en la Diagonal 97 No. 17-60 Oficina 501 en Bogotá D.C., haciéndole entrega de una copia de la misma, y advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Energía y Gas, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

ARTÍCULO CUARTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

Resolución No. SSPD – 20082400009185 del 10-04-2008

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por una Empresa de Servicios Públicos”.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la Resolución 20072400034165 del 19 de noviembre de 2007, expedida por el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente del contenido de la presente Resolución a la doctora CLAUDIA MARCELA IBAGÓN LÓPEZ, en su calidad de Representante Legal de la empresa GAS PAIS (sic) S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. – NIT 8130025332, o a quien haga sus veces, en Diagonal 97 No. 17-60 Oficina 501 en Bogotá D.C., haciéndole entrega de una copia de la misma, y advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Energía y Gas, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

ARTÍCULO TERCERO. Una vez en firme la presente resolución, la sanción impuesta deberá ser consignada en efectivo o cheque de gerencia. Para proceder al pago el prestador deberá obtener el formato de pago de sanciones disponible en el sitio WEB de la Superservicios <https://www.superservicios.gov.co/> bajo el canal Servicios a Empresas/Formatos de pago. El prestador deberá acreditar el pago de la sanción dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo. La multa se debe pagar en efectivo o cheque de gerencia en cualquiera de las siguientes instituciones financieras: Banco Agrario de Colombia, BBVA, BANCAFE.

ARTÍCULO CUARTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

4.- Problema jurídico.

En atención a los cargos que fundamentan el recurso de apelación le corresponde a la Sala establecer si las Resoluciones Nos. SSPD 2007-240-0034165 del 19 de noviembre de 2007 y SSPD 2008-240-0009185 de 10 de abril de 2008, suscritas por el Señor Superintendente Delegado para Energía y Gas de la SSPD son legítimas por haber sido expedidas dentro del término que reconoce la ley a las autoridades administrativas

para el ejercicio de la potestad sancionatoria o deben ser anuladas por haber sido proferidas fuera de dicho lapso.

En caso de concluir que las resoluciones no se expidieron por fuera de los tres años que señala la ley para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa, la Sala deberá valorar los demás cargos de la demanda y determinar, en consecuencia, si los actos administrativos demandados son nulos por haber infringido el principio de legalidad de las faltas y haber atentado contra el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la presunción de buena fe.

5.- Análisis del caso.

Dar respuesta a los interrogantes planteados obliga a examinar el cargo elevado contra la sentencia de primera instancia, consistente en señalar (5.1) el supuesto yerro del Tribunal de origen al determinar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración que define la ley. De encontrar la Sala que el fallo impugnado debe ser revocado se impone analizar (5.2) la supuesta transgresión del debido proceso como consecuencia de haber sancionado al demandante sin una normatividad previa que tipificara como falta la conducta por la cual se le sancionó y (5.3) la presunta violación del derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de buena fe por haber sido sancionada la parte actora sin pruebas sólidas de haber incurrido en la conducta que se le imputó.

5.1.- La caducidad de la facultad sancionatoria administrativa.

Según lo expuesto por la sentencia del Tribunal de origen los actos administrativos demandados deben ser anulados por haber sido expedidos por fuera del término legalmente señalado para el ejercicio de la potestad sancionatoria. Esto, por cuanto en su criterio “el plazo de tres (3) años previsto en el artículo 38 del CCA comprende no solo la expedición y notificación del acto administrativo inicial que decida la respectiva actuación, sino también, cada uno de las decisiones que resuelvan los recursos de la vía gubernativa”²³.

En concepto de la entidad recurrente, este criterio resulta equivocado por cuanto desconoce la interpretación que de estas normas ha venido haciendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto en sede de unificación de jurisprudencia (sentencia del 29 de septiembre de 2009), como en sus distintas Salas de Decisión, de acuerdo con la cual el cálculo de dicho término debe comprender únicamente la actuación administrativa principal, por lo cual una vez culminada ella con la expedición y notificación del respectivo acto se debe entender impuesta la sanción.

La Sala comparte los argumentos de la parte impugnante. En efecto, de tiempo atrás ha considerado esta Sección que a la luz del artículo 38

²³ Folios 131-132.

CCA²⁴, a efectos de valorar la validez de la decisión sancionatoria de la Administración desde la óptica temporal, esto es, de la aplicación del término de tres años que impone el legislador como límite para el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, “basta que se haya expedido y notificado dentro de dicho lapso el acto principal a través del cual se impone la sanción”²⁵. Con base en este criterio habrá de resolverse el recurso interpuesto.

Si bien este planteamiento fue objeto de debate durante algún tiempo por parte de la misma jurisprudencia administrativa, terminaría por imponerse dentro de ella. Ciertamente, aun cuando en algunos pronunciamientos era ésta la posición prohiada, en otros se consideró que el término de tres años fijado por la ley exigía únicamente la expedición del acto administrativo principal (y no su notificación) o también que incluso la ley obligaba a que se resolvieran los recursos en vía gubernativa dentro de dicho lapso (tal como lo estimó el Tribunal de primera instancia invocando un precedente de esta Sala de Decisión previo a la decisión de Sala Plena del 29 de septiembre de 2009). No obstante, tiempo después la postura en comento sería acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁶, así como por reiterada jurisprudencia de

²⁴ **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.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 13 de noviembre de 2003. Rad. No. 7767. C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de septiembre de 2009. Rad. No. 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). C.P.: Susana Buitrago Valencia.

esta Sección²⁷, siendo entonces el criterio que gobierna esta clase de controversias.

De acuerdo con sus planteamientos fundamentales, la postura acogida permite una interpretación del artículo 38 CCA en virtud de la cual **el término de tres años opera únicamente en relación con actuación administrativa principal, razón por la cual la sanción será válidamente impuesta si se expide y notifica el acto administrativo principal dentro de este lapso.** Esto, en consideración a que es dicho acto el que pone fin al procedimiento, resolviendo de fondo el asunto, con independencia de que el debate pueda continuar eventualmente si el interesado decide hacer uso de los recursos en vía gubernativa. En definitiva, como ha recalcado la jurisprudencia de esta Corporación:

Es éste el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta (...) 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

²⁷ Cfr. las sentencias del 26 de noviembre de 2009, Rad. 25000 23 24 000 2004 00339 01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta; 9 de junio de 2011, Rad. 2004 00586 01. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno; de 4 de agosto de 2011, Rad. No. 2003 01151 01. C.P.: María Claudia Rojas Lasso; 23 de febrero de 2012, Rad. No. 2004-00344-01. C.P.: María Elizabeth García González; y 14 de febrero de 2013, Rad. No. 25000 23 24 000 2003 91003 01. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

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 tomada²⁸.

Esta posición fue acogida recientemente por el legislador, que en el inciso primero del artículo 52 del CPACA distingue con claridad que la caducidad de la facultad sancionatoria opera en tiempos distintos cuando se trata de resolver la actuación principal y cuando se predica de los recursos en vía administrativa. Dispone esta norma lo siguiente:

Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

No hay duda entonces de que la caducidad consagrada por el artículo 38 del CCA implica que dentro del término de tres años allí establecido debe expedirse y notificarse el acto sancionatorio, sin incluir en ese lapso la interposición de los recursos.

En consecuencia, a efectos de determinar si en el presente caso la SSPD respetó o no el plazo que fija el legislador para el ejercicio de la potestad sancionatoria se impone considerar que el acto principal, esto

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de septiembre de 2009. Rad. No. 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). C.P.: Susana Buitrago Valencia.

es, la Resolución SSPD 2007-240-0034165, fue expedido el día 19 de noviembre de 2007, y que no habiendo comparecido la representante legal de GAS PAÍS a notificarse personalmente se fijó edicto por diez días el 24 de diciembre de 2007, que fue desfijado 10 de enero de 2008. No obstante, la compañía demandante **interpuso recurso de reposición contra esta decisión el día 28 de diciembre de 2007**, con lo cual se entiende, en aplicación del inciso 1º del artículo 48 CCA²⁹, que **fue ésta la fecha en la cual quedó debidamente notificada** (por conducta concluyente) la resolución atacada.

De conformidad con el artículo 38 CCA la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones debe ejercerse dentro de “los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”. Esto implica determinar si en el *sub examine* la sanción impuesta por la Resolución SSPD 2007-240-0034165 se produjo o no dentro de dicho lapso.

Precisar si la multa fue impuesta dentro del término que señala la ley o no dependerá del momento que se tome como referencia para ello. Para la parte demandante esta fecha no puede ser otra que la de publicación de las tarifas de los años 2004 y 2005, la cual se llevó a cabo los días 27 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2005. Por esta razón, y teniendo en cuenta que la Resolución que confirmó la sanción impuesta se profirió el

²⁹ **ARTICULO 48. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES.** <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011> Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

10 de abril de 2008 y se notificó por edicto desfijado el 4 de junio del mismo año, la actora estima que los actos administrativos demandados son nulos por haberse proferido fuera del término de tres años que fija el artículo 38 CCA para el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa.

La Sala no comparte el criterio de la demandante, pues considera que toda vez que la falta imputada fue la violación del literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997³⁰, en virtud del cual se autorizó a los distribuidores minoristas de GLP a adicionar al valor del producto el costo de su transporte desde los centros de entrega, la fecha que se debe tomar como referencia no es la de publicación de las tarifas, sino la última fecha de cobro de la tarifa fijada en contravía de lo previsto por la disposición transgredida.

³⁰ **ARTICULO 10. RÉGIMEN TARIFARIO PARA LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS AL USUARIO FINAL.** Para la fijación de los precios al usuario final se observarán las siguientes reglas:

a) Los precios al usuario que resulten de aplicar las fórmulas establecidas en el artículo anterior, rigen para las localidades donde los grandes comercializadores entreguen el producto.

b) Para localidades diferentes a las indicadas en el literal anterior, los precios del GLP serán fijados por los distribuidores, adicionando el costo del transporte a los precios que resulten de la aplicación de las fórmulas establecidas en el artículo anterior para la localidad más cercana en la cual los grandes comercializadores entreguen el producto.

c) Los precios de distribución de GLP en el perímetro urbano de las localidades de Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Riohacha, Sincelejo, Montería, Neiva, Bucaramanga, Villavicencio, Barrancabermeja y Floridablanca, serán fijados libremente por el distribuidor bajo el régimen de libertad vigilada. Conforme a este régimen, la CREG revisará periódicamente la lista de localidades donde operará este régimen de tarifas, para incluir o excluir localidades.

d) El precio de distribución de cilindros con capacidad inferior a 9 kg. (20 libras), será fijado libremente por el distribuidor (Subrayados fuera de texto).

La publicación en un medio de amplia circulación regional es una formalidad fijada por la regulación³¹ que si bien tiene el ánimo de darle publicidad a los precios, hacerlos cognoscibles y oponibles a la comunidad y validar su cobro, no puede tomarse como la referencia a efectos del cómputo del plazo que aquí interesa; pues se trata de una decisión que puede ser modificada autónomamente por los operadores del servicio, conforme se desprende del inciso tercero del artículo 13 de la precitada Resolución CREG 083 de 1997 y que en absoluto sería de reprochable si no se tradujera en un cobro indebido a los usuarios, porque nada ocurriría si eventualmente se publicara un precio indebido que fuera rápidamente corregido y nunca llegara a ser efectivamente cobrado a éstos. En un supuesto tal no podría haber responsabilidad por el solo hecho de haberse publicado un precio indebido. No puede perderse de vista que, en últimas, la *ratio* de esta clase de disposiciones es la protección de la economía de los usuarios frente a eventuales

³¹ **RESOLUCION CREG 083 DE 1997.- ARTICULO 13. APLICACION DE LAS FORMULAS TARIFARIAS.** <Inciso 1o. modificado por el artículo [9](#) de la Resolución 35 de 1998> Los comercializadores y distribuidores de GLP podrán aplicar las fórmulas tarifarias en los términos y condiciones establecidos en esta Resolución, a partir de las cero horas del 1o. de marzo de 1998, fecha de aplicación, por primera vez, de las fórmulas tarifarias. Las tarifas se determinarán aplicando las fórmulas tarifarias cada 12 meses, salvo en los casos establecidos en los artículos [4](#) y [5](#) de esta Resolución.

Los comercializadores y distribuidores de GLP, con una antelación de por lo menos de tres días a la aplicación de los precios de suministro, harán pública en forma simple y comprensible al público, mediante publicaciones en un periódico que circule en los municipios en donde prestan el servicio o en uno de circulación nacional, la fórmula tarifaria para el cálculo de las tarifas, al igual que las tarifas que aplicarán a los usuarios.

Cada vez que los comercializadores y distribuidores reajusten las tarifas, deberán comunicar los nuevos valores a la Superintendencia de Servicios Públicos, a la CREG y a los Comités Municipales de Precios a que se refiere la Resolución No. 0492 de 1986 del Ministerio de Minas y Energía.

PARAGRAFO. Para los casos establecidos en el literal b) del artículo [10](#) de esta Resolución, en las publicaciones se deberá distinguir para cada localidad, el costo del transporte y los precios determinados de acuerdo con las fórmulas tarifarias establecidas en esta Resolución.

abusos efectivamente materializados por parte de los operadores del servicio. En consecuencia, siendo cierto que la falta imputada a la parte demandante comienza con el cobro de los precios publicados, no lo es menos que ella se sostiene en el tiempo con su cobro reiterado hasta el momento en que se produce su modificación. Por esta causa en el caso bajo estudio la fecha de referencia debe ser el último día de vigencia de cada una de las tarifas definidas para los años 2004 y 2005. Cabe recordar que conforme ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala en casos de ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración, “[t]ratándose de una falta continuada, el cómputo de la caducidad debe hacerse a partir del último acto [del] que se tuvo conocimiento”³².

Entonces, si como afirma la compañía demandante dicha publicación se surtió los días 27 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2005³³, es plausible entender que para el 31 de diciembre de 2004 el costo del GLP que debían sufragar los usuarios del servicio en la ciudad de Cúcuta atendía a la lista de precios publicada dicho año. Por ende, para la Sala es fuerza concluir que si la Resolución SSPD 2007-240-0034165 quedó notificada el día 28 de diciembre de 2007 no es procedente tacharla de inválida con base en la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria, pues como se mencionó de manera precedente lo que exige el artículo 38 CCA es que el asunto objeto de decisión sancionatoria sea resuelto y

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de septiembre de 2011, Rad. No. 11001-03-24-000-2007-00028-00. C.P.: María Elizabeth García González.

³³ Folios 41-42.

notificado el acto principal antes de transcurridos tres años de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a la imposición de la sanción.

En consecuencia, toda vez que el acto sancionatorio de la SSPD fue expedido y notificado antes de que transcurrieran los tres años previstos por el artículo 38 CCA para la caducidad de la facultad sancionatoria, es válido. Por lo tanto se revoca la sentencia de primera instancia y se concluye que el cargo elevado no prospera.

5.2.- La transgresión del debido proceso por infracción del principio de tipicidad de las faltas.

Afirma la sociedad demandante que en su caso la SSPD desconoció el debido proceso como consecuencia de haberle impuesto una sanción tan cuantiosa sin una normatividad previa que tipificara como falta la conducta por la cual se le sancionó. Esto, afirma, toda vez que “para el momento de iniciarse la investigación (2005), desarrollarse y decidirse la misma no existía una reglamentación y (...) aún no existe, unas directrices que señalen en forma clara, la metodología que debe adoptarse para el cálculo de los costos de los fletes, ni los factores que deben ser tenidos en cuenta, ni la matriz con que operar, o la canasta de gastos y costos a considerar, por lo que los investigadores para soportar la sanción debieron CREAR ellos mismos una, tomando unos criterios que a su saber y entender deben operar para esta situación”³⁴.

³⁴ Folio 37.

Antes de analizar el cargo planteado debe recordarse que la SSPD actúa en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que directamente le atribuye el artículo 270 de la Constitución y le son reconocidas por los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994 (en adelante LSPD)³⁵.

De acuerdo con el artículo 79 LSPD:

ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <Artículo modificado por el artículo [13](#) de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> 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. Son funciones de esta las siguientes:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad (subrayado fuera de texto).

Asimismo, el artículo 81 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 81. SANCIONES. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

(...)

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se

³⁵ Cfr. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de septiembre de 2010, Rad. No. 11001-03-24-000-2007-00203-00. C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución (subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto por la SSPD en el pliego de cargos elevado y en las resoluciones acusadas la conducta reprochada a la parte demandante consiste en el desconocimiento de lo previsto por el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997.

El texto de esta disposición es el siguiente:

ARTICULO 10. RÉGIMEN TARIFARIO PARA LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS AL USUARIO FINAL. *Para la fijación de los precios al usuario final se observarán las siguientes reglas:*

a) Los precios al usuario que resulten de aplicar las fórmulas establecidas en el artículo anterior, rigen para las localidades donde los grandes comercializadores entreguen el producto.

b) Para localidades diferentes a las indicadas en el literal anterior, los precios del GLP serán fijados por los distribuidores, adicionando el costo del transporte a los precios que resulten de la aplicación de las fórmulas establecidas en el artículo anterior para la localidad más cercana en la cual los grandes comercializadores entreguen el producto.

Según los argumentos expuestos por la SSPD en los actos administrativos atacados GAS PAÍS no reflejó en los precios definidos para los años 2004 y 2005 en virtud de la habilitación conferida por la regulación, los costos efectivos del flete en los que incurrió durante estos periodos para llevar el gas a la ciudad de Cúcuta. Con base en

este señalamiento se consideró que la sancionada infringió lo previsto por la disposición antes mencionada.

Así, según se lee en la Resolución SSPD 2007-240-0034165 del 19 de noviembre de 2007, la entidad de control manifiesta que:

[/]la regulación ha sido enfática y clara en determinar que para la prestación del servicio público de GLP en determinados municipios, debe incrementarse el costo del transporte, pero condicionado a los costos reales que se generan del mismo. // Es así que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en uso de sus facultades constitucionales y legales , y en aras de proteger el orden jurídico, realiza un control efectivo sobre dichos costos que publican las empresas, para así determinar si corresponden efectivamente a la realidad³⁶. (subrayados fuera de texto)

Y más adelante pone de relieve que:

“del análisis efectuado a los elementos probatorios obrantes en el expediente, no observa este Despacho que la empresa Gas País y Cia. S.C.A. E.S.P. haya sustentado y soportado sus incrementos en los fletes para los años 2004 y 2005. // Lo anterior, en razón a que la empresa señala un listado de costos, en donde estos no justifican el incremento publicado y aplicado a partir del 1 de marzo de 2004, incumpliendo con ello los requerimientos del literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997, en donde claramente se autoriza solo a incrementar por concepto de flete el costo real de transporte³⁷. (subrayados fuera de texto)

En suma, la lectura de los actos acusados y del pliego de cargos elevado permite apreciar que, contrario a lo afirmado por la demandante, la sanción impuesta se ajusta plenamente a las exigencias del principio de legalidad o tipicidad de las faltas, pues no hay duda que toda vez que la conducta enrostrada es la violación del

³⁶ Folio 8.

³⁷ Folio 14.

literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997 no se infringe lo previsto por el artículo 29 la Constitución, que prohíbe el juzgamiento o sanción de una persona en aplicación de normas que no sean preexistentes al acto que se imputa. Se equivoca así el demandante al considerar que el fundamento de la sanción impuesta fue el no cumplimiento de la matriz de costos definida por la SSPD durante el proceso, pues ésta no fue más que **un insumo elaborado con el fin de enjuiciar la justificación y la razonabilidad de los costos trasladados por GAS PAÍS a sus usuarios**. Instrumento que, por lo demás, resulta esencial en casos como éste, en el que, como lo señala el ente de control, la autorización que efectúa la regulación a los operadores para que adicionen sus costos de transporte al valor del GLP no se puede traducir en una definición caprichosa, arbitraria o infundada de estos valores; ni mucho menos en la imposibilidad de que la autoridad de inspección, vigilancia y control efectúe una verificación objetiva y a fondo de la legitimidad de los costos trasladados a los usuarios.

Bajo este contexto es evidente que resulta indispensable el desarrollo de herramientas como las utilizadas por la SSPD para el ejercicio adecuado de la función de supervisión que le incumbe, pues no hay duda que sus actuaciones de control deben encausarse a través de medios que le permitan procesar y contrastar objetiva y racionalmente la información suministrada por los actores del mercado. No de otra forma podría este organismo cumplir su labor y atender las exigencias que en materia de demostración de responsabilidad y contradicción de

las pruebas impone la garantía del debido proceso administrativo establecida por el artículo 29 de la Constitución.

De aquí que en manera alguna puede equipararse el desarrollo de este insumo a la vulneración del principio de tipicidad que alega la parte demandante, ya que **es claro que la falta imputada fue el desconocimiento de lo previsto por el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997**, o si se quiere, el ejercicio abusivo de la autorización contenida en esta disposición para adicionar al valor del GLP el costo del transporte del gas a ciertos puntos del país. En definitiva, como señala la propia Resolución SSPD 2008-240-0009185 del 10 de abril de 2008, en atención a lo previsto por aquella disposición regulatoria, no ofrece discusión que el objeto de la investigación adelantada fue “verificar que los costos que se trasladaron a los usuarios finales, fuesen los costos reales en que la empresa incurrió por concepto de fletes, garantizando así una efectiva protección tarifaria frente al usuario y evitando distorsiones injustificadas en el precio del GLP en el mercado”³⁸. Por ende resultan completamente infundados los señalamientos de la parte actora.

Ahora bien, debe señalar la Sala que si bien en virtud del principio de legalidad o tipicidad de las faltas las conductas constitutivas de infracciones administrativas y las sanciones imponibles deben estar

³⁸ Folio 21.

previamente definidas por la ley³⁹, ello no implica que el legislador tenga la obligación constitucional de definir integral y exhaustivamente los supuestos típicos que dan lugar al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria. Esto, por cuanto, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la flexibilización del principio de reserva de ley que opera en materia de tipificación de las faltas que enmarcan el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa (tanto disciplinaria como correccional⁴⁰), se traduce en que una modulación de las exigencias de configuración de supuestos normativos completos y cerrados que habitualmente pesan sobre el legislador en este ámbito⁴¹. Con ello, al tiempo que se permite que una vez definida por la ley una conducta reprochable (tipo sancionatorio) pueda el reglamento precisar los aspectos puntuales de los conceptos abiertos o genéricamente consagrados por la legislación, se aligera la carga de descripción típica de las conductas que comúnmente impone el principio de tipicidad de las faltas al legislador. Todo ello en aras de asegurar la buena marcha de la administración y posibilitar tanto el cumplimiento efectivo de sus funciones, como el acatamiento de los

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de noviembre de 2009, Rad. No. 25000-23-24-000-2002-00758-01. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. En sentido análogo, de esta misma Sala de Decisión la sentencia de 20 de mayo de 2010. Rad. 76001-23-31-000-2005-00090-01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁰ Como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “[e]n ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias”. Cfr. la sentencia C-853 de 2005 de la Corte Constitucional.

⁴¹ Al respecto, véanse, p. ej., las sentencias C-713 de 2012, C-343 de 2006, C-853 de 2005 o C-921 de 2001 de la Corte Constitucional.

deberes impuestos por las autoridades y la normatividad en un determinado sector.

No puede olvidarse que “respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción”⁴². En últimas, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, “el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador”⁴³.

En consecuencia, pese a la amplitud del tipo sancionatorio establecido por el legislador (la violación de “las normas a las que deben estar sujetos” los agentes del sector, siempre que su incumplimiento “afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados”, según la descripción de los artículo 79 y 81 LSPD), es claro que nada hay que objetar a la legalidad de la falta imputada a la sociedad actora,

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2003.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-406 de 2004.

consistente en la vulneración del literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997, preexistente a la situación que originó la apertura de la investigación y la sanción impuesta, vigente para el momento de los hechos y claramente aplicable a ella en cuanto distribuidora minorista de GLP.

Con base en estas consideraciones estima la Sala que el cargo elevado no prospera.

5.3.- La violación del derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de buena fe por haberse impuesto una sanción sin pruebas sólidas de la conducta imputada.

Por último, aduce la parte actora la presunta violación del derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de buena fe por haber sido sancionada la parte actora sin pruebas sólidas de haber incurrido en la conducta que se le imputó. Esto, por cuanto en su criterio su comportamiento se limitó a realizar en forma exacta lo autorizado por el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997, es decir, adicionar al valor del producto el coste del transporte. Precisa que el desconocimiento de las garantías invocadas surge de habersele impuesto una sanción sin contar con pruebas suficientes que acreditaran su responsabilidad “más allá de toda duda”⁴⁴, pues “el único material probatorio es el aportado por el investigado y su descalificación no se soporta más allá de la

⁴⁴ Folio 39.

apreciación subjetiva de algunos funcionarios, sobre la procedencia o no de algunos factores que han determinado nuestros costos de transporte”⁴⁵. Y añade que el derecho de defensa se resiente también como resultado de haber construido el pliego de cargos sobre la base del desconocimiento de una norma (el artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997), pero haberse impuesto la sanción con base en otras adicionales (el artículo 9 de la Resolución CREG 083 de 1997 y el artículo 2 de la Resolución CREG 044 de 2001)⁴⁶; así como de haberse impuesto una sanción por una suma exorbitante cuya dosimetría no se encuentra justificada, pues nada dicen los actos administrativos demandados sobre el por qué se fija esa cuantía y no otra⁴⁷.

Por ser varios los cargos que formula la demandante en este apartado procede la Sala a examinarlos por separado.

5.3.1.- La violación del derecho de defensa y la presunción de inocencia y de buena fe por haber sido sancionado sin pruebas fehacientes de su responsabilidad.

Afirma la parte demandante que la sanción fue impuesta sin contar la Administración con pruebas fehacientes de su responsabilidad pues, dice, solo reposan en el expediente las evidencias aportadas por el propio investigado. Consecuencia de este proceder, afirma, se

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Folios 39-40.

⁴⁷ Folio 40.

desconoció tanto su derecho de defensa, como la presunción de inocencia y de buena fe.

Para la Sala se trata de un cargo infundado por diferentes razones. En primer lugar no es cierto que la Administración no haya desplegado ninguna actividad probatoria y haya impuesto una sanción sin evidencias suficientes y ciertas de la responsabilidad del sancionado. Todo lo contrario. La lectura del expediente y de los actos administrativos demandados pone de manifiesto tanto la importante actividad desplegada por la Administración dentro del procedimiento en aras de procurarse la información necesaria para adoptar una decisión objetiva y basada en pruebas legalmente allegadas al trámite, como el análisis razonado y ponderado que de ellas hizo el ente de control al momento de imponer la sentencia.

En cuanto a lo primero, destaca la Sala que si bien es cierto que una parte importante de los medios de prueba obrantes provienen de la investigada, no lo es menos que ello resulta lógico dada la naturaleza de la indagación abierta, en la cual para verificar la legitimidad de los precios del operador es necesario conocer qué factores determinaron su decisión y requerir esta información que solo él posee. Además, lo anterior no puede llevar a desconocer que la SSPD acopió documentación y datos relevantes y que a través de sus dependencias técnicas elaboró informes que resultaron clave para concluir que los costos en los que supuestamente incurrió GAS PAÍS por concepto de transporte no se encontraban justificados y no podían ser trasladados

legítimamente a los usuarios; valoración esencial a efectos de tomar la decisión sancionatoria adoptada en los actos demandados.

Echa de menos la Sala una prueba técnica aportada por la parte demandante que permita desvirtuar o restar credibilidad a dichos informes de la SSPD, tal como era su propósito. Frente a esta ausencia de prueba, siendo los citados informes razonados y razonables en sus conclusiones, se tiene que ellos ofrecen plena credibilidad y sirven de fundamento suficiente para respaldar las imputaciones que se efectúan en los actos administrativos atacados. Debe recordar la Sala que la sola oposición o desestimación retórica de la parte demandante no basta a efectos de restar mérito probatorio a informes o documentos técnicos elaborados por la Administración Pública en procedimientos de esta índole. Es necesario para ello demostrar con medios probatorios idóneos las deficiencias o yerros en los que estos pudieron haber incurrido.

De lo anterior se deduce sin dificultad la calidad, objetividad y suficiencia del análisis de las pruebas realizado por la Administración al momento de imponer y confirmar la sanción impuesta por considerar que los costos que por concepto de transporte cargaba GAS PAÍS a sus usuarios resultaban injustificados y, por lo mismo, ilegítimos e indebidos. En efecto, los actos administrativos demandados no escatiman en la exposición de sus razones ni en la valoración de los medios de prueba en los que sustentan sus conclusiones; motivo por el cual nada hay que censurarles en este extremo. Distinto es que la

parte actora no comparta las razones expuestas, pero el solo disenso del afectado no tiene la virtud de invalidar un acto administrativo. Es preciso para ello que los motivos sean falsos, inexistentes, insuficientes, ilegales o equivocados.

Por lo anterior no puede admitirse que la sanción impuesta resulte contraria a la presunción de inocencia ni de buena fe, pues es visible que lejos de resultar infundada o caprichosa la decisión de la Administración se sustenta en evidencias claras y sólidas de la infracción enrostrada a la actora.

En consecuencia, se impone concluir que la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos demandados no fue desvirtuada y, por lo mismo, el cargo no prospera.

5.3.2.- La violación del derecho de defensa por la supuesta sanción impuesta con base en normas no controvertidas.

Sostiene la parte demandante que los actos administrativos demandados deben ser atacados por cuanto los cargos formulados en el procedimiento administrativo imputaban la vulneración de una disposición (el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997) y se la sanción fue impuesta con base en otros.

Para la Sala este cargo no es de recibo. Si bien es cierto que en la parte final de la motivación de la Resolución SSPD 2007-240-0034165

del 19 de noviembre de 2007 se alude a otras normas como el artículo 9º de la Resolución CREG 083 de 1997 y al artículo 2º de la Resolución CREG 044 de 2001, no lo es menos que ello se hace como simples referencias o argumentos secundarios que buscan contextualizar y reforzar las conclusiones del ente de control. De hecho, la sola lectura de este pasaje permite apreciar que de estas referencias no solo no se derivan consecuencias sancionatorias, pues no se hace juicio alguno sobre su cumplimiento o incumplimiento ni sobre las eventuales secuelas jurídicas de su desconocimiento, sino que adicionalmente este apartado del acto administrativo cierra con una única e inequívoca conclusión, a saber:

“por las anteriores consideraciones y evaluados TODOS los argumentos, así como las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho concluye que la empresa GAS PAÍS S.A. Y CIA S.C.A. E.S.P. vulneró lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 083 de 1997”⁴⁸.

Visto lo anterior, no cabe duda que el cargo formulado carece de fundamento y debe ser desestimado.

5.3.3.- La violación del derecho de defensa por la supuesta falta de motivación de la dosimetría de la sanción impuesta.

Finalmente, sostiene la parte demandante que los actos atacados deben ser anulados por cuanto imponen una multa cuya cuantía resulta infundada e injustificada.

⁴⁸ Folio 15.

Tampoco este cargo tiene vocación de prosperidad, toda vez que contrario a lo afirmado por la demanda, en los dos actos se observan sendos considerandos que explican y fundamentan de forma razonada, suficiente y conforme a lo previsto por el artículo 81.2 LSPD el *quantum* de la sanción impuesta.

En efecto, en el acto principal se expresa que la multa se adopta “teniendo en cuenta la naturaleza de las faltas, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio y si la conducta es reincidente”⁴⁹, así como el hecho que la falta en que se incurrió “afecta directamente a sus usuarios, quienes deben sufragar un costo de transporte o flete no ajustado a los costos reales de las empresas prestadoras de servicio público”⁵⁰.

En línea con estas consideraciones, la Resolución del 10 de abril de 2008, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición y se confirma la sanción impuesta, vuelve sobre ellas, ratifica estas consideraciones y añade que “es totalmente reprochable que una empresa abuse de la confianza otorgada por el regulador y aplique costos superiores a los reales, generando enormes perjuicios a los usuarios e incluso para el propio mercado, obteniendo adicionalmente ganancias injustificables desde el punto de vista legal”⁵¹.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Folio 23.

En estas condiciones, como ya se mencionó, es evidente que el cargo planteado debe ser rechazado, pues se edifica sobre una lectura parcial y sesgada de los actos administrativos demandados, que en absoluto desconocen el deber de motivación que pesa sobre la Administración.

6. Resolución del caso concreto.

Visto lo anterior la Sala manifiesta que por las razones expuestas en esta providencia será revocada la sentencia del 30 de enero de 2012, dictada por la Subsección C, Sala de Descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA:

REVOCAR la sentencia del 30 de enero de 2012 de la Subsección C, Sala de Descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZÁLEZ**
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA