

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: Doctor OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación núm.: 25000 2324 000 **2009 00408** 01

Actor: **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. ESP.**

Demandados: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Referencia: Servicios públicos domiciliarios. Sanción. Medios para adquirir gas combustible por empresas comercializadoras de esa sustancia. Proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la multa. Procedencia de análisis de cargos formulados en alegatos de conclusión de primera instancia.

Decide la Sala el recurso de apelación que la demandante interpuso contra la sentencia del 16 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

1.1. Pretensiones

La sociedad ALCANOS DE COLOMBIA S.A. ESP. (en adelante ALCANOS), solicitó la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante Superintendencia o SSPD): la número 2008240000455 del 4 de enero de 2008, por medio de la cual se impuso una sanción a la actora por la suma de trescientos veintitrés millones cincuenta mil pesos (\$323.050.000.oo), y la número 20092400007615 del 26 de marzo de 2009, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por ALCANOS modificando parcialmente el citado acto en el sentido de disminuir el valor de la multa a doscientos noventa y dos millones ciento setenta y siete mil doscientos pesos (\$292.177.200.oo).

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene la devolución del dinero cancelado por concepto de la sanción de multa debidamente indexado.

1.2. Concepto de violación

1.2.1. *“Falsa motivación por error grave de hecho sobre el acaecimiento de la convocatoria pública realizada por la empresa para adquirir gas combustible”^[1].*

La Superintendencia erró al afirmar que las compras de gas con destino al mercado regulado para los años 2005 y 2006 no se realizaron bajo la modalidad de convocatorias públicas, pues los mecanismos empleados para esos efectos por la actora aseguraron que todos los agentes conocieran de manera oportuna la necesidad de ALCANOS de adquirir combustible, para que de ese modo estuvieran en la posibilidad de presentar las ofertas sin ninguna restricción.

1.2.2. *“Falsa motivación por error de derecho en la interpretación del artículo 100 de la Resolución CREG 057 de 1996 y del artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003”^[2].*

Las citadas normas no han previsto la implementación de unos medios de comunicación específicos para adelantar las convocatorias para la adquisición de gas, de modo que la publicación de avisos en los periódicos, las consultas directas a las empresas del sector, entre otros, son medios que se pueden utilizar siempre que se garantice la libre concurrencia de los oferentes.

Destacó que la SSPD incurrió en un error grave al interpretar la regulación contenida en el artículo 100 de la Resolución CREG 057 de 1996 y en el artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003, en el sentido de indicar que no es admisible una convocatoria pública para adquirir gas combustible que se lleve a cabo por medio de las averiguaciones y consultas verbales, toda vez que, las empresas se encuentran en libertad de escoger los medios más convenientes siempre que se garantice la libre competencia de los oferentes.

1.2.3. “Desproporción y falta de razonabilidad de la multa”^[3]. “Desproporción entre la actuación de ALCANOS y la multa impuesta por la autoridad de control”^[4] Falta de razonabilidad de la sanción impuesta con respecto a la actuación ejecutada por ALCANOS”^[5]

Indicó que la conducta sancionada no constituye una práctica restrictiva de la competencia, y que por el contrario, siempre actuó de buena fe, aspecto éste que no fue valorado al momento de la tasación de la multa, circunstancia que, a juicio de la demandante, fue producto de un comportamiento arbitrario y abusivo del poder de la SSPD.

Arguyó que el comportamiento objeto de reproche no impactó de manera alguna la buena marcha del servicio, ya que se aseguró el suministro continuo de gas a los usuarios, aspecto éste que se enmarca en el concepto de culpabilidad, y respecto del cual no existió ponderación a la hora de imponer la sanción.

II. CONTESTACIÓN

La Superintendencia contestó la demanda solicitando se nieguen las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

2.1. En relación con el primer cargo señaló que el concepto de convocatoria pública no podía equipararse a unas averiguaciones, consultas verbales o llamadas telefónicas efectuadas por unas empresas escogidas discrecionalmente por ALCANOS.

Indicó que la única excepción encontrada en el periodo de tiempo objeto de investigación fue el contrato celebrado con Ecopetrol S.A., puesto que fue el resultado de la "Invitación a cotizar" número 001-2006, publicada en el diario EL TIEMPO.

2.2. Luego de citar textualmente los artículos 100 de la Resolución CREG 057 de 1996 y 7 de la Resolución CREG 011 de 2003, se refirió al segundo cargo aduciendo que no había exigido un procedimiento determinado de convocatoria pública, sino que la demandante aportara prueba de haber comprado gas combustible en las mejores condiciones objetivas, que aseguraran la igualdad de condiciones entre los proponentes y su libre concurrencia, que son precisamente los requerimientos previsto en las normas en cita.

2.3. En lo que hace al cargo de falta de proporcionalidad en la sanción impuesta sostuvo que debía desestimarse debido a que la decisión censurada fue producto de la constatación de una conducta grave que constituye una vulneración del equilibrio que se pretende con la regulación e impide el control desde la oferta que se busca aplicar en el mercado y que deriva en la libre concurrencia de oferentes, valoración ésta que es independiente de que con esa conducta se llegue a comprobar una afectación a la competencia.

En cuanto a la variación de la culpabilidad de la empresa como criterio de fijación del monto de la sanción, precisó que no se trataba de determinar la culpabilidad en la infracción a un deber impuesto, sino la responsabilidad por el incumplimiento de una norma, y que debía tenerse presente que de las personas jurídicas no se predica subjetividad de su conducta.

III. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sección Primera, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió en primera instancia negar las pretensiones de la demanda de la forma que a continuación se enuncia:

3.1. Decidió en forma conjunta los dos primeros cargos trayendo a colación dos pronunciamientos de la Sección tercera del Consejo de Estado relacionados con la importancia del

principio de publicidad en los procesos de contratación estatal⁶, para luego transcribir las normas que sirvieron de fundamento a la SSPD para imponer la sanción que se impugna, esto es, el artículo 100 de la Resolución CREG 057 de 1996 y el artículo 37 de la Resolución CREG 011 de 2003 y concluir que frente a los contratos celebrados entre la demandante y MERILECTRIC, ENERGÍA EFICIENTE y TURGAS, no se utilizaron mecanismos que garantizaran la libre convocatoria, y que por el contrario, lo que se evidenció es que se trató de negociaciones privadas que en nada constituyeron transparencia y publicidad.

Puso de presente que las actuaciones de ALCANOS en relación con ECOGAS y DINAGA S.A. no anunciaron, divulgaron, informaron, ni revelaron decisiones orientadas a convocar oferentes para la compra de gas, pues no se evidenció un proceso de selección con un tiempo límite de recepción de ofertas o la determinación del periodo para el cual se requería el servicio, dado que lo advertido fue una comunicación particular ajena a lo que implica una convocatoria pública.

3.2. El Juzgador de Primera Instancia estimó que tampoco era de recibo el argumento relacionado con la falta de razonabilidad en la imposición de la multa, pues la valoración del elemento de culpabilidad de la demandante se dio cuando la SSPD disminuyó el monto en consideración a que había encontrado que en el lapso de tiempo objeto de investigación ALCANOS había llevado a cabo un proceso de selección que sí se ajustaba a las normas que se anotaron en el numeral anterior, es decir, la “Invitación a cotizar” publicada en el diario EL TIEMPO, y en relación con la cual se seleccionó a Ecopetrol S.A. como contratista.

IV. APELACIÓN

4.1. Inconforme con la anterior decisión, la sociedad **ALCANOS** la apeló reiterando lo concerniente a los dos primeros cargos, esto es, la existencia de falsa motivación de los actos censurados al interpretar erróneamente las normas de la CREG, y en consecuencia, afirmar que no realizó las convocatorias públicas para adquirir gas cuando, a su juicio, sí llevó a cabo los procedimientos que ordena el ordenamiento jurídico para ese tipo de operaciones.

Sobre el punto estimó que las providencias judiciales invocadas por el *a quo* para resolver los mencionados cargos no son aplicables al caso, pues en ellas se alude al principio de publicidad de

los procesos de contratación estatal que se rigen por la Ley 80 de 1993, y bien es sabido que la prestación de servicios públicos domiciliarios tiene un régimen de contratación autónomo según lo ordenan los artículos 30 y 31 de la [Ley 142 de 1994](#).

También se refirió a los cargos de falta de proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la multa, arguyendo para ello los mismos motivos que expuso en la demanda.

4.2. Estimó que existía vulneración del derecho al debido proceso y a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), por cuanto el Tribunal no se había pronunciado sobre dos cargos traídos al proceso en los alegatos de conclusión de primera instancia relacionados con que la Superintendencia no había valorado en los actos enjuiciados la existencia de un mercado relevante de gas combustible que hace que sea restringido, dado que pocas empresas cuentan con la capacidad de suministrar y transportar el gas requerido por ALCANOS para garantizar la continuidad del servicio público. Agregó que no se estudió un documento allegado con dicho escrito en el que se describen las particularidades del mercado de gas natural en Colombia, y del que se desprende la escasa oferta de gas combustible en el mercado de la actora.

Aseveró que la vulneración del artículo 170 del CCA., también era palpable en lo que hace al argumento según el cual la potestad sancionatoria de la SSPD había caducado, argumento éste esbozado también en los alegatos de primera instancia, pues el artículo 111 de la [Ley 142 de 1994](#) determina que la decisión que ponga fin a actuaciones administrativas debe adoptarse “*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*”, en tanto que en el caso de marras, la primera citación se dio con el pliego de cargos notificado el 30 de agosto de 2007, y sólo hasta el 20 de mayo de 2009 quedó en firme la Resolución número 20092400007615 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 20082400000455 que sancionó a la accionante.

Aunado a lo anterior, afirmó que se había desconocido el principio de favorabilidad, por cuanto la CREG mediante Resolución 075 de 2008 modificó el artículo 37 de la Resolución 011 de 2003, y con ello permitió adelantar negociaciones bilaterales para los casos de compra de gas combustible, lo cual hace legítima la actuación de ALCANOS e inválida la sanción impuesta.

V. ALEGATOS E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1. La **SSPD** se mostró partidaria de confirmar la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo cual reiteró de manera sintética las razones que tuvo la mencionada Corporación para negar las pretensiones de ALCANOS.

5.2. La **sociedad demandante** reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

5.3. El **Ministerio Público** no intervino en el asunto de la referencia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

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

6.2. Hechos

6.2.1. La SSPD inició investigación administrativa contra la sociedad ALCANOS, formulando pliego de cargos mediante oficio número 20072400419661 de 28 de agosto de 2007, invocando para ello los siguientes fundamentos: i) que, presuntamente, durante los años 2005 a 2006, para el área de servicio exclusiva de “Centro y Tolima”, la empresa no realizó las compras de gas destinadas a cubrir la demanda del mercado regulado mediante convocatoria pública que asegurara la libre competencia de los oferentes, y ii) que, presuntamente, durante los años 2005 a 2006, para el área de servicio no exclusiva de “Huila y Sur del Tolima”, la empresa no hizo uso de las reglas que aseguraran procedimientos abiertos de compras de gas, en igualdad de condiciones entre los proponentes y su

libre concurrencia, teniendo en cuenta las fuentes disponibles y la oferta de cualquier productor – comercializados o comercializador^[7].

6.2.2. La demandante presentó los correspondientes descargos mediante escrito visible a folios 99 a 109 del Cuaderno de antecedentes administrativos.

6.2.3. La Superintendencia impuso sanción de multa por valor de trescientos veintitrés millones cincuenta mil pesos (\$323.050.000.00), a la demandante por encontrar probados los cargos invocados en el pliego por medio de Resolución número 20082400000455 del 4 de enero de 2008.

6.2.4. ALCANOS interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución número 20092400007615 del 26 de marzo de 2009, modificando parcialmente la primera decisión en el sentido de disminuir la multa a doscientos noventa y dos millones ciento setenta y siete mil doscientos pesos (\$292.177.200.00).

6.3. Problemas jurídicos

Antes de resolver el asunto planteado, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:

6.3.1. ¿Hay falsa motivación en los actos administrativos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que sancionaron a una empresa comercializadora de gas, porque realizó la compra del producto acudiendo a consultas verbales y llamadas telefónicas efectuadas a empresas escogidas discrecionalmente?

6.3.2. ¿Hay falsa motivación en los actos administrativos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que sancionaron a una empresa comercializadora de gas, imponiéndole una multa por abstenerse de adelantar convocatoria pública para adquirir el producto, que el sancionado considera desproporcionada porque su conducta no constituyó una práctica restrictiva de la competencia ni actuó de mala fe, si lo que tuvo en cuenta la graduación de la sanción fue que

consideró la conducta grave porque constituyó una vulneración del equilibrio que se persigue con la regulación e impidió el control desde la oferta que se busca aplicar en el mercado?

6.3.3. ¿Es procedente abordar en la sentencia el análisis de cargos materiales propuestos contra un acto administrativo sancionatorio en el alegato de conclusión?

6.3.4. ¿Es procedente abordar en la sentencia el análisis del cargo de la caducidad de la potestad sancionatoria que se propone en el alegato de conclusión?

6.3.5. ¿Es procedente abordar en la sentencia el análisis de la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria, si se ha solicitado la nulidad del acto administrativo correspondiente con restablecimiento del derecho y no se ha propuesto tal principio en los planteamientos del concepto de la violación que debe contener la demanda?

6.4. Análisis de la Sala

A efectos de resolver los problemas planteados, pasa la Sala analizar el alcance de las normas que la SSPD invocó como fundamento en la imposición de la sanción que ahora se censura, para luego determinar si la actuación adelantada por ALCANOS cumplió con lo dispuesto en tales disposiciones. Luego se abordará lo concerniente a la valoración de la conducta al momento de imponer la multa. Y finalmente, el cargo relacionado con la vulneración del derecho al debido proceso consistente en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se pronunció respecto de los argumentos traídos al debate procesal en la etapa de alegatos de conclusión en primera instancia, relacionados con la falta de valoración del mercado relevante con escasa oferta en el que se desenvuelve ALCANOS, la aplicación del principio de favorabilidad y la caducidad de la potestad sancionatoria.

6.4.1. Compra de gas combustible por empresas comercializadoras de esa sustancia. Marco normativo

El artículo 35 de la [Ley 142 de 1994](#) impone a las empresas de servicios públicos la obligación de adquirir el bien o servicio que distribuyan mediante procedimientos que aseguren la libre concurrencia y la igualdad de condiciones, veamos:

“Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes”.

A su turno, los artículos 73.16 y 74.1 ibídem determinan como función de las comisiones de regulación promover la competencia entre quienes captan o produzcan servicios públicos, de modo que no acontezcan abusos de posición dominante:

“Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales:

(...)

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

En relación puntual con la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG), la misma norma en el literal a) del numeral 74.1 del artículo 74, les atribuye la función de regular el ejercicio de actividades de los sectores energía, gas y combustible y orientar esos mercados hacia la libre

competencia, adoptando incluso reglas de comportamiento diferencial según la posición de las empresas en el mercado.

“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

(...)

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) 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. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c) Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible;

d) Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.

e) Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.” (Subrayado de la Sala).

En cumplimiento de tales deberes, la CREG estableció el marco regulatorio para el servicio de gas combustible por red y sus actividades complementarias para áreas de servicio exclusivo por medio de la Resolución CREG 057 del 30 de julio de 1996. En lo pertinente a la actividad de compra de gas, que interesa al asunto, el artículo 100 estableció lo siguiente:

“Artículo 100. Obligación de comprar energía en condiciones económicas. Conforme a 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 pequeños consumidores, deben comprarlo utilizando modalidades como las previstas en el capítulo II de esta resolución y, en todo caso, haciendo uso de reglas que aseguren procedimientos abiertos, igualdad de condiciones entre los proponentes y su libre concurrencia teniendo en cuenta las fuentes disponibles y la oferta de cualquier productor o comercializador.

*Para ello solicitarán y darán oportunidad a los productores 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 distribuidoras deberán realizar todas las compras de gas destinadas a cubrir la demanda del mercado regulado, mediante convocatorias públicas que aseguren la libre competencia de los oferentes.***

Todo comercializador que suministre el servicio de distribución de gas combustible a pequeños consumidores, deberá tener contratos escritos de suministro y de transporte sobre el gas destinado a atender la demanda del mercado regulado. Los comercializadores que actualmente presten este servicio deben tener suscritos tales contratos antes del 31 de diciembre de 1996, fecha en la cual los remitirán a la CREG para efectos de su ejercicio regulatorio.

Para estimular la concurrencia entre productores o comercializadores, los esquemas de solicitud utilizados para atender la demanda de cada empresa deben permitir la oferta

de suministros parciales por distintos productores o comercializadores. Esta obligación también se aplicará cuando la empresa comercializadora modifique los contratos existentes, si se modifica también el precio efectivo previsto en esos contratos”.(Subrayado y negritas de la Sala).

La misma autoridad mediante Resolución CREG 011 del 12 de febrero de 2003, estableció también los criterios generales para remunerar las actividades de distribución y comercialización de gas combustible y la fórmula general para determinar el costo de prestación del servicio público domiciliario de gas combustible por redes de tubería a usuarios regulados en áreas de servicio no exclusivo, y en lo pertinente a la obligación de comprar dicha sustancia indicó:

“Artículo 37. Obligación de comprar gas combustible en condiciones de libre competencia. *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 competencia 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 deberán 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 competencia 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.

Parágrafo 1: *Se permitirá operaciones de compra-venta de gas con destino al mercado de Usuarios Regulados, entre Comercializadores que tengan interés económico, en los términos definidos en la Resolución CREG-071 de 1998, o aquellas que la modifiquen, sustituyan o complementen, siempre que el costo unitario de dicha venta entre Comercializadores, no exceda el precio de adquisición de gas combustible por parte del comercializador que realice la venta.*

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". (Subrayado y negritas de la Sala).*

Visto el escenario normativo en el que se debe desenvolver la compra de gas combustible de parte de quienes lo comercializan, la Sala puede concluir que lo pretendido es garantizar que esa actividad se enmarque bajo los principios de libre concurrencia e igualdad, y que en todo caso para adquirir ese producto se deben adelantar convocatorias públicas o cualquier otro proceso que asegure la libre competencia de los proponentes, todo con el fin de evitar abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados.

El objeto de adelantar procedimientos de selección no es otro que el de establecer de manera pública parámetros de selección objetiva que permitan que los interesados se enteren masivamente de la necesidad que pretende ser contratada, de modo que quienes reúnan las condiciones allí establecidas estén en la posibilidad de participar, y la entidad obtenga la mejor propuesta para prestar de la manera más idónea el servicio a su cargo. El ordenamiento jurídico tiene un sinnúmero de opciones para estos efectos, así por ejemplo selección abreviada, licitación pública, concurso de méritos, etc.

6.4.2. Aplicación al caso

La sociedad ALCANOS es una empresa de servicios públicos domiciliarios dedicada a la distribución y comercialización de gas natural que atiende el mercado regulado, bajo las modalidades de área de servicio exclusivo en la zona "Centro y Tolima", y las áreas de servicio no exclusivo en las zonas

de “Huila y sur del Tolima”^[8]. En tal medida, las normas anotadas en el anterior acápite le son completamente aplicables.

6.4.3. Bajo estos parámetros, se observa lo siguiente en relación con los cargos de falsa motivación:

6.4.3.1. Presunción de legalidad

La presunción de legalidad es uno de los atributos del acto administrativo que consiste en entender que toda decisión unilateral de la administración pública que produce efectos jurídicos ha sido expedida conforme al ordenamiento jurídico tanto desde el punto de vista material como el formal, es decir, en relación con su contenido, y en lo concerniente a sus elementos, competencia, requisitos, trámites, oportunidad, motivación, etc.^[9]

6.4.3.2. Falsa motivación

Es una de las causales previstas en el ordenamiento jurídico para invocar la nulidad de un acto administrativo, **y está orientada a atacar la causa o motivo que dio lugar a su expedición**, es decir, las razones de hecho o de derecho que determinaron la adopción de la decisión. De modo que allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación. Lo mismo sucede cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado que “[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”^[10].

En relación con este asunto la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta causal de nulidad de los actos administrativos:

“(…) se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como

*motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) **Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.** Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión”^[11].*

6.4.3.3. La estructura del acto administrativo

La SSPD sancionó a la empresa ALCANOS porque adquirió el gas de sus proveedores mediante consultas, contactos directos y llamadas telefónicas discrecionales. Siendo ello así el juicio de certeza debe construirse de la siguiente forma: ¿Es cierto que ALCANOS adquirió el gas de sus proveedores mediante consultas, contactos directos y llamadas telefónicas discrecionales?

6.4.3.4. Análisis de la sanción impuesta

A folios 244 a 322 del cuaderno de antecedentes administrativos obran los documentos que el demandante aportó para probar que había cumplido con el adelantamiento de los procesos de selección, no obstante, una vez valorados lo que se advierte es que la recurrente no efectuó convocatoria pública para la compra del gas en el periodo establecido, a excepción de la “*Invitación a cotizar No. 001-2006*” del 27 de junio de 2006^[12] de la que resultó el contrato número GAS-015-2006 suscrito por Ecopetrol S.A. y ALCANOS.

Pues bien, en relación con las demás operaciones de compra, encuentra la Sala que se trata de cruce de correspondencia entre la actora y las empresas TURGAS S.A. ESP.^[13], ENERGÍA EFICIENTE^[14] y MERIELÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. ESP.^[15], en las que éstas ofrecen gas a aquélla bajo precisas condiciones y la actora acepta el suministro de la sustancia, pero en ningún caso lo precede una invitación pública.

Lo anterior permite inferir que se trató de negociaciones privadas entre cada una de las empresas y ALCANOS, en las cuales se acordó que les compraría gas combustible.

La situación enunciada no se enmarca en la obligación que adquirió la actora al constituirse como empresa comercializadora de gas, pues, se reitera, lo que se busca con el establecimiento de una convocatoria pública en cualquier área, pero sobre el particular en la compra de gas, es que empresas como ALCANOS tengan la posibilidad de escoger la opción más conveniente para el distribuidor y obtener mejores precios que no sólo benefician a sus usuarios sino que premian la competitividad del gas frente a otros sustitutos.

Bajo las anteriores premisas, la respuesta al juicio de certeza es afirmativa, e indica que el juicio de validez debe ser resuelto en el sentido de indicar que estuvo correctamente motivada la actuación administrativa que se impugna, pues la Superintendencia fundó correctamente su decisión también desde el punto de vista fáctico, al hallar probado el incumplimiento del deber, dispuesto en las Resoluciones CREG 057 de 1996 y 011 de 2003, por parte de ALCANOS de llevar a convocatoria pública operaciones como la compra de gas.

6.4.3.5. Proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la multa

La SSPD impuso la sanción a ALCANOS equivalente a doscientos noventa y dos millones ciento setenta y siete mil doscientos pesos (\$292.177.200.00), porque consideró que su conducta de omitir convocatoria pública para adquirir el gas constituía falta grave, pues vulneró el equilibrio que se persigue con la regulación e impidió el control desde la oferta que se busca aplicar en el mercado.

No acierta la recurrente al afirmar que el criterio de valoración del *quantum* de la sanción correspondía a determinar si la conducta desplegada se enmarcaba en una práctica restrictiva de la competencia o a la buena fe imprimida en la compra del gas a sus proveedores, puesto que, como ya se ilustró con anterioridad, la condición prevista en la norma para imponer este tipo de decisiones radica necesariamente en el desconocimiento de los presupuestos de regulación y el control del mercado de este tipo de sustancia.

Coincide además la Sala con la postura esbozada por el *a quo* cuando resolvió este cargo manifestando que la SSPD sí había valorado la conducta de ALCANOS al tasar la multa impuesta, al punto que redujo su monto en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, en consideración a que en el periodo investigado (años 2005 a 2006) cumplió con la obligación de

adelantar un proceso de convocatoria pública para comprar gas, del que resultó Ecopetrol como contratista mediante la “Invitación a cotizar” publicada en el Diario El Tiempo, puesto que de esa manera sí se allanaba al contenido de la norma que imponía la realización de un proceso de selección que garantizara criterios objetivos para la escogencia de la persona que le suministrara el gas a la demandante.

Vistas así las cosas, lo que se observa es que en aplicación de lo dispuesto en el numeral 81.2 del artículo 81 de la [Ley 142 de 1994](#)^[16], la Superintendencia ponderó debidamente la conducta desplegada por la accionante y la encontró vulneradora de una norma jurídica que debía cumplir, y por ello, impuso una sanción pecuniaria que se ajusta a los parámetros que la ley ha establecido para ello.

6.4.3.6. Vulneración del derecho al debido proceso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del CCA., la oportunidad que tiene el demandante para exponer los puntos de hecho y de derecho que considera pertinentes para lograr que se acoja su pretensión por parte del Juez Contencioso Administrativo es en la demanda. El siguiente es el sentido de la mencionada disposición:

“Artículo 137. Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se demanda.*
- 3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.*
- 4. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*
- 5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.*

6. *La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia*”.

Siendo ello así, y habida cuenta de que los cargos de violación del principio de favorabilidad, caducidad de la potestad sancionatoria y no pronunciamiento acerca del mercado en el que desarrolla la actividad la sociedad demandante (mercado relevante) fueron presentados en la etapa de alegaciones de primera instancia, no puede la Sala abordarlos so pena de desconocer el derecho al debido proceso, de contradicción y de defensa de que es titular la SSPD, pues admitir su valoración supondría ignorar que frente a ellos la citada entidad no tuvo la oportunidad de controvertirlos en la instancia correspondiente.

Tal ha sido la postura pacífica, reiterada y uniforme de ésta Corporación al indicar que las providencias judiciales deben observar con rigor el principio de congruencia entre el *petitum* (pretensiones de la demanda) y el *decisum* (, supone de modo que exista una total correspondencia. Veamos:

“Según lo previsto por el artículo 281 del Código General del Proceso, “[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”. De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, el de congruencia constituye “un concepto nuclear dentro del derecho procesal civil, en virtud del cual, el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita); de no ser así, con su actuación estaría desbordando, positiva o negativamente, los límites de su potestad”^[17]. En últimas, representa “un principio general, en materia de procedimiento, por estar directamente relacionado con el debido proceso y el derecho de defensa, que exista la debida coherencia, en todas las sentencias, entre los hechos, las pretensiones y la decisión”^[18].

Como puede apreciarse, de su caracterización legal y jurisprudencial el principio de congruencia exige consonancia entre lo pedido por las partes (petitum) y lo resuelto por el tribunal (decisum), entendiéndose que se atentaría contra él allí donde el juez concede más o algo distinto de lo que le fue demandado por la parte actora (ultra o extra petita). En consecuencia, la verificación de la congruencia de un fallo exige hacer una comparación entre lo decidido con lo reclamado por las partes. En materia de contencioso de anulación de actos administrativos, dado el carácter rogado de la jurisdicción y las formalidades que la ley plantea a la demanda, que exigen la formulación de los cargos de invalidación propuestos y el señalamiento expreso de su fundamento normativo (artículo 162.4 del

*CPACA), ello implica que el juez no puede fallar lo pedido desbordando los cargos formulados por la parte actora*¹⁹.

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

VII. FALLO

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: RECONOCER a la abogada **Esther Ruth Pérez** como apoderada de la Superintendencia de Servicios Públicos, de conformidad con los documentos obrantes a folios 37 37 a 39 de este Cuaderno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 20 de octubre de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

[1] Folio 76 del Cuaderno número 1.

[2] Folio 79 ibídem.

[3] Folio 80 ibídem.

[4] Folio 81 ibídem.

[5] Folio 83 ibídem.

[6] Folios 322 a 323 ibídem.

[7] Folios 83 y 84 del Cuaderno de antecedentes administrativos.

[8] Folio 66 del Cuaderno número 1.

[9] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 1994 proferida en el proceso número 6264.

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2000, Rad. No. 5501. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2013, Rad. No. 25000-23-25-000-2009-00614-01 (0482-12). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[12] Folio 167 del Cuaderno de antecedentes administrativos.

[13] Folios 253 a 270 ibídem.

[14] Folios 270 a 288 ibídem.

[15] Folio 289 ibídem.

[16] “**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 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. 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.”

^[17] Sentencia T-450 de 2001.

^[18] Sentencia T-592 de 2000.

^[19] Sección Primera. Sentencia del 11 de agosto de 2016, proferida en el proceso número 25000-23-41-000-2013-00855-01. Tal razonamiento ha sido expuesto también en sentencias del 3 de noviembre de 2016 proferida en el proceso número 13001-23-31-000-2001-02023-01; Fallo del 8 de junio de 2016 expedido en el expediente 25000-23-24-000-2005-00270-01; Providencia del 7 de mayo de 2015 dictada en el proceso 41001-23-31-000-2006-00234-01; Sentencia del 20 de noviembre de 2014 expedida en el asunto identificado con el número 25000-23-27-000-2006-00705-01.