RECURSO DE APELACIÓN – Falencia argumentativa / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[En] el libelo de impugnación la demandante se limita en esencia a transcribir los argumentos de la demanda, sin efectuar reparos concretos ni sustentar las razones específicas de su inconformidad con la decisión apelada. Así, en lugar de controvertir aspectos particulares de la decisión del Tribunal o de sus fundamentos, el apelante se limita a refutar, una vez más, los cargos presentados en la demanda, ampliándolos ocasionalmente.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 3 de julio de 2014, Radicación 25000-23-24-000-2004-00228-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala; de 4 de septiembre de 2014, Radicación 25001-2324-000-2007-90029-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala; de

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Sanción a MONTAGAS SA ESP por incumplir plazos para las metas REPU / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Oportunidad para decidir actuaciones administrativas / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN – Plazo de caducidad / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Según las resoluciones CREG 147 de 2010 y 004 de 2011, que fijaron los plazos para las metas REPU, el incumplimiento de la empresa se configuró el 30 de junio de 2011. Por su parte, la sanción por parte de la SSPD fue interpuesta a través de la Resolución 20122400026155 del 29 de agosto de 2012 y confirmada a través de la Resolución 20122400039665 del 12 de diciembre de 2012. Es decir que la SSPD no excedió el plazo de los 3 años para la sanción al incumplimiento de las metas REPU de MONTAGAS SA ESP.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 10 de septiembre de 2015, Radicación 85001-23-31-000-2009-00099-01, C.P. Roberto Augusto Serrato; de 23 de agosto de 2012, Radicación 25000-23-24-000-2004-01001-01, C.P. María Elizabeth García González; de 23 de febrero de 2012, Radicación 25000-23-24-000-2004-00344-01, María Elizabeth García González; de 26 de noviembre de 2009, Radicación 25000-23-24-000-2004-00339-01; C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

PROGRAMA DE RECOLECCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL PARQUE UNIVERSAL DE CILINDROS – Concepto / PROGRAMA DE RECOLECCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL PARQUE UNIVERSAL DE CILINDROS – Obligatoriedad de cumplir las metas / COMPETENCIA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – para ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las metas REPU

[N]o cabe duda que las metas individualmente asignadas por la CREG a cada uno de los distribuidores inversionistas con base en su manifestación de interés, la información suministrada y su plan de inversiones, tenían carácter vinculante y su cumplimiento se encontraba sujeto a la vigilancia y control de la SSPD. Más aún cuando, como se observa en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Resolución 101 de 2008, la misma CREG formalizó dichos compromisos en la forma de actos administrativos, dándoles el carácter de metas mínimas imperativas, como se desprende de lo previsto en el artículo 9.2, de acuerdo con el cual “[l]as metas individuales de recolección de cilindros universales que se establecen en esta Resolución son las metas mínimas que debe cumplir cada empresa distribuidora

inversionista de GLP”. En este orden de ideas, encuentra la Sala que aun cuando se podría pensar que lo dispuesto en este último acto administrativo sobre el carácter perentorio de las metas asignadas tan solo buscaba oficializar lo que ya era vinculante (derivado, como ya se vio, de la configuración inicial del programa REPU en la Resolución 045 de 2008), no cabe duda que ello tiene el efecto de reforzar o dilucidar la competencia de la SSPD para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre las metas pactadas.

POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN – Flexibilización del principio de legalidad / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Sanción a MONTAGAS SA ESP por incumplir plazos para las metas REPU

[P]ese a la notable amplitud y falta de claridad del tipo sancionatorio establecido por el legislador (el incumplimiento 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), de la lectura en conjunto de las Resoluciones se pude apreciar que las metas REPU siempre se pretendieron de obligatorio cumplimiento para las Empresas Distribuidoras que voluntariamente decidieran participar en el Programa. Por lo tanto su incumplimiento estaba sujeto a las medidas que el órgano de vigilancia y control estimase pertinentes, conforme corresponde a su el rol constitucional y legal en relación con un asunto de interés general como es el cumplimiento de las metas REPU.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 28 de agosto de 2014, Radicación 25000-23-24-000-2008-00369-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala

FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Sanciones / SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Dosimetría / GRADUALIDAD DE LA SANCIÓN A EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS

La Sala puede constatar que efectivamente, para la época de imposición de la sanción, el año 2012, el salario mínimo legal mensual era de $566.700, lo que significa que la sanción impuesta a la entidad demandante en el presente proceso, en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, fue de 329 SMLMV y no superó el tope establecido por la regulación (2000 SMLMV). En cuanto a la aplicación de los factores generales para la graduación de la sanción, a juicio de la Sala los actos acusados cumplieron los parámetros expuestos, aunque no los señaló por su nombre en todos los casos. Para demostrarlos basta con examinar las resoluciones demandadas (fs. 56 y siguientes del cuaderno principal) donde se describió de manera amplia y detallada la naturaleza de las infracciones en que incurrió la empresa demandante, la afectación de la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible y la no existencia del factor de reincidencia de la empresa.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Cuarta, de 13 de mayo de 2010, Radicación 25000-23-24-000-2003-00622-01, C.P. María Claudia Roja Lasso; de 10 de julio de 2014, Radicación 76001-23-31-000-2003-03524-01 (19191), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

PROGRAMA DE RECOLECCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL PARQUE UNIVERSAL DE CILINDROS – Metas / PROGRAMA DE RECOLECCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL PARQUE UNIVERSAL DE CILINDROS – Consecuencias por incumplir las metas / INCUMPLIMIENTO DE LAS METAS REPU – Pérdida y reasignación / NON BIS IN IDEM - Configuración de sus elementos / PRINCIPIO NON BIS IN DEM –No se vulneró por reasignar a otra empresa las metas incumplidas de retirar determinado número de cilindros del mercado

[P]ara la Sala resulta racional que la Resolución 147 de 2010 estableciera como el efecto automático del incumplimiento de las metas REPU, la pérdida y reasignación de aquellas. Si la empresa que se comprometió a retirar determinado número de cilindros del mercado no cumplió con su objetivo, para no generar un perjuicio en la prestación del servicio y en la seguridad de los usuarios, esas metas debían ser reasignadas a otra empresa que sí pudiera cumplirlas. Por lo tanto, el objetivo de la pérdida de metas era el de su reasignación para la garantía en la seguridad y prestación del servicio público. Así las cosas, no puede considerársele como una sanción sino como un efecto del incumplimiento, aunque gravoso para la empresa, pero que buscaba la protección del ciudadano, no la responsabilidad de la Distribuidora en ese incumplimiento. Para cumplir con ese fin se estableció el procedimiento adelantado por la SSPD que culminó con la imposición de la multa a MONTAGAS SA ESP. Es decir que MONTAGAS SA ESP no fue sancionada dos veces. Por esta razón no puede hablarse de la violación del principio del non bis in ídem y este cargo no prospera.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Corte Constitucional C-244 de 1996; y del Consejo de Estado, Sección Primera, de 29 de noviembre de 2001, Radicación 25000-23-24-000-1996-8048-01(6075), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO – Concepto / FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO – Requisitos / FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO – Imprevisibilidad, Irresistibilidad y exterioridad de la causa extraña / FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO – No probada en incumplimiento de las metas REPU

Respecto del desabastecimiento por parte de Ecopetrol y en el entendido de que la parte demandante no aportó mayores argumentos o explicaciones al respecto, la Sala no considera que se trate de un hecho constitutivo de fuerza mayor pues la actividad de la empresa está en constante relación con Ecopetrol y debía prever que podría negarle el cupo solicitado, al no estar obligado a conceder lo encargado. Además no hay que perder de vista que MONTAGAS SA ESP siempre tuvo la facultad de resistir el daño cediendo las metas a las que se había obligado (artículo 21 Resolución CREG 045 de 2008) para no incurrir en un incumplimiento injustificado. En cuanto a la carencia de cilindros dentro del mercado nacional, para la Sala no se encuentra suficientemente argumentado. De todas formas, en gracia de discusión, la Sala considera que ese hecho no cumple con el requisito de exterioridad de la causa extraña, pues es un suceso que justamente se deriva de la actividad de MONTAGAS SA ESP como Empresa Distribuidora de GLP. La relación entre las Empresas de Servicios Públicos y sus distribuidores no es externa a sus actividades sino por el contrario, son fundamentales para la planeación y el análisis de sus operaciones. En el caso concreto, MONTAGAS SA ESP debía estimar su capacidad para la reposición de cilindros, que incluía también la de sus distribuidores, a fin de estudiar si harían parte y en qué medida, del Programa de metas REPU al que voluntariamente se obligaron. […] Por su parte, la Sala encuentra que la alegada rotura del ducto de Bucaramanga, tampoco se encuentra probada en el expediente. Lo que sí se probó fue la fractura

del ducto en Barrancabermeja (que comunica con Yumbo) según las notas de prensa aportadas por la demandante. Sin embargo, dicho daño no constituyó interrupción en el abastecimiento del producto. […] La misma nota informa que los distribuidores tenían la posibilidad de compensar esa disminución de suministro llevando desde Bucaramanga el combustible necesario. Teniendo en cuenta todos estos factores, la Sala concluye que no se configura la "irresistibilidad" imprescindible al momento de considerarse la fuerza mayor, pues había forma de evitar los impactos de la reducción en la cantidad de gas a raíz del daño en el ducto que comunicaba con Yumbo. En cuanto a la "ola invernal", la Sala entiende que como consecuencia de ella se generó el daño en el ducto de Barrancabermeja ("existe in problema en todo el país debido a que el invierno provocó la rotura de un tubo de suministro en la planta de Barrancabermeja, lo que obligó a las empresas a suministrar el producto desde Puerto Salgar y Bucaramanga"), pero que la ola invernal en sí misma no se constituye como un hecho que impidiera que MONTAGAS SA ESP cumpliera con sus obligaciones de reposición de cilindros.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Tercera y Cuarta, de 3 de junio de 2010, Radicación 25000-23-27-000-2005-00008-01 (16564), C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; de 26 de marzo de 2008, Radicación 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

PRUEBA – Finalidad / MEDIOS DE PRUEBA - Testimonio / PRUEBA - El juez debe analizar si es necesaria, conducente, pertinente y útil

Es claro para la Sala que, toda vez que los testimonios no podían configurar la fuerza mayor debido a que esa era una labor del juez que debía constatar si los hechos cumplían con los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y con causa exterior, es claro que lo que se pretendía con los testimonios en realidad era constatar unos hechos que ya la sede administrativa entendía probados pero que no fueron suficientes para que configuraran la fuerza mayor. En ese sentido concuerda la Sala con el juez a quo y con la SSPD al considerar que las pruebas no eran pertinentes, pues nada aportaban a la Litis.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta, el 5 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-28-000-2014-00111-00(S), C.P. Alberto Yepes Barreiro (E).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 270 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 322 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 111 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 38 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 52 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / LEY 1151 DE 2007 – ARTÍCULO 62 / RESOLUCIÓN CREG 045 DE 2008 / RESOLUCIÓN CREG 101 DE 2008 / RESOLUCIÓN CREG 147 DE 2010 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 81 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 64 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 175

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-01041-01

Actor: MONTAGAS SA ESP

Demandado: NACIÓN - SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 5 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se niegan las súplicas de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) números 20122400026155 y 20122400039665 del 29 de agosto de 2012 y el 12 de diciembre de 2012, respectivamente.

I.- ANTECEDENTES

I.1. La demanda.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado por el artículo 138 del CPACA, obrando por medio de apoderado, la empresa MONTAGAS SA ESP, acudió ante la justicia contencioso-administrativa con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones 20122400026155 del 29 de agosto de 2012 y 20122400039665 del 12 de diciembre de 2012 de la SSPD. Asimismo, busca que como consecuencia de la declaración de nulidad deprecada se restablezcan los derechos de MONTAGAS SA ESP en los siguientes sentidos: primero, que se declare contraria a derecho la multa de ciento ochenta y seis millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil trecientos pesos ($186.444.300) impuesta y confirmada por las mencionadas Resoluciones; segundo, que por lo tanto, se declare que MONTAGAS SA ESP no está obligada a pagar la sanción. En tercera medida, que si para el momento de dictarse sentencia, el demandante ya

hubiera pagado la multa, se le ordene a la Nación- SSPD que restituya el monto debidamente actualizado junto con los intereses de mora que se causen desde la fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de sentencia definitiva. Cuarto, que se ordene la cancelación de toda inscripción de la multa que se haya hecho en registros públicos y privados con ocasión de los actos demandados. En último lugar, que se condene a la Nación- SSPD a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho. Subsidiariamente la demandante solicita que, en caso de no prosperar sus pretensiones, se le gradúe la sanción con base en el principio de proporcionalidad.

I.2. Pretensiones de la demanda.

La parte actora formula las siguientes pretensiones principales:

"1- Que se declare NULA [de] la Resolución SSPD – 20122400026155 del 2012-08-29, proferida por el Superintendente Delegado para Energía y Gas el 29 de agosto de 2012.

2- Que se declare NULA la Resolución SSPD – 20122400039665 del 2012-12-12, proferida por el Superintendente Delegado para Energía y Gas el 12 de diciembre de 2012, mediante la cual resolvió recurso de reposición interpuesto en tiempo por mi representada.

3- Que, a título de Restablecimiento del Derecho, se declare que la imposición de la multa a través de dichas Resoluciones, cuyo valor asciende a $ 186'444.300, fue contraria a derecho.

4- Que, a título de Restablecimiento del Derecho, se declare que mi mandante no está obligada a pagar la multa de $ 186'444.300, que le fuera ilegalmente impuesta, mediante los actos acusados.

5- Que de la misma manera, a título de Restablecimiento del Derecho, y para el evento en que al momento de dictarse sentencia mi mandante ya hubiera sido forzada a pagar el valor total o parcial de la multa, se le ordene a la NACIÓN- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, que le restituya su monto, debidamente actualizado, junto con los intereses de mora correspondientes liquidados desde la fecha en que se hubiera hecho el pago y hasta la fecha de la sentencia definitiva.

6- Que, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene la cancelación de toda inscripción de la multa que se haya hecho en registros público y privados con ocasión de los actos acusados.

7- Que se condene a la Nación, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho."[1]

Como petición subsidiaria, la demandante solicita que en defecto de las pretensiones principales, se le ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios graduar la sanción pecuniaria que se le impuso con base en los principios de *"calificación de la gravedad de la pena, dosimetría de la multa, relación con la eficacia y buena marcha en la prestación del servicio público, y concepto de falta de antecedentes y de no reincidencia"*[2].

I.3. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

Como antecedentes fácticos relevantes de la presente controversia la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

- Que MONTAGAS SA ESP es una empresa cuyo objeto social es la distribución y comercialización de gas licuado del petróleo (GLP) en el sur del país, a través del servicio público domiciliario y del servicio público de mantenimiento de tanques estacionarios.

- Que según lo regulado por el artículo 62 de la Ley 1151 de 2007 y por las Resoluciones de la Comisión Reguladora de Energía y Gas (CREG) números 023 de 2008 y 045 de 2008, se estableció un régimen de periodo de transición de parque universal de cilindros a un esquema de parque marcado de cilindros de propiedad de los distribuidores. En este escenario, la CREG debía "adoptar los cambios necesarios en la regulación para que la remuneración asociada a la reposición y el mantenimiento de los cilindros de GLP y de los tanques estacionarios utilizados para el servicio público domiciliario sea incorporado en la tarifa, introduciendo además un esquema de responsabilidad de marca de cilindros de propiedad de los distribuidores

[1] Folio 2 del expediente.
[2] Folio 20.

haciendo posible identificar el prestador del servicio público de GLP que debe responder por la calidad y seguridad del combustible consumido”[3]

- Que MONTAGAS SA ESP se acogió voluntariamente a participar en el programa de reposición de cilindros universales (programa conocido como el de “Metas REPU”) comprometiéndose a ejecutar la meta pactada con plazo al 30 de junio de 2011 en la primera etapa y de 31 de diciembre de 2011 en la segunda.

- Que en enero de 2011 MONTAGAS SA ESP solicitó a Ecopetrol, para el primer semestre del año, un total de 31.000 barriles de GLP para atender el mercado, recibiendo como respuesta que solo le sería asignado un cupo correspondiente a la mitad de lo solicitado. La consecuencia directa de esta situación fue que escaseó el GLP en la región. Así mismo, el desabastecimiento del producto alteró su distribución por parte de MONTAGAS lo cual impidió, a su vez, el cumplimiento de sus metas de reposición de cilindros universales.

- Que la anterior circunstancia se vio agravada por la ola invernal, el cambio en la cadena de distribución de GLP y el serio daño en el ducto de Bucaramanga. Todo lo anterior se constituyó en un “escollo insalvable para distribuir, recolectar y sustituir los cilindros universales, según las metas trazadas, pues no podía ofertarse el producto a los consumidores y en consecuencia éstos no entregaban los cilindros del parque universal”[4].

- Que para el segundo semestre de 2011, como consecuencia de la excesiva demanda de cilindros de acero de 100 libras a nivel nacional, estos cilindros comenzaron a escasear pues las empresas fabricantes no lograron satisfacer a tiempo la demanda del mercado. La razón que se aduce es que no había suficiente disponibilidad del acero requerido para su elaboración, aunado a los estándares especiales[5] que el Ministerio de Minas y Energía estableció para su producción.

---

[3] Folio 3 del expediente.
[4] Folio 4 del expediente.
[5] Norma técnica 522-1 del ICONTEC y la Resolución 80009 de 2001 del Ministerio de Minas y Energía.

- Que todas estas circunstancias fueron puestas en conocimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Que el 20 de septiembre de 2011, la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible de la Superintendencia Delegada para Energía y Gas, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, remitió el Informe Técnico No. 2011-019 a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas, recomendando la apertura de investigación administrativa contra MONTAGAS SA ESP, por presunto incumplimiento del programa de reposición de cilindros universales de acuerdo con las metas establecidas en la Resolución CREG 004 de 2011 y al artículo 3 de la Resolución CREG 147 de 2010.

- Que el 28 de octubre de 2011, la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas de la Delegada elevó pliego de cargos contra MONTAGAS SA ESP formulando como único cargo que "presuntamente incumplió las metas del programa de recolección de cilindros universales REPU, para el periodo de enero a junio de 2011, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 de la Resolución CREG 147 de 2010 y el artículo 3 de la Resolución CREG 004 de 2011"[6].

- Que MONTAGAS SA ESP mediante oficio del 8 de noviembre de 2011, y a través de su representante legal, adujo en su defensa las circunstancias ya descritas como constitutivas de fuerza mayor consistente en el insuperable e imprevisible desabastecimiento de GLP en el departamento de Nariño, aparejado al hecho de la escasez física de los cilindros de marca, los cambios en la cadena de distribución y demás razones expuestas. Como medio de prueba aportó informes de prensa, titulares de diarios, fotografías, copias de oficios, correos y comunicaciones entre la empresa y Ecopetrol, el Ministerio de Minas y Energía, la CREG, la Alcaldía de Pasto, la Gobernación de Nariño, entre otros. La empresa solicitó que este acervo probatorio fuera integrado al expediente, así como que se practicaran "diversas pruebas

[6] Folio 5 del expediente.

testimoniales absolutamente pertinentes y directamente relacionadas con las pruebas documentales aportadas”[7].

- Que por medio de la decisión 20122400298731 del 8 de mayo de 2012, la Superintendencia Delegada para Energía y Gas, decidió incorporar las pruebas documentales al expediente y negar la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas que debían recolectarse de los funcionarios del orden municipal, departamental y nacional, y de otras pruebas que se denominaron “de oficio” y que no se explican en detalle por la parte demandante. La negativa obedeció, según la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a que no eran “terceros directos o indirectos relacionados con la actuación”[8]. MONTAGAS SA ESP interpuso recurso de apelación contra esta determinación por considerar que la negativa a practicar las pruebas testimoniales y las de oficio le impedían demostrar completa y convincentemente la fuerza mayor. El medio de impugnación fue decidido a través de resolución No. SSPD 20122400022405 del 16 de julio de 2012 con confirmación de la decisión recurrida.

- Que el 29 de agosto de 2012, a través de la Resolución No. 20122400026155, el Superintendente Delegado para Energía y Gas, impuso una sanción a MONTAGAS SA ESP consistente en la multa de ciento ochenta y seis millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil trescientos pesos ($186.444.300). Dicha resolución fue recurrida por la empresa a través de la Reposición. A través de la Resolución SSPD- 20122400039665, se confirmó la decisión de la sanción de multa impuesta.

- Que el 17 de abril de 2013, MONTAGAS SA ESP, solicitó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, para discutir la legalidad de los actos administrativos mencionados con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Dicha audiencia de conciliación fue celebrada el día 22 de mayo de 2013, en el despacho de la Procuraduría No. 137 Judicial II para asuntos administrativos, y fue declarada fallida.

---

[7] Folio 6 del expediente.
[8] Folio 6 del expediente.

I.4. Normas violadas y concepto de la violación[9].

La demandante solicitó la nulidad de las Resoluciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios 20122400026155 del 29 de agosto de 2012 y 20122400039665 del 12 de diciembre de 2012 pues, en su criterio, violaron los artículos 6 y 29 de la Constitución Nacional; 3, 137 y 138 del CPCA; 78, 108 y 111 de la Ley 142 de 1994; y el artículo 52 del CPACA. A continuación, la síntesis de los cargos formulados por la parte demandante tal y como constan en el escrito de demanda:

- **Primer cargo:** ***"Los actos administrativos acusados fueron proferidos extemporáneamente, es decir, con violación del término previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, y, por ende, dictados sin la necesaria competencia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"[10].***

  Se violó el debido proceso pues el acto administrativo sancionatorio se expidió extemporáneamente, es decir, con violación del término previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, que consagra:

  > *"Oportunidad para decidir: La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los <u>cinco meses</u> siguientes al día en que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley".*

  El 24 de octubre de 2011 inició la actuación administrativa por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) al formular pliego de cargos en contra de MONTAGAS SA ESP. El 29 de agosto de 2012 se profirió la Resolución Sancionatoria No. SSPD 20122400026155, es decir, trascurridos diez meses y cinco días desde la primera citación y excediendo el plazo legal consagrado para dicho fin.

  Como consecuencia, se evidencia que la SSPD violó el debido proceso pues *"se abrogó una facultad que ya había perdido por mandato legal y en*

---

[9] Folios 10- 20.
[10] Folio 10

tal virtud procedió arbitrariamente a infligir una sanción sin la debida competencia"[11].

Así mismo, se violó el artículo 52 del CPACA que regula la figura de la caducidad de las sanciones administrativas y que la SSPD utiliza como argumento para legitimar su actuar, al afirmar que no perdió su competencia sancionatoria en ningún momento[12].

- **Segundo cargo:** ***"La multa impuesta mediante los Actos Administrativos acusados, fue decidida con violación del Principio Non bis in ídem, y, en tal virtud, con directa infracción del artículo 29 de la Constitución Política, del artículo 36 del CPACA y demás normas concordantes"***[13]**.**

La SSPD desconoció el Principio del *Non Bis in ídem* puesto que MONTAGAS SA ESP ya había sido sancionada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) en virtud de la aplicación automática del artículo 9º de la Resolución CREG 147 de 2010 dispone lo siguiente:

> "*Los distribuidores que no hayan cumplido el 100% de sus metas para ese mismo periodo, perderán las metas no cumplidas, las cuales constituirán metas libres para asignar".*

Así, MONTAGAS debió soportar la pérdida de las metas de reposición de cilindros, que pasan a su competencia, y adicionalmente una sanción nueva que posteriormente fue impuesta por los mismos hechos por parte de la SSPD.

- **Tercer cargo:** ***"En el decurso del trámite administrativo, que concluye con la ilegal sanción, se vulneró de manera flagrante en Derecho de Defensa, en quebranto directo del artículo 29 de la Constitución Nacional, del artículo 137 del CPACA y demás normas concordantes"***[14]**.**

---

[11] Folio 11.
[12] Folio 12.
[13] Folio 12.
[14] Folio 14.

La SSPD negó la práctica del acervo probatorio testimonial solicitado por la parte demandante durante el trámite administrativo que culminó con las Resoluciones demandadas de nulidad. Estas pruebas eran de fundamental importancia para demostrar la fuerza mayor en el incumplimiento de las metas de reposición de los cilindros universales (metas REPU) y fueron desestimadas con el argumento de que eran impertinentes y que no aportaban ninguna utilidad. Lo anterior condujo a la violación del derecho de defensa y del debido proceso de MONTAGAS SA ESP.

- **Cuarto cargo:** ***"La sanción pecuniaria impuesta a la empresa de MONTAGAS SA ESP, trasgrede de manera directa el Principio de Legalidad, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 3º, numeral 1º, del CPACA; ya que la falta enrostrada a MONTAGAS SA ESP, no está tipificada como tal en las normas que se invocan como fundamento de la sanción, como tampoco está consagrada la escala de graduación de la cuantía de la misma"***[15]***.***

La SSPD violó el principio de legalidad al imponer una sanción que no estaba consagrada en las normas que invocó como fundamento de los actos demandados. Así mismo, no hubo una clara explicación de la dosimetría efectuada para calcular el monto de la multa.

- **Quinto cargo:** ***"Los actos administrativos acusados fueron proferidos mediante falsa motivación y, por ende, con evidente transgresión de las normas citadas en la proposición jurídica"***[16]***.***

En los actos demandados no se valoraron las situaciones que llevaron a que MONTAGAS SA ESP incumpliera parcialmente las metas REPU. Estas son el desabastecimiento de GLP en el Departamento de Nariño en el primer semestres de 2011, la reducción del suministro de un 50% por parte de Ecopetrol, la escasez de cilindros nuevos en el mercado y el serio daño sufrido en el ducto de Bucaramanga.

[15] Folio 15.
[16] Folio 17.

I.5. Solicitud de suspensión provisional.

MONTAGAS SA ESP solicitó suspender los actos administrativos demandados pues podría causarse un perjuicio irremediable a la empresa por *"el déficit fatal en el flujo necesario para mantener la operación"*[17], de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 86 de la Constitución y 3, 229, 230, 231 y 232 del CPACA. Esta petición fue negada en auto de 14 de noviembre de 2013[18], porque no se evidenció la trasgresión de las normas superiores invocadas[19] ni la existencia de un perjuicio irremediable para la entidad demandante.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

La SSPD contestó oportunamente la demanda[20] y manifestó oponerse a cada una de las pretensiones formuladas. Para la demandada los cargos presentados se refieren a la legalidad de los actos administrativos, razón por la cual los analizó en conjunto de la siguiente forma:

Afirmó que no existe causal de nulidad predicable de los actos atacados pues *"se encuentra con absoluta nitidez establecida la competencia del funcionario que los expidió; la expedición del mismo ha sido absolutamente regular, con observancia de las normas superiores en las que se funda; el reconocimiento del derecho de audiencia y defensa del particular afectado; así como expedidos de una motivación verídica y acertada, que no permite la configuración de defectos en la motivación ni desviación del poder"*[21] .

Sostuvo que la SSPD no solo basó las Resoluciones demandadas en la Ley 142 de 1994 y en el Código de Procedimiento Civil, sino que también en las Resoluciones proferidas por la CREG, particularmente la 147 de 2010 "*por la cual se establece la regulación aplicable durante la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales y de Introducción de un Esquema de Parque Marcado de cilindros de propiedad de los*

[17] Folio 5, Cuaderno de medidas cautelares.
[18] Folio 21, Cuaderno de medidas cautelares.
[19] Folio 24 Cuaderno de medidas cautelares.
[20] Folios 391-399.
[21] Folio 395.

distribuidores en la prestación del servicio público domiciliario de GLP" y la 004 de 2011 *"por la cual se definen las metas individuales de recolección de cilindros para el periodo enero a junio de 2011, a ejecutar durante la primera etapa de la Fase Final de Retito de Cilindros Universales establecida en la Resolución CREG 147 DE 2010 y se dictan otras disposiciones"*

Indicó que los actos demandados fueron proferidos en el término que establece la normatividad que regula la materia (artículo 52 del CPACA), por lo que el argumento referido a la caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD no posee ninguna justificación.

Explicó que no hubo violación del *non bis in ídem* pues *"una cosa es la multa, efecto de una sanción, y otra muy distinta es el efecto (previamente acordado) en caso de incumplimiento de un compromiso"*[22].

Aseguró que se practicaron todas y cada una de las pruebas requeridas y que sobre las negadas, hubo manifestación expresa y jurídica sobre tal negativa, por lo que siempre se protegió el debido proceso de MONTAGAS SA ESP.

Alegó que en la demanda no se indicó cuál es el fundamento del argumento sobre la falta de aplicación de la dosimetría en la sanción de multa impuesta. Sin embargo, aclaró que para la cuantificación de aquella se tuvo en cuenta el factor de no reincidencia de la empresa en la conducta investigada.

- **Excepciones.**

La SSPD presentó la excepción *de "inexistencia de causal de nulidad y en consecuencia ausencia de título jurídico que fundamente el restablecimiento del derecho – excepción de legalidad"*[23]. Así mismo solicitó, a través de la excepción genérica, que se reconozca de manera oficiosa *"cualquier hecho que resulte*

[22] Folio 396.
[23] Folios 394.

probado dentro del proceso y que enerve las pretensiones de la parte actora"[24]. La sentencia impugnada declaró no probadas las excepciones pues, en el caso de la primera de ellas, más que un impedimento procesal se trataba de un *"verdadero argumento de fondo que sustenta la defensa dirigido a cuestionar la ausencia de mérito de las súplicas de la demanda*[25]", por lo que decidió estudiarlo conjuntamente con el fondo de la controversia. En lo que respecta a la excepción genérica, el Tribunal consideró que no se encontraba configurada.

III.- LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia del 5 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección B, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora[26]. A continuación, los argumentos expuestos para cada uno de los cargos.

3.1. Los actos administrativos acusados fueron proferidos en forma extemporánea, es decir, con violación del término previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 y, por consiguiente, con falta de competencia temporal de la Superintendencia de SSPD.

Se alegó que la SSPD excedió el término legal para imponer la sanción a MONTAGAS SA ESP al expedirse diez meses y cinco días después de la formulación del pliego de cargos. Como consecuencia de ello, la empresa demandante concluyó que las resoluciones demandadas fueron expedidas sin competencia de la SSPD. Al respecto el Tribunal argumentó:

- Que en materia de servicios públicos domiciliarios la norma especial aplicable es la Ley 142 de 1994 "*por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones",* que consagra, en su artículo 111, que la decisión que ponga fin a los procedimientos administrativos, debe adoptarse dentro de los cinco (5)

[24] Folio 398.
[25] Folio 448.
[26] Folios 434-468.

meses siguientes al día en que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 ibidem.

- Que no obstante el término dado por la ley, el legislador no estableció la pérdida de potestad para el ejercicio de la acción administrativa sancionatoria como la consecuencia por incumplir dicho término. El Tribunal afirma que el incumplimiento de ese deber *"no tiene el efecto ni el alcance pretendido por el demandante sino, la eventual responsabilidad del funcionario que incurra en la mora injustificada (…)"*[27]
- Que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se regula por el artículo 38 del Decreto-Ley 01 de 1984[28] que establece que caduca a los tres (3) años de producido el hecho o acto que pudiere ocasionarlas.
- Que como no se superó este término toda vez que la actuación se surtió en un lapso de un (1) año y dos (2) meses aproximadamente, el cargo no tiene vocación de prosperar.

3.2. Violación del principio *non bis in ídem*.

Para la demandante los hechos por los cuales fue sancionada ya habían sido base de una sanción impuesta por la CREG, en la que perdió las metas no cumplidas y fueron reasignadas a otras empresas que formaban parte de su competencia. Al respecto el Tribunal argumentó:

- Que el principio *non bis in ídem* integrante del derecho fundamental al debido proceso, hace referencia a que nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho.
- Que del análisis integral de los documentos aportados al proceso se concluye que la parte actora, por el hecho de haber incumplido con las metas REPU, solo ha sido investigada y sancionada a través de un único trámite administrativo por parte de la SSPD, que culminó con la imposición de la sanción de multa de $186.444.300 el 29 de agosto de 2012.

---

[27] Folio 451.

[28] El Tribunal afirma que así lo determina el artículo 308 del CPACA, sin embargo, el régimen que se aplica para este caso es justamente el establecido por el CPACA porque los actos administrativos objeto de litigio fueron emitidos con posterioridad al 2 de julio de 2012 (29 de agosto de 2012 y 12 de diciembre de 2012).

- Que el hecho de que la parte actora no tenga derecho a la reasignación de metas, no implica en modo alguno que dicha consecuencia jurídica constituya una sanción. Esta medida de la CREG no reviste del carácter de sancionatorio sino que tiene como finalidad que el programa de recolección de cilindros sea cumplido a cabalidad y dentro de los plazos previstos en las resoluciones que regulan dicho programa, en orden a que el servicio público domiciliario sea prestado de manera eficiente y eficaz.
- Que como la parte demandante no fue objeto de sucesivas o paralelas investigaciones, ni de multas por un mismo hecho, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

3.3. Violación del derecho de defensa.

MONTAGAS SA ESP afirmó que la SSPD vulneró su derecho a la defensa por haber denegado la práctica de unos testimonios que consideró impertinentes, sin tener en cuenta que ellos demostrarían la fuerza mayor que le impidió cumplir con las metas REPU. Al respecto el Tribunal argumentó:

- Que mediante escrito del 8 de noviembre de 2011 la empresa MONTAGAS SA ESP respondió el pliego de cargos formulado dentro del expediente (Rad. 201124035060076E) en el que solicitó, con el fin de que constataran la autenticidad de unas pruebas documentales y que manifestaran "las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrollaron los hechos materia de investigación"[29], la práctica de los testimonios de:
  - El Director Ejecutivo de la CREG.
  - El Presidente de Ecopetrol.
  - El Alcalde de Pasto (Nariño).
  - El Presidente de Finagros.
  - El Director técnico de Gestión de Gas y otros Combustibles de la SSPD.
  - El Viceministro de Energía.
- Que la Directora de Investigaciones para Energía y Gas Combustible de la SSPD en escrito del 8 de mayo de 2012 denegó la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por la sociedad actora. La justificación de tal determinación fue que eran pruebas impertinentes pues la investigación no

[29] Folio 456.

estaba dirigida a establecer la autenticidad de los documentos aportados, ni de las respuestas otorgadas por cada una de ellas a la declaraciones solicitadas por la sociedad actora, sumado al hecho de que dichos testimonios resultaban inútiles para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las metas REPU.

- Que en contra de la anterior decisión, la parte actora interpuso un recurso de apelación que fue resuelto del 16 de julio de 2012 confirmando la decisión apelada, con la misma argumentación.
- Que por consiguiente el derecho de defensa no fue violado toda vez que la SSPD argumentó debidamente la no procedencia de la prueba, teniendo en cuenta que nunca se puso en duda la autenticidad de los documentos aportados y que los testimonios no aclararían la materia de investigación, esto es, el cumplimiento o incumplimiento de las metas REPU. Además, la actora contó con el mecanismo legal para controvertir la decisión que denegó la práctica de la prueba testimonial, el cual fue resuelto con la explicación de las razones jurídicas que sustentaron aquella decisión.
- Que por las anteriores razones, el cargo no prospera.

3.4. Violación del principio de legalidad.

Según la parte demandante, la conducta por la cual fue objeto de sanción de multa no se encuentra tipificada en las normas que fueron invocadas por la SSPD como fundamento, ni tampoco hubo justificación de la escala de graduación de la multa impuesta. Al respecto el Tribunal argumentó:

- Que la Resolución de la CREG 004 de 2011 "*por la cual se definen las metas individuales de recolección de cilindros para el periodo de enero a junio de 2011, a ejecutar durante la primera etapa de la fase final de retiro de cilindros universales establecida en la Resolución CREG 147 de 2010 y se dictan otras disposiciones"* fue expedida en desarrollo de la Resolución CREG 045 de 2008 que estableció la regulación aplicable al periodo de transición de un esquema de parque universal de cilindros a un parque marcado propiedad de los distribuidores.

- Que en la Resolución CREG 004 de 2011, se establece expresamente que el incumplimiento de las metas REPU da lugar a la aplicación de los correspondientes procedimientos administrativos por parte de la SSPD.
- Que el artículo 79 de la Ley 142 de 1998 y el artículo 5 del Decreto de 2002 consagran como una de las funciones de la SSPD vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos quienes prestan servicios públicos domiciliarios y sancionar sus violaciones.
- Que por consiguiente, la obligación de verificación de cumplimiento de las metas REPU de MONTAGAS SA ESP por parte de la SSPD se encuentra regulada en las Resoluciones CREG 147 de 2010 y 004 de 2011, el artículo 79 de la Ley 142 de 1998 y el artículo 5 del Decreto 990 de 2002.
- Que en lo que corresponde a la dosimetría de la multa, el artículo 81 de la Ley 142 de 1998 lo regula expresamente, dictando criterios que fueron seguidos por la SSPD en la multa para MONTAGAS SA ESP, pues teniendo en cuenta la no reincidencia de la empresa, se le multó por el 16.45% del monto máximo posible de $1.133.400.000 (2000 SMMLV al año de 2012)
- Que por consiguiente, el cargo no prospera.

3.5. Falsa motivación.

Este cargo se fundamentó en que la SSPD impuso una sanción a MONTAGAS SA ESP sin valorar las circunstancias constitutivas de fuerza mayor por las cuales fue imposible cumplir con las metas de reposición de cilindros, como por ejemplo, el desabastecimiento de GLP en el Departamento de Nariño en el primer semestre de 2011, la cruda ola invernal, el cambio de cadena de distribución de GLP, la escasez de cilindros nuevos y el serio daño sufrido en el ducto de Yumbo, Valle del Cauca. Al respecto el Tribunal argumentó:

- Que el concepto de fuerza mayor como eximente de responsabilidad del artículo 64 del CC, ha sido desarrollado por el Consejo de Estado, que lo diferencia del caso fortuito. Así, la fuerza mayor tiene tres condiciones: i) acaecimiento externo a la actividad, ii) la imprevisibilidad y, iii) la irresistibilidad.
- Que frente al desabastecimiento de GLP en Nariño debido a que la empresa Ecopetrol no asignó la totalidad de barriles de combustible solicitados por

MONTAGAS SA ESP, tal situación no tiene la connotación de imprevisible e irresistible, ni es extraña a la actividad de distribución de GLP. Ecopetrol efectúa la asignación de barriles de combustible a través del mecanismo de invitación pública para presentar ofertas de compra y con fundamento en los movimientos reportados a la UPME en el año inmediatamente anterior a la solicitud de asignación de cupos, establece los coeficientes de tendencia. De esta forma, es sabido que Ecopetrol no está obligada a asignar la totalidad de los barriles solicitados, por lo que MONTAGAS SA ESP debía haber tenido un plan de contingencia para poder cumplir con el suministro de combustible y con las metas REPU a las que de forma voluntaria se acogió.

- Que frente al serio daño sufrido en el ducto de Yumbo tampoco encuentra que se trate de fuerza mayor puesto que no era irresistible. La empresa podría haberse abastecido de combustible en la ciudad de Bucaramanga.
- Que en ninguna de las circunstancias que la empresa señala como constitutivas de fuerza mayor, el Tribunal encuentra causal de incumplimiento. Para el Tribunal, si la empresa se acogió de manera voluntaria al programa de reposición de cilindros era porque contaba con las condiciones técnicas necesarias e idóneas para poder cumplir con las metas en el margen de tiempo establecido en la Resolución CREG 147 de 2010.
- Que por lo tanto, no hay falsedad en los motivos del acto administrativo pues está fundamentado en hechos que se corresponden a la realidad. En efecto, MONTAGAS SA ESP, a 8 de agosto de 2011, había ejecutado 43% de las metas para cilindros de 20, 30 y 450 libras y un 21% para los cilindros de 80 a 100 libras.
- Que por lo anterior, el cargo de falsa motivación no está llamado a prosperar.

Por consiguiente, la sentencia **falló:**

*"1º) **Declárese** no probadas las excepciones propuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

*2º) **Deniéguese** las pretensiones de la demanda*

*3º) **Condénese** en costas a la sociedad Montagas SA ESP conforme a lo establecido en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil.*

*4º) Por secretaría, **liquídese** las costas a que haya lugar en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.*

*5º) **Notifíquese** esta providencia en los términos establecidos en el artículo 203 del CCA.*

*6ª) **Devuélvase** a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.*

*7º) Ejecutoriada esta providencia, **archívese** en expediente previas las constancias de rigor."*[30]

IV.- LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado en tiempo, la parte actora impugnó la providencia de primera instancia[31]. En el escrito de apelación se replican los argumentos del Tribunal frente a cada uno de los cargos y se pueden resumir de la siguiente forma:

1. La demandante insiste en que los actos administrativos acusados fueron **proferidos extemporáneamente**, es decir, con violación del término previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, y, por ende, dictados sin la necesaria competencia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Considera que debe preferirse la aplicación de la norma especial de la Ley 142 de 1994 (con plazo de 5 meses) por sobre la que aplica el Tribunal, es decir el artículo 52 del CPACA, que contempla un plazo de 3 años para la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.
2. La demandante insiste en que la multa impuesta por la SSPD **viola el Principio *Non bis in ídem,*** pues ya se había sancionado a la empresa por el incumplimiento de las metas REPU. En ese sentido dice que cuando el Tribunal argumenta que la multa y la reasignación de metas son medidas independientes, además de desnaturalizar la medida correctiva de la CREG, viola su derecho a no ser sancionado dos veces por la misma conducta[32].
3. Con respecto del **derecho de defensa**, la demandante insiste en que fue violado al denegarse la prueba testimonial solicitada en el proceso llevado a cabo por la SSPD y que concluyó con la imposición de la multa a

[30] Folio 468.
[31] Folios 472 - 513.
[32] Cita la Sentencia 478 de 2007 del 13 de junio de 2007 de la Corte Constitucional como sustento para este argumento. Folio 492.

MONTAGAS SA ESP. Aclara que el objetivo de la prueba nunca fue determinar la validez de unos documentos (tal y como afirmó el Tribunal), o el incumplimiento de las metas REPU por parte de la empresa, pues eso ya lo había reconocido. El objetivo era demostrar *"las razones constitutivas de FUERZA MAYOR que condujeron al incumplimiento parcial de las metas"*[33]. Por lo tanto, insiste en la práctica de esas pruebas en el trámite de apelación[34] que previamente fueron solicitadas en el escrito de demanda ante el Tribunal[35] y negadas en la audiencia inicial de la primera instancia[36].

4. La empresa reafirma que la sanción que se le impuso trasgrede de manera directa el **Principio de Legalidad**. Explica que las metas REPU, a las cuales se acogió voluntariamente la empresa, eran obligaciones de voluntario cumplimiento por lo que no eran metas impositivas con efectos sancionatorios por incumplimiento. Así mismo, frente a la cuantía de la multa, la demandante considera insuficientes los argumentos del Tribunal pues el hecho de que no hubiera sido sancionada con el monto máximo de multa (mil millones de pesos), no significa que hubiera existido proporcionalidad o dosimetría en la pena.
5. La demandante insiste en la **falsa motivación** de los actos administrativos demandados al fundamentarse en el incumplimiento de las metas REPU, que fue consecuencia de circunstancias que constituyeron fuerza mayor (asignación de Ecopetrol, carencia de cilindros dentro del mercado nacional, daño en el ducto de Bucaramanga y ola invernal) y que no fueron tenidas en cuenta en las resoluciones demandadas.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión mediante auto de 7 de abril de 2015, las partes procesales presentaron sus alegatos de conclusión.

5.1. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

[33] Folio 496.
[34] Folio 497.
[35] Folio 23.
[36] Folio 111.

La SSPD argumentó lo siguiente[37]:

- Que es falsa la acusación de la supuesta violación al debido proceso por parte de la SSPD por la negativa a la práctica de los testimonios solicitados. Del hecho de que se haya negado la prueba no se puede concluir tal acusación si aquella es inútil con base en el principio de economía procesal.
- Que el objeto de la investigación de la SSPD a MONTAGAS SA ESP sobre el incumplimiento de las metas REPU, debía ser juzgada bajo la doctrina de la responsabilidad objetiva.
- Que frente al *"hecho de un tercero como eximente de responsabilidad"*[38], como elemento que permita romper el nexo causal entre la conducta investigada y el hecho generador de sanción, el contrato de distribución tiene la característica de la exclusividad en su ejercicio, lo que significa que en el caso de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, tiene como dependientes a sus distribuidores y deben responder por los hechos de estos según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.
- Que respecto a la sanción y su dosificación, se actuó conforme al artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, conforme al cual la SSPD tiene la función de vigilar y sancionar a las empresas prestadoras de servicios públicos por el incumplimiento de la normatividad vigente. En este sentido, que la imposición de la sanción no sobrepasa la competencia y los límites asignados por la Ley. Adicionalmente "la norma es clara en mencionar que no existe una causal específica de dosificación, motivo por el cual el cargo no tiene vocación de prosperidad[39]"

5.2. MONTAGAS SA ESP

La parte demandante presentó alegatos en los que reiteró los hechos y razones que expuso en la demanda[40].

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

[37] Folios 17- 21, cuaderno 2.
[38] Folio 20, cuaderno 2.
[39] Folio 21, cuaderno 2.
[40] Folio 25-33, cuaderno 2.

El agente delegado del Ministerio Público ante esta Corporación guardó silencio en esta etapa procesal.

VII.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y artículos 138 y 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para conocer el asunto de referencia.

7.2. Los actos administrativos acusados.

La demanda de nulidad y restablecimiento incoada recae sobre los siguientes actos administrativos:

Resolución No. SSPD- 20122400026155 del 2012-08-29

"Por la cual se impone una sanción a una Empresa de Servicios Públicos",

El Superintendente Delegado para Energía y Gas, en ejercicio de las funciones conferidas ene le artículo 79 de la ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001, el Decreto 990 de 2002, delegadas mediante la Resolución No. 000021 del 5 de enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y el Decreto 1 de 1984 y,

CONSIDERANDO:

(…)

RESUELVE:

Artículo primero: *imponer sanción MULTA a la empresa MONTAGAS SA ESP, por un valor de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTE Y CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS CON CERO CENTAVOS ($186.444.300,00), la cual se hará efectiva en el término de 10 DÍAS hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución, por la expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Artículo segundo: *Una vez se firme la presente Resolución, la sanción impuesta deberá ser consignada en efectivo o cheque de gerencia (…)*

Artículo tercero: *Notificar personalmente la presente Resolución a la señora [sic] JESÚS ALFONSO PARADA CRUZ, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de la empresa MONTAGAS SA ESP, o a quien haga sus veces, quien puede ser citado en la Cra. 25 15 29 de la ciudad de PASTO – NARIÑO, haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra ésta Resolución 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.*

Notifíquese y cúmplase,

Ramón Hernando Antolínez Olarte

Superintendente Delegado para Energía y Gas.

Resolución No. SPPD- 20122400039665 del 2012-12-12

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

El Superintendente Delegado para Energía y Gas, en ejercicio de las funciones conferidas ene le artículo 79 de la ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001, el Decreto 990 de 2002, delegadas mediante la Resolución No. 000021 del 5 de enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y el Decreto 1 de 1984 y,

CONSIDERANDO:

(…)

RESUELVE:

Artículo primero: *CONFIRMAR, el contenido de la Resolución número SSPD- 201224000261550 del 12-08-29, expedida por este Despacho, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.*

Artículo segundo: *Notificar personalmente la presente Resolución al doctor JESÚS ALFONSO PARADA CRUZ, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL de la empresa MONTAGAS SA ESP, o a quien haga sus veces, quien puede ser citado en la Cra. 25 15 29 de la ciudad de PASTO – NARIÑO, haciéndole entrega de una copia y advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso por encontrarse agotada la vía gubernativa.*

Artículo tercero: *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.*

Notifíquese y cúmplase,

Ramón Hernando Antolínez Olarte

Superintendente Delegado para Energía y Gas

7.3. Cuestión previa.

Antes de entrar a pronunciarse sobre los cargos invocados en la segunda instancia, la Sala estima procedente abordar una cuestión previa, relacionada con el alcance de la apelación interpuesta por MONTAGAS SA ESP. Esto, habida consideración de la ausencia de cuestionamientos precisos y efectivos.

Ciertamente, constata la Sala que el libelo de impugnación la demandante se limita en esencia a transcribir los argumentos de la demanda, sin efectuar reparos concretos ni sustentar las razones específicas de su inconformidad con la decisión apelada. Así, en lugar de controvertir aspectos particulares de la decisión del Tribunal o de sus fundamentos, el apelante se limita a refutar, una vez más, los cargos presentados en la demanda, ampliándolos ocasionalmente.

La Sala reitera a este respecto las consideraciones expuestas en las sentencias de 3 de julio[41] y 4 de septiembre de 2014[42], mediante la cual se denegó un recurso de apelación debido a las falencias argumentativas que presentaba. Al efecto precisó lo siguiente:

> *"7.1.3.- Según se desprende del artículo 350 del C. P. C. al que se acude por remisión expresa del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación tiene por objeto "que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme". Por otra parte, el artículo 212 del C. C. A. modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, impone a quien haga uso del recurso que sustente el mismo, esto es, que exponga las razones de su inconformidad con la decisión de primera instancia.*
>
> *7.1.4.- Bajo los parámetros normativos aludidos, resulta fácil concluir que el recurso de apelación se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial le formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación a esos aspectos.*
>
> *7.1.5.- Esta posición ha sido prohijada por la Sala de tiempo atrás, y fue reiterada recientemente en la sentencia del 13 de marzo de 2013 al resolver*

---

[41] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 2004 00228 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

[42] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de septiembre de 2014, Rad. No. 25001 2324 000 2007 90029 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

el recurso de apelación dentro del radicado No. 2006-01241. En dicha ocasión, la Corporación se permitió confirmar la línea jurisprudencial que ha seguido en este aspecto en los siguientes términos:

"Sobre el punto de la sustentación del recurso de apelación, esta Corporación ha precisado lo siguiente:

"Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C.C.A. *(negritas de la Sala)*

La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de los fundamentos del fallo apelado, los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado, es reafirmado por el inciso subsiguiente al sancionar con la deserción del recurso la omisión del requisito en estudio.

Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones invocadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación." (Sentencia de 6 de junio de 1987, Exp: 338, C.P.: Dr. Samuel Buitrago Hurtado)

En otra oportunidad, señaló:

"Tal exigencia implica que el recurrente en el escrito de sustentación señale el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.

La competencia de éste queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso." (Sentencia de 17 de julio de 1992, Exp: 1951, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz)

Posteriormente, manifestó:

De acuerdo con la jurisprudencia. "… ***el deber de sustentar este recurso***

(el de apelación) consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso, o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación." *(Corte Suprema de Justicia, Providencia de agosto 30 de 1984, M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén, Código de procedimiento Civil, José Fernando Ramírez Gómez, Colección Pequeño Foro, pág. 319) (Auto de Sala Unitaria de 17 de marzo de 1995, Exp. 3250, C.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez). (Negritas de la Sala)*

En esta ocasión la Sala prohíja y reitera los criterios atrás expuestos, en cuanto a que el presupuesto sine qua non de la sustentación del recurso de apelación es la referencia clara y concreta que el recurrente haga de los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, para efectos de solicitarle al superior jerárquico funcional que decida sobre los puntos o aspectos que se plantean ante la segunda instancia, tendientes a dejar sin sustento jurídico aquellos, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones, en orden a concluir si la sentencia merece ser o no confirmada.

7.1.6.- Toda vez que la finalidad del recurso de apelación es que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme, es necesario que en dicho recurso se expongan las razones por las cuales no se comparten las consideraciones del a quo, en orden a que el juzgador confronte los fundamentos de la sentencia con los argumentos que sustentan la inconformidad del apelante. Por consiguiente, ***cuando el recurso se muestra insuficiente dado que se limita a reproducir el concepto de violación expuesto en la demanda, tal y como acontece en este asunto, el Juez no tiene más remedio que confirmar la decisión****." (Negritas de la Sala)*

Ahora bien, pese a la falta de técnica jurídica del recurso frente a este cargo, enfocado como está más a la simple reiteración de la demanda que a la formulación de auténticos reproches contra el fallo impugnado, estima la Sala que amerita de un examen que permita evaluar la decisión del *a quo* frente a los cargos en los que se insiste. En últimas, del examen conjunto de los señalamientos plasmados en la apelación se puede derivar el sentido de la impugnación. Y no puede la Sala perder de vista que de acuerdo con lo previsto por el artículo 322 del Código General del Proceso "[p]ara la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada"; precepto que debe interpretarse a la luz del principio

constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y del principio *pro actione*, que a las claras habilitan al juez para valorar de manera discrecional la suficiencia e idoneidad de los argumentos contrarios a la providencia censurada.

7.4.- Problema jurídico.

Visto lo anterior, se tiene que en el asunto bajo revisión la Sala deberá determinar si la sanción a MONTAGAS SA ESP por el incumplimiento de las metas REPU fue impuesta por parte de la SSPD con falta de competencia por extemporaneidad, transgrediendo el principio de legalidad por ser una sanción no tipificada, en violación del principio del *Non Bis Ibidem* por la pérdida de las metas como consecuencia de su no cumplimiento, con falsa motivación al no considerarse los hechos constitutivos de fuerza mayor o con violación del derecho de defensa al negarse la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas.

7.5.- Análisis del caso.

Con el objetivo de resolver el cuestionamiento planteado en el apartado anterior, la Sala estima pertinente analizar cada uno de los cargos en el siguiente orden con fines metodológicos, para proceder a concluir sobre la resolución del caso concreto.

En primera medida se analizará el cargo sobre la (1) falta de competencia, luego se reflexionará sobre (2) el principio de legalidad frente a la sanción y a la graduación de la multa; a continuación de analizará el cargo de (3) violación del principio del *non bis in ídem,* (4) la falsa motivación al desconocer la fuerza mayor y finalmente el cargo de (5) violación al derecho de defensa.

7.5.1. Falta de competencia

La demandante arguye que las Resoluciones demandadas fueron proferidas con falta de competencia en razón de la violación del término dado por el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, que dispone:

> ***Artículo 111****. Oportunidad para decidir. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los* ***cinco meses*** *siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley. (Negritas de la Sala)*

Al respecto, esta Sala ha explicado en reiteradas oportunidades[43] que la violación del plazo dado por la Ley 142 de 1994, no implica pérdida de competencia de la SSPD para sancionar, pues la Ley no consagra esa consecuencia para el incumplimiento.

En efecto, en sentencia de noviembre de 2009[44], la Sala precisó:

> *"Al respecto se observa que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, pero* ***en dicha norma no se le da a ese término el alcance de caducidad que reclama la actora, y ni siquiera carácter preclusivo alguno, de modo que ante la ausencia de cualquiera de esos alcances, sólo cabe tenerlo como un término programático o indicativo, que a lo sumo puede tener implicaciones disciplinarias por su incumplimiento.*** *(Negritas de la Sala)*
>
> *(…)*

---

[43] Expediente núm. 85001-23-31-000-2009-00099-01. 10 de septiembre de 2015. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato. Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Expediente núm. 2004-01001-01. 23 de agosto de 2012. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Actor: EMGESA S.A. E.S.P. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Expediente núm. 25000-23-24-000-2004-00344-01. 23 de febrero de 2012. Consejera ponente. María Elizabeth García González Actor: TERMOTASAJERO SA ESP. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

[44] Expediente núm. 25000-23-24-000-2004-00339-01. Consejero ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Actor: URRA S.A. E.S.P. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

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

Con la entrada en vigor del CPACA, es el artículo 52 el que establece el plazo de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, así:

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 pudiere 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. (Negritas de la Sala)*

En este orden de ideas, deberá determinarse si la actuación de la SSPD excedió el plazo de los 3 años para sancionar a MONTAGAS SA ESP. Según las resoluciones CREG 147 de 2010 y 004 de 2011, que fijaron los plazos para las metas REPU, el incumplimiento de la empresa se configuró el 30 de junio de 2011[45]. Por su parte, la sanción por parte de la SSPD fue interpuesta a través de la Resolución 20122400026155 del 29 de agosto de 2012 y confirmada a través de la Resolución 20122400039665 del 12 de diciembre de 2012[46]. Es decir que la SSPD no excedió el plazo de los 3 años para la sanción al incumplimiento de las metas REPU de MONTAGAS SA ESP.

Por lo anterior, este cargo no está llamado a prosperar.

---

[45] La Resolución 20122400026155 del 29 de agosto de 2012, demandada, reconoce ese como el hecho que fundamenta el cargo de investigación.

[46] En gracia de discusión, se incluyó la imposición y resolución de los recursos en contra de la decisión sancionatoria dentro del cálculo de tiempo pues la postura de la Sala ha sido la de que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos. Cfr. expediente núm. 2004-01001-01. 23 de agosto de 2012. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Actor: EMGESA S.A. E.S.P. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

7.5.2. Transgresión del principio de legalidad

Este cargo es interpuesto por MONTAGAS al considerar que su incumplimiento de las metas REPU no está tipificado como tal en las normas que se invocan como fundamento de los actos administrativos demandados, pues nunca se *"concibió como una regla impositiva y de forzado acatamiento por parte de las empresas distribuidoras de GLP"*[47]. En ese sentido, arguye que la SSPD no tenía base para sancionarla en consideración al supuesto carácter voluntario (es decir, no imperativo) del programa de recolección y reposición de cilindros en cuestión.

El estudio de este reproche supone examinar, en primer lugar, el carácter vinculante de las metas asumidas por los operadores que se vincularon al REPU, para considerar después si se respetaron o no las exigencias del principio de legalidad en materia sancionatoria.

a) El carácter vinculante de las metas individualmente asignadas a los distribuidores inversionistas en el marco de la ejecución del REPU:

De conformidad con las Resoluciones números 20122400026155 y 20122400039665 del 29 de agosto de 2012 y el 12 de diciembre de 2012 de la SSPD que impusieron la sanción de multa y la confirmaron, respectivamente, MONTAGAS incumplió las metas REPU a las que voluntariamente se había comprometido y que en virtud de su propia manifestación de interés en tomar parte del programa, se tornaron en vinculantes o de obligatorio cumplimiento.

Corresponde a la Sala verificar si en la reglamentación del Programa de Reposición de cilindros estaba especificada la obligatoriedad de tales medidas. Para ello, y debido a la falta de claridad de la normatividad, se hace necesario un recuento que permita entender el sentido del Programa y las razones por las

[47] Folio 504.

cuales se estima que sus compromisos adquirían el carácter de vinculantes y, por ende, su incumplimiento se encontraba sujeto a la supervisión y control de la SSPD.

La ley 1151 de 2007 del Plan de Desarrollo 2006- 2010, consagró el deber de la CREG de regular el programa de reposición de cilindros de tal forma que para el 31 de diciembre de 2010 estos ya se hubieran recogido y reemplazado, con el objetivo de garantizar la seguridad de los usuarios. Así se estipuló por la Ley:

> ***Artículo 62.*** *Servicio Domiciliario de Gas Licuado.* ***Dentro del término de dieciocho (18) meses siguientes a la expedición de esta ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, adoptará los cambios necesarios en la regulación para que la remuneración asociada a la reposición y el mantenimiento de los cilindros de gas licuados de petróleo y de los tanques estacionarios utilizados para el servicio público domiciliario sea incorporado en la tarifa, introduciendo además un esquema de responsabilidad de marca en cilindros de propiedad de los distribuidores que haga posible identificar el prestador del servicio público de Gas Licuado de Petróleo que deberá responder por la calidad y seguridad del combustible distribuido****. (negritas de la Sala)*
>
> *El margen de seguridad de que trata el artículo 23 de la Ley 689 de 2001 se eliminará a partir del 31 de diciembre de 2010. A partir de la entrada en vigencia de la regulación prevista en el inciso anterior, el margen de seguridad de que trata el artículo 23 de la Ley 689 de 2001 se destinará a la financiación de las actividades necesarias para la implementación del cambio de esquema, con sujeción a la reglamentación que para el efecto expida la CREG. Y su monto se integrará al margen de distribución del servicio domiciliario del gas licuado de petróleo.* ***Se mantiene vigente****.*

En concordancia, la Resolución CREG 045 de 2008, *"por la cual se establece la regulación aplicable al Periodo de Transición de un esquema de parque universal de cilindros a un esquema de parque marcado de cilindros de propiedad de los distribuidores, en el marco de la prestación del servicio público de distribución de GLP y se dictan otras disposiciones con respecto al Margen de Seguridad",* definió el Programa REPU como:

> *Programa de Recolección y Eliminación del Parque Universal de Cilindros*

diseñado por la CREG ***mediante el establecimiento de metas individuales de recolección a fin de garantizar su reemplazo por cilindros marcados, propiedad de los Distribuidores Inversionistas, antes de la fecha de finalización del Período de Transición***[48] *(negritas de la Sala).*

De acuerdo con la Ley del Plan de Desarrollo, la CREG determinó que los Distribuidores ejecutarían el Programa de metas REPU, que debían cumplirse todas las actividades en el plazo establecido, es decir a 31 diciembre de 2010, fecha en que finalizaría el periodo de transición del parque universal. También se advirtió que la ejecución de las metas sería verificada semestralmente por la SSPD:

Artículo 17. EJECUTORES. *Este programa deberá ser llevado a cabo por todos los Distribuidores que se encuentren prestando el servicio a la fecha de expedición de esta Resolución. (subrayas de la Sala)*

Artículo 18. FORMA DE EJECUCIÓN. Las actividades del Programa REPU deberán llevarse a cabo completamente durante el Período de Transición. *Su verificación, financiación y registro se cubrirá con los recursos provenientes del Margen de Seguridad . (subrayas de la Sala)*

Artículo 19. (…)

Artículo 20. METAS DE RECOLECCIÓN Y DESTRUCCIÓN DEL PARQUE UNIVERSAL. *Con base en la estimación del parque universal utilizado, a que se refiere el Artículo 19 de esta Resolución, la CREG asignará Metas Individuales de Recolección del parque universal, en función de lo que se estime será el ingreso y la disponibilidad de recursos del Margen de Seguridad pero en todo caso con la meta de lograr la eliminación de dicho parque universal antes del 31 de diciembre de 2010, fecha en la cual finalizará el período de transición.* ***La ejecución de estas metas comenzará a partir de la fecha que fije la CREG mediante la Resolución donde se establezcan dichas metas y su cumplimiento será verificado semestralmente por la SSPD.*** *(negritas y subrayas de la Sala)*

La misma Resolución en su artículo 21, facultó a las Empresas Distribuidoras a ceder sus metas individuales con la aclaración de que serían de obligatorio cumplimiento para quien las recibiera:

Artículo 21. CESION DE METAS INDIVIDUALES. *Durante todo el Período de Transición, las metas establecidas para cada Distribuidor, conforme al Artículo 20 de esta Resolución, podrán ser cedidas por los Distribuidores*

[48] Artículo 1.

Transitorios a los Distribuidores Inversionistas, y/o entre estos últimos, mediante acuerdos bilaterales entre las partes. Esta cesión significa que cuando un Distribuidor Inversionista acuerda recibir metas de otros Distribuidores, éstas le serán agregadas a las metas previamente establecidas y ***su cumplimiento se volverá obligatorio.*** *Al Distribuidor cedente se le disminuirán sus metas en las cantidades negociadas . (subrayas de la Sala)*

A través de esta Resolución y de algunas circulares, la CREG informó a las Empresas Distribuidoras de GLP del Programa REPU y de sus condiciones, para que se ofrecieran voluntariamente a participar en él, según sus capacidades y en la medida en que ellas determinaran.

En octubre de 2008, mediante la Resolución 101 de ese año, la CREG, al señalar en su artículo 9 los criterios generales para la programación y ejecución de las metas de recolección de cilindros universales, dispuso en su numeral 2. º que:

2. Los cilindros universales recogidos por los distribuidores inversionistas en cumplimiento de sus metas establecidas deberán ser reemplazados por cilindros marcados de su propiedad, nuevos o adecuados. ***El distribuidor inversionista tiene la responsabilidad de ceder las metas de recolección de cilindros universales que considere no alcanzará a reemplazar por cilindros marcados*** *(negritas y subrayas de la Sala).*

Más adelante, la Resolución CREG 147 de 2010, *"por la cual se establece la regulación aplicable durante la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales y de Introducción de un Esquema de Parque Marcado de cilindros de propiedad de los distribuidores en la prestación del servicio público domiciliario de GLP",* estableció que las fechas para la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales serían prorrogadas por seis meses (artículo 3), el procedimiento para que los distribuidores interesados participaran en estas nuevas etapas (artículo 6) y, en su artículo 10, la vigilancia y control de las metas de los distribuidores, así:

Artículo 10. *VIGILANCIA Y CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE METAS. Las metas asignadas a los distribuidores para ser ejecutadas durante la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales,* ***en cualquiera de sus dos etapas, son de obligatorio cumplimiento, y están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).*** *(negritas de la Sala)*

(…)

Finalmente, la Resolución 004 de 2011, "*por la cual se definen las metas individuales de recolección de cilindros para el periodo enero a junio de 2011, a ejecutar durante la primera etapa de la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales establecida en la Resolución CREG 147 de 2010 y se dictan otras disposiciones",* que aplica para todos los distribuidores de GLP que declararon su interés en participar en la primera etapa de la Fase Final de Retiro de Cilindros Universales (artículo 1), estableció en el numeral 3 del artículo 2:

> *"3.* ***El incumplimiento de estas metas*** *de recolección de cilindros universales y por lo tanto de la introducción de cilindros marcados para su reemplazo* ***dará lugar a la aplicación de los correspondientes procedimientos administrativos por parte de la SSPD****" (subrayas de la Sala).*

Para la Sala, de este recuento normativo se deriva con claridad tanto el carácter vinculante de las metas individualmente asignadas por la CREG a cada uno de los operadores que manifestaron su voluntad de tomar parte en el REPU con el carácter de distribuidores inversionistas[49], como la competencia de la SSPD para hacer seguimiento y control al cumplimiento de dichas metas y, por ende, adoptar medidas sancionatorias en caso de presentarse su incumplimiento. En efecto, se tiene que *ab initio* existió claridad sobre:

i) El notable interés general subyacente al programa de recolección y reposición del parque universal de cilindros, dada la necesidad de proteger y mejorar la seguridad de los usuarios del servicio de GLP.

ii) El carácter perentorio del término de transición establecido, que aspiraba a culminar las labores de recolección y reposición de cilindros antes del 31 de diciembre de 2010. De hecho, no solo se tiene que según el artículo 18 de la Resolución 045 de 2008 de la CREG las actividades del REPU debían llevarse a cabo completamente dentro del periodo de transición; según el literal f) del artículo 14 de esta misma resolución, una vez

[49] Según la definición que ofrece el artículo 1 de la Resolución 045 de 2008 de la CREG, es distribuidor Inversionista: "la empresa de servicios públicos que a la fecha de expedición de esta resolución desarrolla la actividad de distribución de GLP en los términos establecidos en Resolución CREG 074 de 1996 pero que informa oportunamente a la CREG su decisión de continuar desarrollando la actividad de distribución de GLP en los términos establecidos en la Resolución CREG 023 de 2008 o aquella que la modifique o sustituya y por lo tanto, además de cumplir con los requisitos establecidos en dicha resolución, ha presentado su Plan de Inversiones en cilindros marcados".

terminado dicho lapso *"está prohibido el uso de cilindros de parque universal, de cualquier tipo o tamaño, para la Distribución de GLP. Por consiguiente, si se encuentra cualquier persona distribuyendo GLP en cilindros sin la marca de algún Distribuidor Inversionista inscrito ante la SSPD, la autoridad de control correspondiente deberá proceder a la aplicación de las medidas respectivas".*

iii) La competencia de la SSPD para ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las metas y adoptar las medidas pertinentes para asegurar el logro del objetivo trazado.

iv) La posibilidad de ceder las metas a otro operador cuando quiera que un distribuidor inversionista advierta que puede tener dificultades con su cumplimiento, evento en el cual las metas cedidas serán agregadas a las que previamente habían sido establecidas para el cesionario y su cumplimiento será obligatorio.

En estas condiciones, no cabe duda que las metas individualmente asignadas por la CREG a cada uno de los distribuidores inversionistas con base en su manifestación de interés, la información suministrada y su plan de inversiones, tenían carácter vinculante y su cumplimiento se encontraba sujeto a la vigilancia y control de la SSPD. Más aún cuando, como se observa en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Resolución 101 de 2008, la misma CREG formalizó dichos compromisos en la forma de actos administrativos, dándoles el carácter de metas mínimas imperativas, como se desprende de lo previsto en el artículo 9.2, de acuerdo con el cual *"[l]as metas individuales de recolección de cilindros universales que se establecen en esta Resolución son las metas mínimas que debe cumplir cada empresa distribuidora inversionista de GLP"*.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que aun cuando se podría pensar que lo dispuesto en este último acto administrativo sobre el carácter perentorio de las metas asignadas tan solo buscaba oficializar lo que ya era vinculante (derivado, como ya se vio, de la configuración inicial del programa REPU en la Resolución 045 de 2008), no cabe duda que ello tiene el efecto de reforzar o dilucidar la competencia de la SSPD para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre las metas pactadas. No puede perderse de vista que según lo prescrito por el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, uno de los puntos principales de la competencia de este organismo se centra en vigilar y controlar el cumplimiento

de las normas y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos y en sancionar sus violaciones.

En efecto, 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[50].

De acuerdo con el artículo 79 de la Ley:

> ***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 indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los*

[50] 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.

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).

Por ende, no hay duda de que tanto por el carácter vinculante que les imprimió la Resolución 045 de 2008, como por el hecho de haberse formalizado en un acto administrativo expedido por la CREG, el cumplimiento de las metas fijadas era obligatorio y se encontraba sujeto a la vigilancia y control de la SSPD.

b) El principio de legalidad y de tipicidad de las faltas en la infracción sancionada:

Determinado el carácter vinculante de las metas asumidas por cada distribuidor inversionista en el marco del Programa de Reposición de Cilindros y la competencia de la SSPD para supervisar su cumplimiento, pasa la Sala a examinar si la sanción impuesta a la actora por el incumplimiento de sus metas se conforma o no con las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad de las faltas administrativas. La ausencia de una prescripción expresa que tipifique dicha falta está en la base de este cuestionamiento.

En un caso similar la Sala[51] explicó la flexibilización en el principio de legalidad que opera en relación con el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración en consideración a los bienes jurídicos afectados por la sanción y a la peculiar naturaleza de la competencia sancionatoria que se ejerce (que si bien es expresión del *ius puniendi* estatal no puede equipararse a la que ejerce la justicia penal), así:

[51] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Rad.: 25000 23 24 000 2008 00369 01. CP: Guillermo Vargas Ayala.

"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 previamente definidas por la ley[52]*,* ***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 correccional*[53]*), 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 ámbito*[54]*. 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 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****"*[55]*. 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*

---

[52] 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.

[53] 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.

[54] 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.

[55] Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2003.

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.

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, 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"[56]*. (negritas de la Sala)*

En consecuencia y con dicho criterio de presente, pese a la notable amplitud y falta de claridad del tipo sancionatorio establecido por el legislador (el incumplimiento 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), de la lectura en conjunto de las Resoluciones se pude apreciar que las metas REPU siempre se pretendieron de obligatorio cumplimiento para las Empresas Distribuidoras que voluntariamente decidieran participar en el Programa. Por lo tanto su incumplimiento estaba sujeto a las medidas que el órgano de vigilancia y control estimase pertinentes, conforme corresponde a su el rol constitucional y legal en relación con un asunto de interés general como es el cumplimiento de las metas REPU.

En este orden de ideas, este cargo no prospera.

- **La dosimetría de la multa**

La demandante también sostiene la violación del principio de legalidad al considerar que la multa impuesta fue desmedida al "si quiera ponderar los factores

[56] Corte Constitucional, sentencia C-406 de 2004.

o elementos de proporcionalidad, ilicitud sustancial, no reincidencia y falta de antecedentes de la empresa MONTAGAS SA ESP frente a la conducta que se le enrostra"[57]. Para evaluar si dicha acusación es cierta la Sala deberá, en primera medida, estudiar los criterios para la dosificación de las sanciones de la SSPD y, en segundo lugar, precisar en los términos de la sanción impuesta por las Resoluciones acusadas.

Como ya se explicó, la facultad sancionatoria de la SSPD está delimitada en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994[58], que contempla las sanciones que podrá imponer. En concreto:

> *"**La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer** las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deban estar sujetas, **según la naturaleza y la gravedad de la falta**:*
>
> *81.1. Amonestación.*
>
> *81.2. **Multas hasta por el equivalente a Dos Mil (2.000) salarios mínimos mensuales**. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. (…) las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos. (…).*
>
> *81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.*
>
> *81.4. Orden de suspender a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez (10) años.*
>
> *81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.*
>
> *81.6. Prohibición a infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez (10) años.*
>
> *81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando*

[57] Folio 504.
[58] La Ley 1735 de 2015 modifica dicho artículo pero por tratarse de actos proferidos con anterioridad a esta regulación, se trascribe el texto vigente al momento de los hechos.

las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros" (Destaca la Sala).

La norma transcrita pone de presente que los factores generales que se deben tener en cuenta para graduar las sanciones son, como ya lo ha dicho esta Corporación:

"1) el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público; 2) el factor de reincidencia. 3) la prolongación de la infracción durante varios años."[59]

En Sentencia de 10 de julio de 2014[60], se reitera lo dicho y se hace especial énfasis en la discrecionalidad de la SSPD para imponer la sanción:

(…) las diferentes sanciones que puede fijar la SSPD dependen de la naturaleza y gravedad de la falta cometida. Una de las sanciones que puede imponer la Superintendencia, cuando la naturaleza y gravedad de la falta lo amerite, es la multa, que tiene como límite, el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. La multa debe graduarse atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y a si el administrado es reincidente o no.

Así pues, al imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, la Administración actúa en ejercicio de su facultad discrecional, que, de acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, implica que la sanción sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En Concepto No. 5 de 7 de enero de 2009, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios precisó lo siguiente respecto a la gradualidad de las sanciones que puede imponer con base en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994:

---

[59] Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00622-01. trece (13) de mayo de dos mil diez (2010).Consejera Ponente: María Claudia Roja Lasso. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

[60] Expediente núm. 76001233100020030352401 (19191). 10 de julio de 2014. Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Actor: Ingeniería Ambiental SA ESP. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

"[…]

3.- ¿Cómo se mide la gravedad de la falta cometida por el prestador? ¿A qué se refiere el criterio de naturaleza de la falta? ¿Qué tipos de falta existen? ¿Cuál es la clasificación según la naturaleza de la falta, cómo se ordenan las faltas según su gravedad, entre qué rangos se mueve la superintendencia para imponer las sanciones pecuniarias para cada falta?

La Ley 142 de 1994 le otorgó en el artículo 81 a la Superintendencia la competencia de sancionar a los prestadores de servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias de estos, que violen las normas a las que deben estar sujetas, fijando como criterios únicos de graduación sancionatoria los de la naturaleza y la gravedad de la falta. Se observa que la ley no dosifica las sanciones imponibles para cada falta, sino que faculta al funcionario competente para evaluar en cada caso particular la naturaleza de la falta y la gravedad de la misma.

Corresponde entonces al sancionador, determinar cuál es la sanción adecuada y proporcional de conformidad con las circunstancias probadas en la investigación. En otras palabras, lo que se deduce de la norma en cita es la libertad del sancionador para evaluar la naturaleza y gravedad de la falta, como factores de graduación de la sanción.

En tales condiciones, se tiene que la ley no contiene una dosificación de las sanciones acorde con los tipos de faltas, sino que confiere al funcionario competente la facultad para valorar el impacto de la conducta sobre la prestación del servicio. No obstante, el sancionador debe hacer una valoración racional con base en lo señalado y ceñirse a los esquemas sancionatorios establecidos en el mismo artículo 81.

Por lo tanto, bajo los criterios anotados, la Superintendencia puede imponer las sanciones de amonestación, multas, suspensión de actividades, cierre de inmuebles, orden de separación de administradores y toma de posesión.

(…)

En esta medida, la administración cuenta con criterios generales para la imposición de sanciones contenidos en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y con criterios particulares para la aplicación de sanciones pecuniarias establecidos en el artículo 81.2 de la misma obra, que en cierta medida pretenden racionalizar la actividad sancionadora de la Superintendencia evitando que ésta desborde su actuación represiva, encauzándola dentro de un criterio de ponderación, mesura y equilibrio.

Por lo tanto, corresponderá al sancionador, en cada caso concreto, hacer una valoración racional para determinar cuál es la sanción adecuada y proporcional de conformidad con las circunstancias probadas en la investigación.

De acuerdo con las precisiones anteriores, ***toda vez que no existe una reglamentación específica respecto a la gradualidad de la sanción, la ley faculta al funcionario competente para evaluar, en cada caso, la naturaleza de la falta y la gravedad de la misma, para, de esta forma, determinar la sanción de acuerdo con los hechos y pruebas que existan en el expediente.*** *(Subrayas y negritas de la Sala)*

De conformidad a lo formulado, lo que sigue es verificar si la imposición de la sanción a MONTAGAS fue ordenada considerando la naturaleza de la falta y su reincidencia o no. La Resolución20122400026155 del 29 de agosto de 2012, por la cual la SSPD sancionó a la actora, dispuso lo siguiente:

"En consecuencia, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y teniendo en cuenta la naturaleza de la falta, descrita ampliamente en las líneas que preceden, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio y el hecho de que la empresa no es reincidente en la conducta que se investiga, es decir que es la primera vez que se le sanciona por estos hechos, procederá a imponer sanción de multa a la empresa MONTAGAS SA ESP, de conformidad con los criterios técnicos aplicables y los principios de razonabilidad y proporcionalidad"

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

Artículo primero: *imponer sanción MULTA a la empresa MONTAGAS SA ESP, por un valor de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTE Y CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS CON CERO CENTAVOS ($186.444.300,00), la cual se hará efectiva en el término de 10 DÍAS hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución, por la expuesto en la parte motiva de esta providencia."*

Por su parte, la Resolución 20122400039665 del 12 de diciembre de 2012, que resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución que sanciona y que también fue demandada, explica la dosificación de la sanción de multa en los siguientes términos:

"(…) en el caso objeto de estudio este Despacho acogió como sanción la multa, ***pues se considera grave que la prestadora, tal y como se argumentó en la motivación del acto que se recurre, no cumpla con sus obligaciones adquiridas, además, de forma voluntaria, contraviniendo los parámetros establecidos en el esquema de responsabilidad de marca de cilindros****, creado y diseñado por el ente regulador con el fin de determinar la responsabilidad en cuanto a la calidad y seguridad del combustible distribuido y entregado a los usuarios.*

Ahora bien, ***el monto de la multa atiende al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público de energía****, aspecto palpable y verificable igualmente, en la motivación del acto y las consecuencias de la falta de o incumplimiento que se reprocha o sanciona, que para el caso objeto de estudio, se resume en el incumplimiento de MONTAGAS SA ESP al programa de recolección de cilindros universales por cilindros de marca para garantizar la seguridad del combustible entregado al usuario final, en cuanto a la calidad y seguridad del mismo.*

(…)

Por último, el factor de reincidencia fue verificado y enunciado de forma específica en el acto recurrido (…)

(…)

Finalmente, el monto de la multa se establece en equivalente a salarios mínimos legales mensuales y se encuentra dentro del límite otorgado de los 2000 salarios a que hace alusión el pluricitado artículo 81. (…)"

La Sala puede constatar que efectivamente, para la época de imposición de la sanción, el año 2012, el salario mínimo legal mensual era de $566.700, lo que significa que la sanción impuesta a la entidad demandante en el presente proceso, en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, fue de 329 SMLMV y no superó el tope establecido por la regulación (2000 SMLMV).

En cuanto a la aplicación de los factores generales para la graduación de la sanción, a juicio de la Sala los actos acusados cumplieron los parámetros expuestos, aunque no los señaló por su nombre en todos los casos. Para demostrarlos basta con examinar las resoluciones demandadas (fs. 56 y siguientes del cuaderno principal) donde se describió de manera amplia y detallada la naturaleza de las infracciones en que incurrió la empresa demandante, la afectación de la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible y la no existencia del factor de reincidencia de la empresa.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

7.5.3. Violación del principio del *Non Bis Ibidem*

La demandante asegura que la SSPD desconoció el principio del *Non Bis Ibidem* pues MONTAGAS SA ESP ya había sido sancionada por la CREG en virtud de la aplicación automática del artículo 9º de la Resolución CREG 147 de 2010, que dispuso la pérdida de las metas incumplidas como consecuencia de no alcanzar el 100% de las metas del Programa de Reposición de Cilindros Universales.

El principio del *Non Bis Ibidem* está consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, inciso 1º, que consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4º,

señala que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho:

> ***"ARTICULO 29.*** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
>
> *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*
>
> *En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*
>
> *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria,* ***y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.***
>
> *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996[61] estableció los elementos que debe tenerse en cuanta al momento de analizar si se ha violado o no el principio, así como la importancia en la naturaleza de la sanción:

> *Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina,* ***tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.***

[61] Sentencia C-244 de 1996 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, en la cual se cita la posición tomada originalmente, en la Sentencia de noviembre 22 de 1990, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia C-244 de 1996, la Corte declaró exequible una expresión del artículo 2º de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior a la Ley 734 de 2002), en la cual se disponía que "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal".

> ***La identidad en la persona*** *significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*
>
> ***La identidad del objeto*** *está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*
>
> ***La identidad en la causa*** *se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.*
>
> *Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues* ***la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege****. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios. (Negritas de la Sala)*

Sobre el particular, la Sala reitera lo que ha sostenido en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia de 29 de noviembre de 2001[62], en cuanto a que el principio del *Non bis In ídem,*

> *(…)* ***no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza****, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no solo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal). Es decir, que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza. (Negritas de la Sala)*

Así pues para el caso concreto, en primera medida deberá establecerse la naturaleza de las medidas impuestas a MONTAGAS SA ESP, para establecer si

---

[62] Expediente núm. 6075. 29 de noviembre de 2001. Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Actor: Autos y Camiones de Colombia S.A.

hubo o no violación del principio del *Non Bis In ídem*. Es decir, deberá determinarse si tanto la multa impuesta por la SSPD como la pérdida de metas de distribución por la CREG, son sanciones y de serlo, si existen los elementos dados por la doctrina y la jurisprudencia para entender que se ha configurado la violación del principio.

Según se analizó en el cargo anterior, la multa que fue infligida por la SSPD a MONTAGAS SA ESP es la sanción por el incumplimiento de las metas REPU y fue impuesta en virtud de sus facultades de vigilancia y control en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En lo que respecta a la medida de la CREG, la Sala considera pertinente contextualizar su labor para entender el objeto de la disminución de metas de distribución a MONTAGAS.

La Resolución CREG 045 de 2008, *"por la cual se establece la regulación aplicable al Periodo de Transición de un esquema de parque universal de cilindros a un esquema de parque marcado de cilindros de propiedad de los distribuidores, en el marco de la prestación del servicio público de distribución de GLP y se dictan otras disposiciones con respecto al Margen de Seguridad"* , fue proferida en consideración al artículo 74 de la Ley 142 de 1994 que estableció como función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible **para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante** y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. En este sentido se creó el Programa de metas REPU que, a través del establecimiento de metas individuales de los Distribuidores Inversionistas, buscó garantizar la recolección y reemplazo de los cilindros por marcados (artículo 1, Resolución CREG 045 de 2008).

Con el propósito *"garantizar la seguridad y la calidad del servicio"*[63] en la ejecución del Programa de Reposición de Cilindros, se estimó el tamaño del parque universal de cilindros a partir del cual se diseñaron las metas del Programa REPU[64]. Las metas fueron repartidas entre los distribuidores que voluntariamente se sometieron al Programa[65] (metas individuales). Ellas, además de reflejar la participación real de cada distribuidor en el mercado, buscaban garantizar eficiente reemplazo de los cilindros y así, la prestación segura y completa del servicio domiciliario de gas combustible. Como ésta era la finalidad de las metas individuales, si en algún momento la empresa distribuidora consideraba que no podría cumplirlas, existía la posibilidad de cederlas mediante acuerdos bilaterales entre las partes[66]. En suma, todas las metas debían tener un titular que se comprometiera a cumplirlas y a garantizar así la segura y eficiente prestación del servicio público domiciliario de gas combustible.

El artículo 9 de la Resolución 147 de 2010, que reguló la Resolución 045 de 2008 y que creó la pérdida de las metas no cumplidas, estableció:

> ***ARTÍCULO 9o.*** *PERÍODO POSTERIOR AL 30 DE JUNIO DE 2011-FASE FINAL: SEGUNDA ETAPA. Los distribuidores que, de acuerdo con el informe de la interventoría del Esquema Centralizado de Administración y Recaudo de los recursos del Margen de Seguridad definido en la Resolución CREG 045 de 2008 con corte a 30 de junio de 2011, hayan cumplido el 100% de sus metas asignadas para el periodo enero-junio de 2011, tendrán derecho a continuar recibiendo metas libres para reasignar.*
>
> ***Los distribuidores que no hayan cumplido el 100% de sus metas para ese mismo periodo, perderán las metas no cumplidas, las cuales constituirán metas libres para reasignar.*** *Para estos efectos, la CREG mediante circular dirigida a los distribuidores que cumplieron el 100% de sus metas a 30 de junio, solicitará que estos manifiesten en un plazo de una semana si tienen o no interés en recibir metas adicionales y la cantidad que desearían recibir, para ser ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2011. En esta misma circular, la CREG indicará las cantidades libres para reasignar.*
>
> *Una vez recibidas las solicitudes de los distribuidores habilitados para ejecutar metas adicionales, la CREG hará la reasignación de las metas disponibles siguiendo el procedimiento descrito en los literales c) y d) del*

---

[63] Consideraciones de la Resolución CREG 147 de 2010, folio 125.
[64] Artículo 19, Resolución CREG 045 de 2008.
[65] Artículos 25 y 20, Resolución CREG 045 de 2008.
[66] Artículo 21, Resolución CREG 045 de 2008.

artículo 8o de esta resolución. Las metas finalmente asignadas serán establecidas mediante Resolución de la CREG.

En ese entendido, para la Sala resulta racional que la Resolución 147 de 2010 estableciera como el efecto automático del incumplimiento de las metas REPU, la pérdida y reasignación de aquellas. Si la empresa que se comprometió a retirar determinado número de cilindros del mercado no cumplió con su objetivo, para no generar un perjuicio en la prestación del servicio y en la seguridad de los usuarios, esas metas debían ser reasignadas a otra empresa que sí pudiera cumplirlas.

Por lo tanto, el objetivo de la pérdida de metas era el de su reasignación para la garantía en la seguridad y prestación del servicio público. Así las cosas, no puede considerársele como una sanción sino como un efecto del incumplimiento, aunque gravoso para la empresa, pero que buscaba la protección del ciudadano, no la responsabilidad de la Distribuidora en ese incumplimiento. Para cumplir con ese fin se estableció el procedimiento adelantado por la SSPD que culminó con la imposición de la multa a MONTAGAS SA ESP. Es decir que MONTAGAS SA ESP no fue sancionada dos veces. Por esta razón no puede hablarse de la violación del principio del *non bis in ídem* y este cargo no prospera.

7.5.4. Falsa motivación

La demandante considera que hubo falsa motivación en las Resoluciones demandadas pues no se valoraron las situaciones constitutivas de fuerza mayor que conllevaron a que MONTAGAS SA ESP incumpliera las metas REPU.

Es importante aclarar que en el recurso de apelación no se profundizó en la explicación de las causas que se aducen como constitutivas de fuerza mayor, sino que se limitó a nombrarlas de la siguiente forma:

"No suministro del GLP por parte de Ecopetrol, (…) la carencia de cilindros dentro del mercado nacional, la rotura del ducto de Bucaramanga, la ola invernal que como hecho notorio afectó al país por las mismas calendas"[67].

Así las cosas, procede la Sala a analizar el cargo.

El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel "*imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público*". Sobre el concepto de fuerza mayor o caso fortuito el Consejo de Estado ha indicado[68]:

"Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus ***dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.***

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público."

La imprevisiblidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales*, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado…. Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad".*

Y la irresistibilidad*, como lo dice la misma sentencia, "el hecho […] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada*

---

[67] Escrito de apelación. Folio 513.
[68] Sección Cuarta. Sentencia del 3 de junio de 2010, Exp. 16564 M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

como sinónimo de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser ***fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias****".*

En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos.

Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible…".

Así mismo, la Corporación ha establecido un tercer requisito para la configuración de la fuerza mayor: la exterioridad de la causa extraña.

(…) en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que ***aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad****, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales****, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva****, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"*[69]*. (Subrayas de la Sala)*

[69] Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

De esta forma, los tres requisitos para que sea procedente admitir la configuración de la fuerza mayor son: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado.

Corresponde a la Sala, por lo tanto, determinar si las situaciones enunciadas por la parte demandante como constitutivas de fuerza mayor, cumplen con los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad, para verificar si pueden eximir de responsabilidad a MONTAGAS SA ESP por el incumplimiento de las metas REPU. Es importante resaltar que estos requisitos son concurrentes, esto significa que con la falta de uno de ellos se entiende no configurada la fuerza mayor.

Respecto del desabastecimiento por parte de Ecopetrol y en el entendido de que la parte demandante no aportó mayores argumentos o explicaciones al respecto, la Sala no considera que se trate de un hecho constitutivo de fuerza mayor pues la actividad de la empresa está en constante relación con Ecopetrol y debía prever que podría negarle el cupo solicitado, al no estar obligado a conceder lo encargado. Además no hay que perder de vista que MONTAGAS SA ESP siempre tuvo la facultad de resistir el daño cediendo las metas a las que se había obligado (artículo 21 Resolución CREG 045 de 2008) para no incurrir en un incumplimiento injustificado.

En cuanto a la carencia de cilindros dentro del mercado nacional, para la Sala no se encuentra suficientemente argumentado. De todas formas, en gracia de discusión, la Sala considera que ese hecho no cumple con el requisito de exterioridad de la causa extraña, pues es un suceso que justamente se deriva de la actividad de MONTAGAS SA ESP como Empresa Distribuidora de GLP. La relación entre las Empresas de Servicios Públicos y sus distribuidores no es externa a sus actividades sino por el contrario, son fundamentales para la planeación y el análisis de sus operaciones. En el caso concreto, MONTAGAS SA ESP debía estimar su capacidad para la reposición de cilindros, que incluía también la de sus distribuidores, a fin de estudiar si harían parte y en qué medida, del Programa de metas REPU al que voluntariamente se obligaron. Por lo tanto, alegar que por fallas en la actividad de sus distribuidores de cilindros la empresa

no pudo cumplir con aquellas metas a las cuales se había comprometido, es inaceptable, además de denotar negligencia por parte de la demandante.

Por su parte, la Sala encuentra que la alegada rotura del ducto de Bucaramanga, tampoco se encuentra probada en el expediente. Lo que sí se probó fue la fractura del ducto en **Barrancabermeja** (que comunica con Yumbo) según las notas de prensa aportadas por la demandante. Sin embargo, dicho daño no constituyó interrupción en el abastecimiento del producto. De acuerdo con la noticia del "Diario del Sur", del 7 de junio de 2011, aportada por la demandante:

> *"No existe desabastecimiento de gas en el Departamento de Nariño, lo que ocurre es que la cantidad es menor y se demora más tiempo en llegar"*[70].

La misma nota informa que los distribuidores tenían la posibilidad de compensar esa disminución de suministro llevando desde Bucaramanga el combustible necesario. Teniendo en cuenta todos estos factores, la Sala concluye que no se configura la *"irresistibilidad"* imprescindible al momento de considerarse la fuerza mayor, pues había forma de evitar los impactos de la reducción en la cantidad de gas a raíz del daño en el ducto que comunicaba con Yumbo.

En cuanto a la "ola invernal", la Sala entiende que como consecuencia de ella se generó el daño en el ducto de Barrancabermeja (*"existe in problema en todo el país debido a que el invierno provocó la rotura de un tubo de suministro en la planta de Barrancabermeja, lo que obligó a las empresas a suministrar el producto desde Puerto Salgar y Bucaramanga*[71]*")*, pero que la ola invernal en sí misma no se constituye como un hecho que impidiera que MONTAGAS SA ESP cumpliera con sus obligaciones de reposición de cilindros. Por lo tanto ni siquiera entrará a analizar su dudosa irresistibilidad o imprevisibilidad.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

---

[70] Folio 96.
[71] "Diario del Sur", del 7 de junio de 2011, folio 96.

7.5.5. Violación del derecho de defensa

La actora invoca la violación al derecho de defensa y por lo tanto al debido proceso por parte de la SSPD al negarle la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas en el proceso que culminó con la sanción de multa para la empresa. Tal y como se mencionó en los hechos, el acto administrativo 20122400298731 del 8 de mayo de 2012 de la SSPD que negó las pruebas, fue apelado por la Empresa y confirmado a través de la Resolución 20122400022405 del 16 de julio de 2012.

Lo primero es advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa. Este derecho está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política que consagra:

> ***ARTICULO 29.*** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
>
> *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*
>
> *En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*
>
> *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;* ***a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra****; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*
>
> *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Negritas de la Sala)*

Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil (vigente en el momento del proceso sancionatorio), hoy artículo 165 del Código General del Proceso, así:

> "*Medios de prueba. Sirven como pruebas,* ***la declaración de parte****, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez"*

Al respecto, en reciente sentencia[72], el Consejo de Estado estableció frente a la "declaración de terceros" la facultad del juez de decretar la prueba, según sea conducente, pertinente y útil. En palabras de la Corporación:

> *"Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la "declaración de terceros"[73] también conocidos como testimonios.*
>
> *Esta clase de prueba ha sido definida como:* ***"una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso"[74]*** *(Negritas de la Sala)*
>
> *No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y* ***práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.*** *(Negritas de la Sala)*

---

[72] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2015, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S). C.P.: Alberto Yepes Barreiro (E).

[73] El capítulo 5º de la Sección Tercera, Título Único del Código General del Proceso regula la "Declaración de Terceros".

[74] López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 3 "pruebas", Segunda Edición, Dupré Editores, 2008 pág. 181

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características[75].

(…)

La doctrina ha entendido que ***la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia".[76]*** *(Negritas de la Sala)*

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que ***la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.[77]*** *(Negritas de la Sala)*

En el caso concreto, la "pertinencia" de la "declaración de terceros" está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba era determinante o no para el proceso adelantado por la SSPD se debe examinar el objetivo por el cual fue invocado.

En el caso la prueba fue solicitada por MONTAGAS SA ESP con el fin de *"constatar la autenticidad de los oficios y sus contestaciones, así como preguntar de las circunstancias de modo y tiempo en que se desarrollaron los hechos de esa investigación, así como resolver cuestionario que realizare en su momento[78]"*. En el escrito de apelación se afirma que con los testimonios *"jamás se pretendió probar la autenticidad de unos documentos a través de los testimonios pedidos",* sino *"las razones constitutivas de fuerza mayor"* que condujeron al incumplimiento parcial de las metas.

---

[75] El artículo en cita consagra: *"**ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO.** El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles."*
[76] López Blanco, Op cit, pág 74.
[77] Ibídem.
[78] Folio 198, Cuaderno del proceso ante la SSPD.

Es claro para la Sala que, toda vez que los testimonios no podían configurar la fuerza mayor debido a que esa era una labor del juez que debía constatar si los hechos cumplían con los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y con causa exterior, **es claro que lo que se pretendía con los testimonios en realidad era constatar unos hechos que ya la sede administrativa entendía probados pero que no fueron suficientes para que configuraran la fuerza mayor.** En ese sentido concuerda la Sala con el juez *a quo* y con la SSPD al considerar que las pruebas no eran pertinentes, pues nada aportaban a la Litis.

En otras palabras, la no configuración de la fuerza mayor no se dio porque no fuera probada a través de los testimonios negados sino porque los hechos que se entendieron probados, no cumplían los requisitos analizados en el punto anterior.

En este entendido, el cargo no prospera.

7.6.- Conclusión.

En conclusión la Sala encuentra que:

- Los actos demandados no se profirieron con falta de competencia por parte de la SSPD pues no excedió el plazo de los 3 años para sancionar a MONTAGAS SA ESP, contados a partir de la ocurrencia de los hechos objeto de reproche.
- Las metas REPU eran de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas distribuidoras de GLP una vez se vinculaban al programa de reposición de cilindros y, en ese sentido, el incumplimiento de MONTAGAS SA ESP acarreaba la investigación y sanción de multa por parte de la SSPD. En cuanto a la dosimetría de la multa a juicio de la Sala los actos acusados cumplieron los parámetros expuestos, pues se describió de manera amplia y detallada la naturaleza de las infracciones en que incurrió la empresa demandante, la afectación de la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible, la no existencia del factor de reincidencia de la empresa y la multa no superó los 2000 SMLMV que consagra la Ley.

- No hubo violación del Principio del *Non Bis In Ídem* pues el objetivo de la pérdida de metas consagrada en la Resolución CREG 147 de 2010 por el incumplimiento de las metas REPU, fue el de su reasignación para la garantía en la seguridad y prestación del servicio público, por lo que no puede considerarse como una sanción sino como un efecto del incumplimiento, gravoso para la empresa, pero que buscó la protección del ciudadano, no la responsabilidad de la empresa en ese incumplimiento. Para eso está el procedimiento adelantado por la SSPD que culminó con la imposición de la multa a MONTAGAS SA ESP. Es decir que MONTAGAS SA ESP no fue sancionada dos veces.
- Las situaciones alegadas por la parte demandante como constitutivas de fuerza mayor (y por lo tanto de falsa motivación de los actos demandados) no cumplen con los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad, por lo que no pueden eximir de responsabilidad a MONTAGAS SA ESP por el incumplimiento de las metas REPU.
- No se violó el derecho a la defensa ni al debido proceso con la negación de las pruebas testimoniales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

7.7. Costas procesales.

Prevé el artículo 188 del CPACA lo siguiente: *"Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."* Así las cosas aun cuando en el expediente no aparece prueba alguna de la causación de gastos procesales, es manifiesto que la SSPD incurrió en la contratación de una profesional del derecho para que se hiciera cargo de la defensa de sus intereses en el proceso. Por ende, teniendo en cuenta que el concepto de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden justamente a los gastos derivados del apoderamiento judicial que ocasiona un juicio, concluye la Sala que en el asunto *sub examine* hay lugar a imponer una

condena en costas en contra de MONTAGAS SA ESP, pues fue vencida y está acreditado que la parte actora incurrió en tales gastos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 5 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se niegan las súplicas de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios números 20122400026155 y 20122400039665 del 29 de agosto de 2012 y el 12 de diciembre de 2012, respectivamente

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a MONTAGAS SA ESP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. La condena en costas será liquidada por el Tribunal de primera instancia, en los términos de los artículos 365 y 366 del C.G.P

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

En firme esta providencia, archívese.

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.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VÁLDES
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA