



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

REF: Expediente núm. 2009 00099 01

Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare.

Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. en** contra de la sentencia de 9 de diciembre de 2010, proferida por el **Tribunal Administrativo de Casanare**, que decidió declarar la nulidad de las Resoluciones SSPD- 20082400000465 de 4 de enero de 2008, por medio de la cual se impone una sanción pecuniaria a la empresa y SSPD- 20082400045645 de 5 de noviembre del mismo año, a través de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto.

I-. ANTECEDENTES

1.1.- La empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** actuando por medio de apoderado, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda ante el **Tribunal Administrativo de Casanare**,

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

tendiente a que, mediante sentencia, se decretara la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución N° 20082400000465 de 4 de enero de 2008, emanada de la Superintendencia Delegada para Energía y Gas, a través de la cual se impone una sanción de carácter pecuniario a la demandante, a favor de la Nación, por valor de \$461.500.000; (ii) Resolución N° 20082400045645, del 5 de noviembre de 2008, en la cual la Superintendencia de Servicios Públicos, desató el recurso de reposición interpuesto por la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** contra la Resolución N° 20082400000465 de 4 de enero de 2008, confirmando íntegramente el acto impugnado.

I.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

I.2.1. El 7 de julio de 2006, la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible de la Superintendencia, solicitó apertura de investigación contra la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** por presuntas infracciones relacionadas con la prestación del servicio de gas combustible en el municipio de Yopal.

I.2.2. El 11 de agosto de 2006 se formuló pliego de cargos a la precitada empresa. Con memorial del 25 de agosto de 2006 el Gerente General dio respuesta a dicha imputación.

I.2.3. El 4 de enero de 2008 se expide la Resolución No. SSPD-20082400000465, por medio de la cual se sanciona pecuniariamente a la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** y en la que se argumentó que no se dio cumplimiento al artículo 37 de la resolución CREG 11 de 2003.

I.2.4. El 28 de febrero de 2008, la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** a través de apoderado, interpone recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio el cual es resuelto mediante Resolución No.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

20082400045845 de noviembre de 2008, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

I.3. Las normas que se consideran violadas y el concepto de la violación fueron expuestos así:

I.3.1. Caducidad de la Facultad Sancionatoria

Manifestó que operó la caducidad administrativa del acto sancionatorio por las siguientes razones:

- Según las Resoluciones censuradas, la sanción se origina porque la actora no suscribió contratos de suministro y transporte de gas natural a la entrada en vigencia de la Resolución 11 de 2003, es decir el 12 de febrero de 2003.

- La notificación del acto sancionatorio se efectuó el 25 de febrero de 2008, a través del Edicto 0117, de manera que la Superintendencia ejerció la facultad sancionatoria cinco (5) años después de acaecido el hecho objeto de sanción, en otras palabras, por fuera del término de tres años previsto en el artículo 38 del C.C.A.

Aclaró, que la obligación de suscribir el contrato consiste en un acto de ejecución instantánea, no es una conducta continuada, como lo quiere hacer ver la Superintendencia en respaldo de la sanción, es decir, que, a juicio de la actora el hecho sancionatorio consiste en la no suscripción de contrato al momento en que entró en vigencia la Resolución 11 de 2003.

Al no imponer la sanción en el término de tres años, contados a partir de la entrada en rigor de la pluricitada Resolución, la Administración perdió la capacidad legal para sancionar a la demandante.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

I.3.2. Falta de Competencia para Expedir el Acto Sancionatorio

Afirmó que con fundamento en lo previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, la decisión se adoptó en forma extemporánea, pues, tomando en cuenta que la primera comunicación de la Superintendencia es el Pliego de Cargos formulado el 11 de agosto de 2006, acorde con el artículo 111 citado, la Superintendencia tenía cinco (5) meses para imponer la sanción, los cuales vencieron el 11 de enero de 2007, fecha en la cual no se había tomado ninguna decisión que pusiera fin a la actuación administrativa. En consecuencia, como aquí la imposición de la multa se dio el 4 de enero de 2008, diecisiete (17) meses después de vencido el término para interponerla, esa actuación es ilegal y, por ende, nula.

La Superintendencia por medio de los actos acusados ha dicho equivocadamente que el término de cinco (5) meses otorgado por la ley no es un término perentorio, argumento que resulta totalmente arbitrario pues se trata de un término obligatorio para esa Entidad.

Así mismo, hay que tener en cuenta que estando frente a un proceso sancionatorio, en aras de la seguridad jurídica y el debido proceso, el administrado debe tener una certeza sobre el tiempo que tiene la Administración para castigarlo.

I.3.3. Falsa motivación

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

I.3.3.1. Cumplimiento por la sociedad GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. de lo Previsto en el artículo 37 de la Resolución 11 de 2003 expedida por la CREG

Precisó la actora que para el cumplimiento al artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003, la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** suscribió con **ECOPETROL** el contrato GAS-019-2002 y el otrosí No. 1, con los cuales, a juicio de la actora, se cumplía esa exigencia, pero aquellos negocios fueron glosados por la Superintendencia, aduciendo que en los mismos se evidencia que el suministro estaba condicionado por circunstancias que no están dentro de las previstas en la norma y que no se garantiza la continuidad del suministro como lo exige el artículo 37 citado.

Advirtió la actora, que la diferencia entre la norma y las cláusulas no es sustantiva sino dialéctica, pues en el contrato se dice que habrá suministro mientras haya reservas y técnicamente sea posible y la Superintendencia exige que en el contrato se debe decir que habrá suministro todos los días excepto cuando se programen labores de mantenimiento.

Al respecto manifestó que las labores de mantenimiento se programan cuando hay dificultad en el suministro y/o cuando técnicamente éste no sea posible.

Adicionalmente aclaró que la excepción que trae el contrato suscrito con **ECOPETROL** es razonable pues a ningún proveedor se le puede exigir que surta de gas cuando técnicamente sea imposible, pues se pueden presentar circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que impidan la prestación del servicio.

Así las cosas, la razón por la cual se impone la sanción es infundada, pues exigir que el clausulado de un contrato sea literalmente el mismo que trae una

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

resolución es un exabrupto, máxime si en la forma en que está redactado el negocio se cumplen con los requerimientos normativos generales, según quedó expuesto.

Expresó, además, que la interpretación que hizo la Superintendencia del contenido del artículo 37 de la Resolución 11 de 2003 proferida por la CREG, es sesgada, porque al revisar la prueba documental (contrato y otrosí), se colige que la Empresa de Servicios cumplió con la exigencia del artículo 37 *ibídem*, motivo por el cual considerando que la sanción contiene motivación falsa y errada, que admite su declaratoria de nulidad.

I.3.3.2. Obligación de Ecopetrol en virtud del contrato de gas -019 -2002

Expuso la actora que el Estado, a través del Ministerio de Minas, al autorizar la prestación del servicio, se está comprometiendo a garantizar el suministro de gas, porque la misma normatividad define el carácter de esencial y prioritario de dicho servicio, de manera que sobra cualquier estipulación contractual en este sentido.

Señaló que ECOPETROL, al ser la única empresa con posibilidad de suministrar gas natural con destino al consumo residencial de la ciudad de Yopal, hace parte de la cadena de suministro, por tanto, se responsabiliza por la prestación continua de un servicio público sujeto a las disposiciones legales propias del mismo, especialmente a lo establecido en la Ley 142 de 1994, tiene deberes y responsabilidades inherentes al servicio que está ejecutando, las cuales son impuestas por la ley; en consecuencia, ECOPETROL está obligado a cumplir.

I.3.3.3. Carácter conmutativo del contrato para la sociedad GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. y ECOPETROL

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Indicó que la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**, conocía las condiciones para la suscripción del contrato de suministro con **ECOPETROL** desde el mismo momento en que lo firmó; **ECOPETROL** aceptó entregar gas del Campo Morichal, y por tanto acepta que su responsabilidad de entregar el gas siempre ha sido prioritaria ya que el servicio domiciliario es público y esencial.

Advirtió que si con posterioridad a la suscripción del contrato se expidió una nueva reglamentación, como fue la Resolución 11 de 2003, por la cual se establecieron las fórmulas generales para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por redes de tubería, ello implica una obligación correlativa para el productor que suministra el gas, es decir, envuelve para **ECOPETROL** la obligación de garantizar el suministro continuo de gas, en consecuencia, la sanción no es legal ni razonable.

I.3.3.4. Inexistencia de la Infracción

Argumentó la actora que en el caso concreto, se impuso una sanción por el simple hecho de no mostrar un contrato cuyo texto fuera idéntico al que preveía la Resolución de la CREG, pero no está demostrada la culpa de la actora, pues no está acreditada la deficiencia en la prestación del servicio de gas, y, en consecuencia, la sanción carece de fundamento, pues se respalda en una responsabilidad objetiva, acudiendo a un criterio sancionatorio basado en un eventual riesgo de desabastecimiento, que tratándose de suministro de servicios públicos domiciliarios siempre existirá, hecho hipotético que no puede ser penalizado en un Estado Social de Derecho, por ende debe declararse la nulidad.

I.4.- La entidad demandada defendió la legalidad de los actos acusados así:

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

I.4.1. En relación con el primer cargo, expresó la entidad demandada que la sanción no se impuso a la empresa por el hecho de haber suscrito el contrato con ECOPETROL S.A., sino precisamente por el hecho omisivo de no contar con un contrato vigente que garantizara la prestación continua del servicio, en tanto que es clara la obligación en tal sentido en cabeza de la empresa, de acuerdo con lo que se desprende de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003.

Aclaró que resulta obvio que lo que se dio en este caso fue una conducta omisiva por parte de la empresa al no cumplir con la obligación indicada, conducta que se prolonga en el tiempo hasta que efectivamente se suscriba y ponga en vigencia un contrato que garantice la prestación continua del servicio, por lo que dicha conducta solamente finaliza hasta que efectivamente se produzca ese hecho, y es a partir de ese momento que se puede contabilizar el término de caducidad contemplado en el artículo 38 del C.C.A.

Es decir el no celebrar el contrato en los términos del Artículo 37, inciso cuarto, conduce a que la empresa este incumpliendo tal obligación, hasta el momento en que aquel se suscriba.

Mencionó sentencias del Consejo de Estado que con respecto a las conductas continuadas, han señalado que aquellas no finalizan en el primer momento, sino que siguen vigentes en el tiempo, hasta que cesen.

Precisó que lo anterior tiene perfecta aplicación al caso objeto del presente proceso, en el sentido que la conducta cesaría en el momento que la empresa demandante firmara un contrato que garantizara el suministro continuo para atender debidamente el mercado de Yopal-Casanare, lo cual no se hizo en ningún momento, por lo tanto su conducta no cesó y, en consecuencia, no es de recibo aceptar el argumento de la demandante, ya que se está tomando como

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

referencia para determinar la caducidad el momento en que se inició la conducta, situación inaceptable desde el punto de vista jurídico y lógico.

Sostuvo que se encuentra probado que al momento de iniciarse la investigación, e incluso de imponerse la sanción administrativa por parte de la SSPD, la conducta omisiva de la empresa seguía produciéndose de manera continua, por lo que no existía ninguna razón de hecho que permitiera comenzar con la contabilización del término de caducidad en la fecha en que comenzó a regir la Resolución CREG.

I.4.2. Respecto del cargo de falta de competencia de la entidad que impuso la sanción, observó ésta que los argumentos no tocan la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sino la oportunidad que esta tenía para resolver.

Indicó que el argumento expuesto por parte de la empresa demandante, carece de asidero jurídico, pues el término contenido en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, no es un término de carácter perentorio, que implique la pérdida de la facultad sancionatoria de la entidad. Estos términos pueden ser incumplidos, siempre que exista una justificación razonable y legítima en la medida que responda a una situación insuperable.

En cuanto a la falta de competencia de la Superintendencia para expedir el acto, adujo que se debe tener en cuenta que la misma, como entidad estatal con funciones de inspección, vigilancia y control conforme a lo dispuesto en los artículos 365 y 370 de la Constitución Política, y en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a los criterios para imponer la sanción, explicó que ésta se justificó con base en los aspectos señalados en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994,

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

específicamente la naturaleza y la gravedad de la falta y el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio. También consideró la entidad que se obró con base en el principio de proporcionalidad de la sanción, evitando el desbordamiento de la actuación represiva, encausándola dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, y tasándola dentro del límite especificado en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, es decir hasta 2.000 S.M.M.L.V.

I.4.3. Respecto del cargo de falsa motivación consideró la demandada que no es aceptable, pues si bien es cierto que bajo la vigencia de la Resolución CREG 057 de 1996, mediante el contrato que había celebrado con ECOPETROL S.A., la empresa garantizaba la prestación del servicio, es también cierto que bajo la nueva Resolución CREG 11 de 2003, éste no permite a la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** cumplir las obligaciones en lo relacionado con la continuidad del servicio.

Advirtió que no es que se esté exigiendo que el clausulado de un contrato sea el mismo que trae la Resolución, lo que exige es que el contrato se firme bajo las condiciones que impone la nueva normatividad, a lo que la empresa hizo caso omiso, puesto que pretendió cumplir con un contrato firmado con anterioridad, que establecía “(...) *que habrá suministro mientras hay reservas y técnicamente sea posible* (...)”, lo cual no daba ninguna seguridad en la prestación continua del servicio, pues es diferente que el suministro se suspenda cuando se programen labores de mantenimiento, a que se pueda ver afectado por falta de reservas o problemas técnicos.

Por lo anterior queda claro que el contrato firmado por la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**, no garantizaba firmeza en el servicio, por que estaba condicionado a que existiera disponibilidad de suministro.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Puntualizó que es claro que la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** conocía la norma que la obligaba a contar con un contrato en firme que garantizara el suministro continuo e ininterrumpido de gas a la población de Yopal-Casanare, pero a pesar de esto no buscó alternativas diferentes al contrato con **ECOPETROL S.A.**, para dar una solución y cumplir con la regulación que le imponía tal obligación.

Anotó que **ECOPETROL** no es el único productor de gas natural que tiene el país, ni Campo Morichal es el único sitio de donde se puede extraer el combustible, pese a lo cual la demandante alega que siendo **ECOPETROL** el único prestador del servicio, es el culpable de que no se haya suscrito el contrato.

Aclaró sobre ese aspecto, que una cosa son las obligaciones de **ECOPETROL** con la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** y otra la obligación de ésta frente a la Resolución CREG 11 de 2003, las cuales no se pueden confundir, ya que era la prestadora la obligada a cumplir su obligación de prestar un servicio constante.

Por último, dado que la sancionada fue una persona jurídica y no una persona natural, no se consideró de recibo el argumento de la actora conforme al cual el Artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en su último inciso establece que *“Las sanciones que se impongan a personas naturales se hará previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrá fundarse en criterios de responsabilidad objetiva”*.

Finalmente, destacó la demandada que de las funciones de control y vigilancia que le otorga la ley a la Superintendencia emana la facultad de imponer sanciones, como se ha ratificado por el Consejo de Estado:

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por la Superintendencia en cada uno de los actos administrativos, cuyos planteamientos reitera, solicita al Despacho que al momento de proferir el fallo, se declare probada la excepción de legalidad del acto administrativo demandado, expedido por la Superintendencia Delegada para Energía y Gas, se denieguen las súplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales a la actora.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad de las Resoluciones demandadas con base en los siguientes argumentos:

Advirtió que la caducidad de la facultad sancionatoria argumentada por la actora no se presentaba por cuanto la conducta imputada como falta a la demandante es una omisión.

Sostuvo que el hecho de que la sanción no se produjo en el término de cinco (5) meses que consagra el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, no implica pérdida de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues la Ley no consagra esa consecuencia, de manera que, a lo sumo, el hecho podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria si la demora no está justificada, pero no a la pérdida de competencia.

Acotó que se encuentra probada la existencia del Contrato 019 de 2002 celebrado entre la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** y **ECOPETROL S.A.** y del Otro si al mismo, a través del cual la vigencia del contrato se cambió del 31 de diciembre de 2004, inicialmente pactada, al 30 de junio de 2005.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Realizó un análisis del pliego de cargos y señaló que en el mismo se planteó como hecho constitutivo de la falta disciplinaria el no tener un contrato que asegurara la continuidad del servicio al mercado que atendía la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** en el municipio de Yopal, con lo cual se quebrantaba el artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003.

Precisó que en la Resolución sancionatoria: (i) se indicó que es importante que las empresas de servicios públicos garanticen la continuidad en la prestación de los mismos; (ii) se estableció que el contrato celebrado entre la actora y ECOPETROL S.A. no permite tal garantía por tratarse de un contrato que en los términos del Decreto 15115 de 2002 no garantiza firmeza y (iii) se impuso una sanción pecuniaria.

Añadió que en la Resolución que resolvió el recurso de reposición se confirmó la sanción impuesta.

Mencionó que de conformidad con la Constitución Política (artículo 6), los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Acorde con el artículo 29 *ibídem*, nadie puede ser juzgado sino conforme con leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, entre otras garantías. Y según los artículos 367 y siguientes del mismo Estatuto, es la ley la que fija las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, así como los deberes y derechos de los usuarios y el régimen de su protección.

Con fundamento en lo anterior advirtió que existe reserva legal en materia de servicios públicos y, por ende, ni las Comisiones Regulatoras ni las Superintendencias tienen competencias para fijar obligaciones, deberes y prohibiciones en materia de servicios públicos domiciliarios, ni establecer las

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

clases de contratos que deben suscribir los productores, comercializadores y prestadores de los servicios públicos domiciliarios.

Acotó que el Decreto 1515 de 2002, no impuso a las empresas la obligación de celebrar determinado tipo de contratos, limitándose a definir lo que debe entenderse por contratos que garantizan firmeza, contratos que garantizan firmeza parcial, contratos que no garantizan firmeza y contratos mixtos. Y así mismo, señaló que en virtud del principio de reserva legal, la Resolución CREG 011 de 2003, simplemente se limitó a establecer los criterios generales para remunerar las actividades de distribución y comercialización de gas combustible y las fórmulas generales para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por redes de tubería, y no a establecer qué tipos de contratos deben celebrar o debían celebrar los productores, comercializadores y distribuidores de gas.

Afirmó que si acorde con el artículo 6 de la Constitución Política, los particulares (la entidad demandante tiene ese carácter), no son responsables sino por violación de la Constitución y la ley; si las normas no imponen ni como obligación ni como deber suscribir los denominados contratos que garanticen firmeza, no se sabe de dónde resulta la presunta falta por la cual fue sancionada con una multa de \$ 461.500.000 por la Superintendencia de Servicios Públicos.

Explicó que es cierto que las Superintendencias tienen fundamento constitucional y que ejercen ciertas funciones, dentro de las que se cuentan las relativas a la inspección, vigilancia y control sobre las personas naturales y jurídicas que tienen por objeto la producción, comercialización y distribución de gas domiciliario, bajo la orientación del Presidente de la República, pero tal competencia debe ser ejercida con absoluto ceñimiento a las pautas contenidas en la ley.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Por ello consideró que no había razón para que, sin existir norma legal que imponga la obligación de celebrar esa clase de contratos, se abriera investigación y se sancionara en la forma que se observa en los actos demandados.

Encontró que los cargos formulados por la actora resultaban aceptables considerando que: (i) **ECOPETROL S.A.** es la Institución del Estado que se encarga de administrar y comercializar los hidrocarburos, entre ellos el gas; (ii) dicha entidad tenía celebrado los Contratos 019 de 2002 y su Otrosí No. 01, con la sociedad **GASES DE CUSIANA S.A. E.S.P.**, con la finalidad de que ésta suministrara gas a la población de Yopal; (iii) la Ley 401 de 1997 había priorizado la distribución de gas cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia, no transitorias, que impidan garantizar un mínimo de abastecimiento de la demanda, norma que a su vez quedaba de hecho incorporada en los contratos de suministro de gas antes mencionados en virtud de lo establecido en el artículo 978 del CCo. que establece: *“Cuando la prestación que es objeto de suministro está regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos.”*

Concluyó que efectivamente no existe falta que ameritara investigación por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en contra de la empresa **GASES DE CUSIANA S.A. E.S.P.**, y encontró probada la falsa motivación y la inexistencia de la falta que conllevara a la imposición de una sanción, motivos que encontró suficientes para decretar la nulidad de los actos demandados.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

El apoderado de **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, fincó su inconformidad, en esencia, en que:

Advirtió que en el presente caso el Tribunal analizó un cargo no planteado: la violación de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política, y declaró la nulidad con fundamento en una violación que no contiene la demanda.

Precisó que la actora no invocó el artículo 6° de la Constitución Política ni el principio de legalidad ni el derecho al debido proceso que el Tribunal argumentó en el fallo que se recurre.

Tampoco mencionó la actora la reserva de ley, ni la inexistencia de una norma legal que estableciera la obligación de la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.** de contar con contratos que garantizaran con firmeza el suministro de gas.

Por lo tanto el Tribunal abordó el juicio de los actos demandados a la luz de los cargos de la demanda, e interpretando nuevos cargos que ni siquiera fueron objeto de debate en la actuación administrativa, y por ende, sobre los cuales tampoco se había agotado la vía gubernativa.

Es por todo esto, que la recurrente se aparta de la sentencia que declaró probada la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y habiendo evidenciado que el tribunal Administrativo no podía declarar la nulidad por cargos no planteados en la demanda, considera que se debe revocar la sentencia impugnada.

No obstante, añadió que si el argumento anterior no es suficiente debe tomarse en cuenta que si bien el régimen sancionatorio implica un apego especial a los

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

derechos al debido proceso y al principio de legalidad, es claro que no se aplica en el mismo rigor tratándose de regímenes sancionatorios de carácter administrativo y no penal.

Indicó que se puede establecer, acorde con la jurisprudencia, que efectivamente dentro de los principios rectores del derecho sancionador administrativo se encuentran el de legalidad que se refiere a que toda sanción debe tener fundamento en la ley, y la tipicidad que hace referencia a la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones.

Advirtió que el Tribunal Administrativo de Casanare fusiona los dos aspectos y concluye que la sanción violó el principio de legalidad, aunque no tuvo en cuenta que la Ley 142 de 1994, no sólo le confiere competencias a la Superintendencia de Servicios Públicos, sino que además contiene en sus artículos 79 y 81, la previsión de carácter “legal” de las implicaciones sancionatorias que acarrea a quienes presten servicios públicos domiciliarios el incumplimiento de sus obligaciones.

Estimó que, contrario a lo expresado por el Tribunal, sí se ha respetado el principio de legalidad por las siguientes razones: (i) la norma que contiene la sanción y el monto tiene rango de ley; (ii) la multa impuesta se encuentra prevista como una de las posibles sanciones en el numeral 81.2 de la Ley 142 de 1994; (iii) el monto de la misma se encuentra dentro del rango permitido por la ley, al ser inferior al máximo de 2.000 salarios mínimos legales mensuales; (iv) la norma se encontraba vigente desde antes de la ocurrencia de los hechos que motivan la sanción (preexistencia).

De lo anterior derivó la entidad demandada que la sanción tuvo fundamento en la ley y no hay violación al principio de legalidad o al debido proceso.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Añadió en relación con la TIPICIDAD, que es la descripción de la conducta que amerita el reproche, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 que faculta a la Superintendencia para sancionar, remite a otras normas cuando menciona que las sanciones podrán imponerse “a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas”.

Destacó que la ley no se refiere a “las leyes” sino a “las normas” por lo que no solo se remite a disposiciones con rango de ley, sino también a normas de carácter reglamentario.

Acotó que esto es lo que se ha denominado tipo en blanco, que la doctrina del derecho penal sancionatorio ha desarrollado, y que la Corte Constitucional ha avalado, ya que dada la complejidad de los comportamientos que se pretenden cubrir con una norma, se hace no solo dispendioso sino principalmente ineficiente, que en el mismo texto de la ley que fija la sanción, se incluyan definiciones que ya otra norma (leyes o decretos o reglamentos) ha establecido.

Entonces, si aún en derecho penal se ha determinado que los tipos penales en blanco son ajustados al principio de legalidad, más aún son aplicables en regímenes sancionatorios administrativos, siendo válido también que el reenvío para complementación de la descripción de la conducta que genere el reproche esté contenido en una norma reglamentaria, como lo son las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que se ha demostrado que las Resoluciones demandadas no han violado ni el principio de legalidad ni el derecho al debido proceso, consideró que se debe revocar la sentencia impugnada y en su lugar se deben rechazar las pretensiones de la demanda.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, hoy inciso 1º del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, la Sala se limitará a conocer los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

V.2. Las disposiciones demandadas son las Resoluciones SSPD- 20082400000465 de 4 de enero de 2008, por medio de la cual se impone una sanción pecuniaria a la empresa y SSPD- 20082400045645 de 5 de noviembre del mismo año, a través de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto.

La Resolución SSPD- 20082400000465 de 4 de enero de 2008 es del siguiente tenor:

***Resolución No. SSPD-20082400000465 del 04-0 -2008-
Expediente Nro. 2006240000072***

***Por medio de la cual se impone una sanción a una Empresa de
Servicios Públicos.***

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

El Superintendente Delegado para Energía y Gas, en ejercicio de la funciones conferidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001, el Decreto 990 de 2002, la Resolución No. 000021 del 05 de enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, (...)

CONSIDERANDO

1. Antecedentes:

1.1. *Que la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible de la Superintendencia solicitó a esta Dirección mediante memorando 2006-230-0042833 del 7 de julio de 2006 (folio1), la apertura de investigación a la empresa GASES DE CUSIANA S.A. E.S.P. por presuntas infracciones relacionadas con la prestación del servicio de gas combustible por red en el municipio de Yopal. Para el efecto anexó Informe Técnico No. ITG-2006-12 (folio 2 a 100).*

1.2. *Que con fundamento en lo anterior, este Despacho decidió iniciar actuación administrativa y formular pliego de cargos a la empresa GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.(FOLIO 103 a 106) por presuntas infracciones relacionadas con la prestación del servicio de gas combustible por red en el municipio de Yopal, mediante comunicación SSPD 200623400416131 del 11 de agosto de 2006.*

1.3. *Que con oficio del 25 de agosto de 2006 con radicado No. 2006-529-029379-2 el Gerente General, dio respuesta al pliego de cargos (Folios 109 a 114).*

2. Análisis:

Que el Despacho, con fundamento en los argumentos y las pruebas que obran en el expediente, procede a motivar su decisión tal como lo dispone en el artículo 35 del C.C.A., así:

2.1. Hecho:

Estando en vigencia la Resolución CREG 11 de 2003, GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. no tenía presuntamente contrato que asegurara la continuidad del servicio al mercado que atendía en el municipio de Yopal.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

2.2. Normas presuntamente violadas:

“Artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003.

“Artículo 37. OBLIGACIONES DE COMPRAR GAS COMBUSTIBLE EN CONDICIONES DE LIBRE CONCURRENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 35, 73,16 y 74.1 de la Ley 142 de 1994, los Comercializadores de Gas Combustible por Redes de Tubería a Usuarios Regulados, deben hacer uso de reglas que aseguren procedimientos abiertos de compras de gas, igualdad de condiciones entre los proponentes y su libre concurrencia teniendo en cuenta las fuentes disponibles y la oferta de cualquier Productor-Comercializador o Comercializador.

“Para ello solicitarán y darán oportunidad a los Productores-Comercializadores y Comercializadores para que presenten sus propuestas de venta, las cuales serán evaluadas con base en factores de precio y condiciones de suministro. Las empresas Comercializadoras deben realizar todas las compras de gas destinadas a cubrir la demanda de los Usuarios Regulados, mediante convocatorias públicas que aseguren la libre competencia de los oferentes.

“Para estimular la concurrencia entre Productores-Comercializadores o Comercializadores, los esquemas de solicitud utilizados para atender la demanda de cada empresa deberán permitir la oferta de suministros parciales por distintos Productores-Comercializadores o comercializadores. Con base en lo anterior, las empresas Comercializadoras deberán garantizar que la suma de los componentes de suministro y transporte de gas de la Fórmula Tarifaria es la mínima obtenible, según el procedimiento anterior, para atender a los Usuarios Regulados.

“Todo Comercializador que atienda Usuarios Regulados deberá tener contratos vigentes de suministro y transporte de gas combustible que aseguren la continuidad del servicio al mercado atendido en los términos establecidos en el Decreto 1515 de 2002, o aquellos que lo sustituyan, modifiquen o complementen. (Subrayas fuera del texto).

“Parágrafo 2. Todos los contratos de compra y venta de gas combustible deberán ser enviados a la Comisión y a la Superintendencia, cuando de conformidad con la Ley, éstas lo soliciten.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

2.3. Pruebas:

- *Memorando 20062800042833 del 7 de julio de 2006, proveniente de la Dirección de Gestión Técnica de Gestión de Gas Combustible de esta Superintendencia y sus anexos, a folio 1 a 100 del expediente.*
- *Pruebas documentales aportadas por la empresa a saber:*

Diligencia de notificación personal de la Resolución CREG 100 de 2004. Publicación en el diario oficial No. 45.791 de fecha 14/01/05.

24. Argumentos de la empresa:

En los Descargos, se manifiesta por parte de la apoderada de la Empresa investigada lo siguiente:

1. “Efectivamente la empresa GASES DE CUSIANA suscribió contrato con la empresa ECOPETROL S.A. el 23 de diciembre de 2004 otro sí No. 1 al contrato de suministro de gas GAS-019-2002, con el objeto de ampliar el plazo de ejecución hasta el 30 de julio de 2005.

2. El marco tarifario para la empresa Gases del Cusiana comenzó a aplicar para el municipio de Yopal, a partir de febrero de 2005, como consta en la publicación realizada en el diario la República el 1/03/2005.

3. La Resolución CREG 100 de 2004 mediante la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto por Gases del Cusiana en contra de la Resolución CREG 024 fue notificada al representante legal el día 3/01/05 (anexo notificación).

4. La Resolución CREG 1000 de 2004, fue publicada en el diario oficial hasta el 14/01/05 (anexo Publicación).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones encontramos razonable la actuación de la empresa Gases del Cusiana, puesto que en la fecha que realizó la firma del otro sí que modificaba el plazo del contrato de suministro hasta el 30 de junio de 2005, es decir, 23 de diciembre de 2004 se encontraban vigentes los efectos de la Resolución CREG 057 de 1996.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Igualmente, para efectos de la publicidad al acto en mención y poner en conocimiento de terceros, la publicación en diario oficial se ejecuto el día 14/01/05.

En vista de la imposibilidad de la empresa en actuar bajo los efectos de una normatividad que para la fecha de prórroga del contrato de suministro no era vigente, y ante el desconocimiento en su momento del acto administrativo que resolvía el recurso de reposición interpuesto por la empresa, facultó a Gases del Cusiana a firmar el otro sí al contrato 019 de 2002”.

2.5. Consideraciones del Despacho:

Considera importante el Despacho aclarar que el cargo que se endilga se refiere a la seguridad que debe brindar la empresa en la continuidad de la prestación del servicio, tal como lo establece el artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003 a saber:

“Todo Comercializador que atienda Usuarios Regulados deberá tener contratos vigentes de suministro y transporte de gas combustible que aseguren la continuidad del servicio al mercado atendido, en los términos establecidos en el Decreto 1515 de 2002, o aquellos que lo sustituyan, modifiquen o complementen (Subrayas fuera del texto).

No resulta de recibo entonces, el argumento del prestador en el cual parece confundir dos premisas que confluyen pero no son iguales, esto es, que el contrato de suministro de gas GAS-019-2002 y su otrosí se rigen por las normas vigentes a la fecha de su firma, lo cual atiende perfectamente el principio del derecho contractual y este Despacho comparte; sin embargo, una segunda premisa resulta falsa cuando la empresa pretende relacionar directamente sus obligaciones como prestador con el contrato citado.

En efecto, que el contrato GAS-019-2002 firmado en vigencia de la Resolución CREG 057 de 1996 esté sujeto a las reglas que le sean aplicables de acuerdo a dicha normatividad, no implica de ninguna manera, que al ser expedida la Resolución CREG 011 de 2003 imponiendo nuevas obligaciones a los prestadores, la empresa GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P., se considere excluida y amparada en virtud de la vigencia del ya referido contrato.

Es precisamente ese el reproche que le eleva este Despacho en el pliego de cargos a la empresa, pues si bien, en vigencia de la Resolución CREG 057 de 1996, la empresa garantizaba sus

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

obligaciones regulatorias mediante el contrato GAS-019-2002; es claro también que ante las nuevas exigencias establecidas en la Resolución CREG 011 de 2003, dicho contrato no concede a GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P., el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas en lo relacionado con la continuidad del servicio.

Procede en esos términos la elaboración del siguiente análisis:

Es propio aclarar en principio que la Resolución CREG 011 de 2003 era aplicable desde la fecha de su publicación y debía ser acatada por todos y cada uno de los prestadores a quienes estaba dirigida, entre ellos, GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P., por lo tanto, ante la nueva exigencia regulatoria, los contratos de suministro y transporte de gas combustible deben ajustarse a las definiciones establecidas por el Decreto 1515 de 2002, derogado por el Decreto 1484 de 2005 que para el caso nos aplica en lo pertinente el artículo No. 1 en el cual señala:

Contratos que garantizan firmeza: Contratos en los que el Productor – Comercializador, el Comercializador-Distribuidor-Comercializador o el Transportador garantiza el suministro o transporte por redes de tubería según el caso, de un volumen máximo de gas natural durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

Contratos que garantizan firmeza parcial: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el transportador se compromete a vender o transportar por redes de tubería, según el caso, un volumen máximo de gas natural durante un período determinado, pero las cláusulas contractuales le permiten exonerarse durante algunos días diferentes a los establecidos para mantenimiento y labores programadas, sin cumplir, el contrato, para entregar o transportar la cantidad máxima de gas natural, de acuerdo con los términos y condiciones acordadas previamente.

Contratos que no garantizan firmeza: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador se compromete a vender o transportar por redes de tubería, según el caso, un volumen de gas natural en el momento en que se requiera, pero el contrato está condicionado a que exista disponibilidad de suministro o transporte de gas natural. Para los efectos de este decreto, los contratos no escritos no garantizan firmeza”.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

Una vez analizada la obligatoria e inmediata aplicabilidad de la Resolución CREG 011 de 2003 y por consiguiente la procedencia de los términos definidos en los Decretos 1515 de 2002 y 1484 de 2005 en su oportunidad, frente a las condiciones de contratos que garantizan firmeza, procede analizar la naturaleza del contrato suscrito por GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. con ECOPETROL para el suministro de gas combustible con destino a su mercado regulado, y con el cual pretendía garantizar la continuidad del Servicios:

La Empresa GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. suscribió con la Empresa Colombiana de Petróleos el Contrato Gas-019 -2002, el cual tenía como plazo la ejecución, cuando menos, hasta el 30 de junio de 2005. Dentro de su articulado estableció lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES-

(...)

“Cantidad Diaria de Gas Ocasional Morichal, CDGOM: Es la cantidad de Energía diaria solicitada; que puede ser entregada por EL VENDEDOR a EL COMPRADOR proveniente del campo Morichal, sujeta a la disponibilidad de GAS de EL VENDEDOR, expresada en GJ (MBTU) por día.

CLÁUSULA TERCERA ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES DE GAS NATURAL Y LAS NOMINACIONES.

“3.1. En tanto existan reservas y el suministro sea técnicamente factible, desde la Fecha de inicio del Plazo Contractual y durante el plazo de ejecución del presente contrato, EL VENDEDOR se compromete a entregar a EL COMPRADOR, o quien posteriormente esté designe, para cada día, una cantidad de energía diaria adicional a la CDFG establecida en el numeral 3.1., proveniente de los campos de Cusiana y Cupiagua denominada CDGOC, bajo las condiciones de precio establecidas en el numeral 10.1 del presente contrato. Adicionalmente EL VENDEDOR podrá entregar a su entera discreción, previa solicitud de EL COMPRADOR, una cantidad de energía diaria ocasional proveniente del campo Morichal, denominada CDGOM la cual se establece en 316,5168 GJ/Día (300MBTU) para efectos de aplicar las condiciones de precio establecidas en el numeral 10,1 del presente contrato”.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

CLÁUSULA CUARTA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y GAS OBJETO DEL CONTRATO

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento de imposibilidad parcial o total para el suministro del gas objeto de este contrato por causas diferentes a fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente, EL VENDEDOR podrá suministrar, en el (los) fuente (s) de suministro, que cumpla con las especificaciones de calidad establecidas en el Anexo A del presente contrato, sin que por ello se modifiquen las condiciones de precio de este contrato; si finalmente no es posible el suministro de gas por razones diferentes a fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente, se procederá como se indica en la cláusula sexta”.

Así las cosas, conforme a las definiciones citadas en los Decretos 1515 de 2002 y 1484 de 2005, el contrato Gas 019-2002 y el Otrosí No. 1 suscrito entre Ecopetrol y Gases del Cusiana, tal como lo establece la cláusula tercera en el numeral 3.1., es un contrato que no garantiza firmeza, toda vez que está condicionado a que “... (sic) ...existan reservas y el suministro sea técnicamente factible”, estableciendo de antemano eximentes diferentes a los establecidos en los Decretos precitados, esto es:

“(...

*“**Contratos que garantizan firmeza:** (...) excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas...”*

En este orden de ideas se concluye que durante la vigencia de la Resolución CREG 011 de 2003, GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P., tenía la obligación de contar con contratos vigentes de suministro y transporte que garantizaran la continuidad del servicio para atender su mercado regulado, es decir, contratos que garantizaran firmeza en los términos del Decreto 1515 de 2002 y Decreto 1484 de 2005 que lo derogó.

La empresa GASES DEL CUSIANA S.A E.S.P., pretendió dar cumplimiento a dicha obligación mediante el contrato GAS-019-2022 y el Otrosí No. 1, suscrito con ECOPETROL, el cual, al ser objeto de análisis en su clausulado, evidencia que el suministro se encuentra condicionado por circunstancias que no atienden a aquellas previstas como excepcionales dentro de la norma, y por tanto, se infiere con

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

certeza que no es posible predicar firmeza respecto del referido contrato y por tanto, tampoco se garantiza la continuidad en el suministro como lo reclama el artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003.

De tal suerte, procede el reproche que se le endilga a la empresa y la consecuencia jurídica prevista.

Respecto de los descargos 2, 3 y 4, el Despacho considera pertinente no pronunciarse por encontrar que carecen de conexidad directa y por ende relevancia para el caso que nos ocupa.

3. Justificación de la Decisión:

Evalutados los hechos y las pruebas obrantes en el expediente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, numeral 79.1, considera que se violaron las siguientes normas:

Artículo 37 de la Resolución CREG 1 de 2003.

La continuidad en la prestación del servicio es uno de los objetivos que definen el cumplimiento de los fines sociales perseguidos con la implementación del régimen de los servicios públicos. Es por eso, que el regulador, ha planteado criterios normativos que los prestadores deben cumplir a cabalidad y que en el caso que nos ocupa, están llamados a garantizar al usuario final que va a contar con la prestación efectiva del servicio en su hogar o industria. El incumplimiento de dicha normativa, pone innecesariamente en riesgo el abastecimiento del mercado atendido por el infractor y cuando como consecuencia de dicha conducta, deviene una situación de falta de suministro y posterior abastecimiento, la afectación al usuario resulta de tal importancia que la conclusión respecto del prestador debe tomarse efectivamente disuasiva de la conducta en el mercado.

En consecuencia, este Despacho, de conformidad con el artículo 81 de la ley 142 de 1994, y teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de la falta, 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, procederá a imponer sanción de multa a la EMPRESA GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

En mérito de lo expuesto se

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer sanción pecuniaria a la empresa GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P., a favor de la Nación, por un valor de cuatrocientos sesenta y un millones quinientos mil pesos moneda legal colombiana (\$461.500.000), la cual se hará efectiva en el término de diez (10) días hábiles a partir de la ejecutoriada esta Resolución, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

ARTÍCULO TERCERO.- Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al Doctor ALEXANDER MONTAÑA MARTÍNEZ, en su calidad de representante legal de la EMPRESA GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, en la calle 47ª No. 30-08 Caudal Alto, Villavicencio- (Meta) haciéndole entrega de una copia y advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Energía y Gas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su notificación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C.

DAVID ALFREDO RIAÑO ALARCÓN
Superintendente Delegado para Energía y Gas

A través de la Resolución SSPD- 20082400045645 de 5 de noviembre de 2008, se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto y en ella se reiteraron los argumentos de la decisión recurrida.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

V.3. El análisis de la normativa demandada permite a la Sala concluir que, efectivamente, como lo demostró el apelante, y contrario a lo afirmado por el a quo, la sanción no se impuso por no haberse firmado un contrato en los términos del Decreto 1515 de 2002, sino por violación del artículo 37 de la Resolución CREG 11 de 2003, norma que establecía:

“Todo Comercializador que atienda Usuarios Regulados deberá tener contratos vigentes de suministro y transporte de gas combustible que aseguren la continuidad del servicio al mercado atendido en los términos establecidos en el Decreto 1515 de 2002, o aquellos que lo sustituyan, modifiquen o complementen. (Negrilla fuera del texto).

Ahora bien, en el artículo 1° del Decreto 1515 de 2002 se definieron los contratos según la seguridad que proporcionan en el suministro, así:

Contratos que Garantizan Firmeza: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador garantiza el suministro o transporte por redes de tubería según el caso, de un volumen máximo de gas natural durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas. Los contratos no escritos pueden garantizar firmeza.

Contratos que Garantizan Firmeza Parcial: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador se compromete a vender o transportar por redes de tubería, según sea el caso, un volumen máximo de gas natural durante un período determinado, pero las cláusulas contractuales le permiten exonerarse durante algunos días diferentes a los establecidos para mantenimiento y labores programadas, sin incumplir el contrato, para entregar o transportar la cantidad máxima de gas natural, de acuerdo con los términos y condiciones acordadas previamente. Los contratos no escritos pueden garantizar firmeza parcial.

Contratos que no Garantizan Firmeza: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador se compromete a

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

vender o transportar por redes de tubería, según sea el caso, un volumen de gas natural en el momento en que se requiera, pero el contrato está condicionado a que exista disponibilidad de suministro o transporte de gas natural. Los contratos no escritos pueden no garantizar firmeza.

Contratos Mixtos: *Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador se compromete a vender o transportar por redes de tubería volúmenes de gas, involucrando modalidades que garantizan firmeza, firmeza parcial y que no garantizan firmeza. Los contratos no escritos pueden ser mixtos.*

De lo anterior se colige que la seguridad de la continuidad en la prestación del servicio al mercado atendido, que exige el artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003, implicaba que todo comercializador que atendiera usuarios regulados, entre ellos la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**, tuviera uno o más contratos de suministro de gas, de manera que estuviera en condiciones de garantizar la prestación ininterrumpida del servicio, aspecto que no se observa en el presente caso.

En efecto, la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**, manifestó que la obligación que le impuso la Resolución 11 de 2003, estaba cubierta con el Contrato GAS-0019-2002, suscrito con **ECOPETROL S.A.** Sin embargo, tal como se anotó en las Resoluciones demandadas, dicho contrato sólo estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2005, y las cláusulas del mismo indicaban que no se trataba de un acuerdo de voluntades que garantizara firmeza en el suministro.

Lo dicho se desprende de lo dispuesto en las cláusulas Primera, Tercera numeral 3.1., Cuarta y Sexta del Contrato GAS-019-2002¹.

¹ **CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES-**

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

En efecto, en la cláusula primera, se sujeta la cantidad de energía diaria proveniente del Campo Morichal “a la disponibilidad de gas del vendedor”; la cláusula tercera, limita la entrega de energía a la existencia de reservas y a la factibilidad técnica del suministro; la cláusula cuarta señala que, en el evento de la imposibilidad parcial o total para el suministro por causas diferentes a fuerza

(...)

“Cantidad Diaria de Gas Ocasional Morichal, CDGOM: Es la cantidad de Energía diaria solicitada; que puede ser entregada por EL VENDEDOR a EL COMPRADOR proveniente del campo Morichal, sujeta a la disponibilidad de GAS de EL VENDEDOR, expresada en GJ (MBTU) por día.

CLÁUSULA TERCERA ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES DE GAS NATURAL Y LAS NOMINACIONES.

“3.1. En tanto existan reservas y el suministro sea técnicamente factible, desde la Fecha de inicio del Plazo Contractual y durante el plazo de ejecución del presente contrato, EL VENDEDOR se compromete a entregar a EL COMPRADOR, o quien posteriormente esté designe, para cada día, una cantidad de energía diaria adicional a la CDFG establecida en el numeral 3.1., proveniente de los campos de Cusiana y Cupiagua denominada CDGOC, bajo las condiciones de precio establecidas en el numeral 10.1 del presente contrato. Adicionalmente EL VENDEDOR podrá entregar a su entera discreción, previa solicitud de EL COMPRADOR, una cantidad de energía diaria ocasional proveniente del campo Morichal, denominada CDGOM la cual se establece en 316,5168 GJ/Día (300MBTU) para efectos de aplicar las condiciones de precio establecidas en el numeral 10,1 del presente contrato.”

CLÁUSULA CUARTA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y GAS OBJETO DEL CONTRATO

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento de imposibilidad parcial o total para el suministro del gas objeto de este contrato por causas diferentes a fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente, EL VENDEDOR **podrá** suministrar, en el (los) fuente (s) de suministro, que cumpla con las especificaciones de calidad establecidas en el Anexo A del presente contrato, sin que por ello se modifiquen las condiciones de precio de este contrato; si finalmente no es posible el suministro de gas por razones diferentes a fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente, se procederá como se indica en la cláusula sexta.”

(...)

CLÁUSULA SEXTA RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR RESPECTO DE LAS ENTREGAS.

Quando EL VENDEDOR se encuentre imposibilitado para cumplir continuamente con las entregas de gas por razones diferentes a Fuerza Mayor, Caso fortuito o Evento Eximente, en forma tal que exista ausencia total o parcial de suministro de gas durante un período de 189 días continuos, EL COMPRADOR tendrá la opción de solicitar la renegociación del presente Contrato con base en la realidad operativa, técnica y económica del negocio en ese momento.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

mayor, caso fortuito o evento eximente, el vendedor podrá suministrar, la energía, esto es, deja al arbitrio de éste el suministro, sin garantizar la continuidad del mismo; y en la cláusula sexta se plantea la posibilidad de renegociación del contrato, sólo si hay ausencia total o parcial de suministro de gas, durante un período de 189 días continuos, con lo cual tampoco se garantiza la continuidad de la prestación del servicio.

Las cláusulas mencionadas indican que, en los términos en que fue celebrado, el contrato GAS-019-2002, no se garantizaba firmeza en el suministro pues el mismo estaba condicionado a la existencia de reservas y a que el suministro fuera técnicamente posible, por lo cual no podía afirmarse que, con base en dicho contrato, que además estuvo vigente solo hasta el 30 de junio de 2005², la sociedad **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**, estuviese cumpliendo el deber de tener contratos vigentes de suministro y transporte de gas combustible que aseguraran la continuidad en la prestación del servicio de gas a los usuarios regulados.

De otra parte y en cuanto a la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, dispone:

*Artículo 81. Sanciones. **La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, 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

² El 7 de julio de 2006 se solicitó apertura de investigación.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

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 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. (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con la disposición transcrita, encuentra la Sala que al no haberse cumplido la exigencia prevista en el artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios era competente para imponer la sanción a la empresa **GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.**

Finalmente, en cuanto a la violación del artículo 111 de la Ley 142 de 1994, por el hecho de que la sanción no se produjo dentro del el término de 5 meses que el mismo consagra, la Sala coincide con el Tribunal al afirmar que, como lo ha sostenido esta Corporación, que el término de cinco (5) meses que consagra el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, no implica pérdida de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues la Ley no consagra esa consecuencia.

En efecto, en sentencia de noviembre de 2009³, la Sala precisó:

³ Expediente núm. 2004-00339-01. Consejero ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Actor: URRRA S.A. E.S.P. Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

“Al respecto se observa que el artículo 111 de Ley 142 de 1994 prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, pero en dicha norma no se le da a ese término el alcance de caducidad que reclama la actora, y ni siquiera carácter preclusivo alguno, de modo que ante la ausencia de cualquiera de esos alcances, sólo cabe tenerlo como un término programático o indicativo, que a lo sumo puede tener implicaciones disciplinarias por su incumplimiento. Para la debida ilustración, conviene traer su texto, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 111. OPORTUNIDAD PARA DECIDIR. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente ley.”

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

Adicionalmente, si bien la notificación del acto sancionatorio se efectuó el 25 de febrero de 2008, a través del Edicto 0117, de manera que la Superintendencia ejerció la facultad sancionatoria cinco años después de acaecido el hecho objeto de sanción, en otras palabras, por fuera del término de tres años previsto en el artículo 38 del C.C.A., es importante destacar que la conducta de la actora fue una conducta omisiva, que sólo cesaba en el momento en que cumpliera la obligación, por lo cual el término de tres (3) años de caducidad previsto en el C.C.A. no podía contarse desde el momento que la actora plantea, dado que se trata de una conducta de carácter continuado.

De lo reseñado deduce la Sala que debe revocarse la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la de 9 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare. En su lugar, **DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderado de la parte actora, a la doctora Daneris Angélica Orozco De Armas, en los términos que prevé el poder conferido.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA

REF: Expediente núm. 2009 00099 01
Actor: GASES DEL CUSIANA S.A. E.S.P.