



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veintinueve (29) de mayo de 2020

Sentencia No. 00089

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Apelación de Sentencia
Radicado	76001-23-31-000-2012-00584-00
Demandante	Comercializar S.A. E.S.P
Demandado	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. - OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, en desarrollo en materia de descongestión en el artículo 1° del Acuerdo No. PSJA19-1127 del 17 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

En consecuencia, de conformidad con las previsiones del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, procede la sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido a través de apoderado judicial, por la Empresa Comercializar S.A. E.S.P, en ejercicio de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con ocasión de la expedición de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones SSPD No. 20112400010145 del 26 de abril de 2011 y SSPD No. 20112400027845 del 21 de septiembre de la misma anualidad.

II.- ANTECEDENTES

Mediante documento fechado el 12 de 08 de agosto de 2010 identificado con el radicado 20102400702421, la SSPD formuló pliego de cargos en contra de la Empresa demandante debido a la presunta violación del reglamento de operación, en el sector eléctrico.

Mediante resolución SSPD No. 20112400010145 del 26 de abril de 2011 le fue impuesta al demandante una sanción pecuniaria correspondiente a \$403.306.800 por la violación de la reglamentación aplicable a los agentes participantes del Mercado de Energía Mayorista (MEM). La parte demandante hizo uso del recurso de reposición en contra de la resolución precitada.

El acto sancionatorio fue confirmado mediante la Resolución SSPD-20112400027845 del 21 de septiembre de 2011, la cual fue notificada por Edicto No. 129 fijado entre el 01 de noviembre de 2011 y el 16 de noviembre de la misma anualidad.

PRETENSIONES

Procura el demandante la nulidad de las Resoluciones expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD No. 20112400010145 del 26 de abril de 2011 y SSPD No. 20112400027845 del 21 de septiembre de la misma anualidad

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Asegura el apoderado de la parte demandante que las resoluciones CREG-118 de 2008 y CREG 047 de marzo 30 de 2010 se ocuparon en establecer de manera particular y concreta las sanciones por los supuestos de hecho en ellas previstos, siéndole aplicadas a la sociedad demandante en su totalidad, por lo que en sus sentir, las sanciones pecuniarias adicionales al retiro del mercado que le fueron impuestas violentan el principio del *non bis in ídem*.

Para la parte demandante del tenor literal del artículo 25 de la Ley 143 de 1994 no se desprende de manera expresa, ni tácita, que las sanciones previstas por las resoluciones CREG operen sin perjuicio de las demás sanciones que eventualmente hubiera lugar a imponer por otra normatividad, debiéndose entender que el régimen sancionatorio que aparece en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 opera , si y sólo si en ausencia de sanciones particulares y específicas que no estén previstas por la regulación o resoluciones de la CREG.

Expone además que la sanción impuesta no atendió a criterios de proporcionalidad en su decreto, considerando injustificada por falta de motivación y además

exagerada la suma de la sanción, pese a que el mismo acto acusado contaba como atenuante de la conducta el hecho de la demandante no ser reincidente de la infracción sancionada.

CONTESTACIÓN

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La entidad alega la legalidad de los actos demandados al afirmar en primer lugar que las resoluciones CREG 116 de 1998 y 047 de 2010 no son actos sancionatorios sino actos de carácter normativo o regulatorio para quienes desarrollen las actividades a quienes están dirigidas.

Afirma que los procesos de limitación de suministro que son iniciados por el administrador del Sistema de Intercambio Comerciales (ASIC), para el caso particular , la limitación efectiva del suministro de energía a la empresa demandante en aplicación de las Resoluciones CREG 116 de 1998 y 001 de 2003 y su posterior retiro del mercado de energía mayorista (MEM) en aplicación de lo consagrado en la Resolución CREG 047 de 2010, no son sanciones emitidas por el ente regulador, sino medidas de protección del mercado, razón por la cual no existe el alegado doble juzgamiento pues no ha sido objeto de sanción en más de una ocasión para los hechos objeto de la presente demanda.

En cuanto al segundo de los cargos referente a la falta de motivación y desproporcionalidad en la imposición de la sanción al demandante, aduce la defensa que la SSPD se encuentra facultada para la imposición de sanciones según lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 y que la motivación de la misma tuvo lugar dentro del cuerpo del acto acusado, correspondiendo el monto de la multa al desequilibrio del mercado y de los demás agentes pertenecientes a este, no teniendo asidero las alegaciones del demandante en cuanto a la falta de motivación sobre las causas para la imposición de la multa.

- ALEGACIONES FINALES.

Comercializar S.A . E.S.P

La parte demandante reiteró los argumentos referidos en la demanda insistiendo sobre la doble sanción de la que fue objeto en atención de las sanciones que le fueron aplicadas conforme al artículo 25 de la Ley 194 de 1994 por parte de la CREG y aquella de carácter pecuniario prevista en el artículo 81 de la misma ley, en esta ocasión impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Con relación a la graduación de la sanción o falta de motivación en dicho aspecto, insistió sobre la ausencia demostrativa por parte de la SSPD en cuanto a la existencia de un daño efectivo, real y material que diera sustento a la imposición de la sanción pecuniaria, alegando que el ente de control impuso dicho castigo atendiendo a una responsabilidad objetiva nacida en la sola violación del reglamento de operación, situación que resalta improcedente conforme al inciso final del artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

El apoderado del ente de control reprodujo nuevamente el escrito de contestación de la demanda, reafirmando en su totalidad los argumentos allí reseñados.

Ministerio Público

La Procuraduría 165 Judicial II para asuntos administrativos presentó alegaciones finales exponiendo que:

“la situación generada de limitación del suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y se dictan disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, genera el inicio de la actuación administrativa sancionatoria, precisamente por incumplimiento al reglamento de operación que se evidencio con la actuación preventiva de la CREG para proteger la operación del sistema de prestación del servicio público de energía

Se concluye sin lugar a equívocos que las actuaciones de la CREG estaban contenidas en los reglamentos de operación y por ello las actuaciones regulatorias, que sin lugar a dudas, evidencian el incumplimiento de las responsabilidades de la empresa demandante y que se encontraban sujetas a la vigilancia y control de la SSPD.

Inexistente la vulneración del principio del NON BIS IN IDEM y en consecuencia no se configura la violación al debido proceso.”

Con relación a la proporcionalidad de la sanción y la falta de motivación en ese sentido, ilustró su posición en contra de las pretensiones del demandante citando al Honorable Consejo de Estado en providencia del 10 de noviembre de 2016, CP Guillermo Vargas Ayala, radicado 25000 23 41 000 2013 01041 01 y el Concepto No. 5 del 7 de enero de 2009 proferido por la misma SSPD :

“... se observa que la ley no dosifica las sanciones imponibles para cada falta, sino que faculta al funcionario competente para evaluar en cada caso particular la naturaleza de la falta y la gravedad de la misma.

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

III.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción interpuesta por la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en desarrollo en materia de descongestión en el artículo 1° del Acuerdo No. PSJA19-1127 del 17 de Mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y, de conformidad con el numeral 3° del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

- PROBLEMA JURIDICO.

En este caso, la controversia se circunscribe en torno a establecer si se violó o no el principio del NON BIS IN IDEM con ocasión de la expedición de las resoluciones SSPD No. 20112400010145 del 26 de abril de 2011 y SSPD No. 20112400027845 del 21 de septiembre de la misma anualidad, como también determinar si la sanción impuesta en los citados actos adolece de su debida motivación y si en su expedición fueron o no respetados los principios de proporcionalidad y racionalidad de la sanción.

TESIS.

No existe la violación por doble juzgamiento con la expedición de los actos demandados por cuanto las actuaciones desplegadas por la CREG (suspensión y separación del mercado mayorista de energía) no constituyen procedimientos sancionatorios, luego entonces la sanción plasmada en los actos bajo estudio

representa un único juzgamiento de la conducta del demandante. De igual manera la falta de motivación o proporcionalidad de la sanción alegada por el accionante no haya sustento partiendo de la facultad discrecional en la imposición de la sanción de la cual es titular la SSPD y de los considerandos apreciados en el cuerpo de los actos demandados.

Del Principio del Non Bis In Idem

El artículo 29, inciso 1º, de la Carta Política consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4º, señala que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Tal prohibición no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no solo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal). La prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza, motivo que fuerza contraponer la naturaleza tanto de los actos demandados como de aquella resolución CREG 047 de 2010 señalada por el demandante

Naturaleza de la resolución CREG 047 de 2010.

La resolución CREG 047 de 2010, *por la cual se regula el retiro de los agentes del mercado, se toman medidas para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a los usuarios finales y se adoptan otras disposiciones*, fue proferida en consideración al artículo 74c de la ley 142 de 1994 que estableció como función de la comisión de regulación de energía y gas -creg-, *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*; en este sentido la mencionada resolución adopto las reglas para hacer efectivo el retiro de agentes independientes del mercado mayorista, conforme a lo señalado en el artículo 12 de la resolución CREG 024 de 1995, y definió reglas sobre la prestación del servicio a los usuarios atendidos por el comercializador que se retira del mercado que en sentido literal reza:

Retiro de Agentes del Mercado Mayorista.

Son causales para el retiro como agente del mercado mayorista las siguientes:

- a. *Por retiro voluntario del agente, previo cumplimiento de todas sus obligaciones con el mercado mayorista.*
- b. *Por dejar de cumplir sus requisitos como agente del mercado mayorista, definidos en el artículo 6º de la presente resolución.*
- c. *Cuando se declare en estado de quiebra.*
- d. *Por sanción impuesta por la Superintendencia, ante las causas graves que determine la CREG.*
- e. *Por incumplimiento. El Administrador del SIC o cualquiera de las empresas víctimas del incumplimiento de un acto o contrato de energía en la bolsa, puede pedir a la CREG que solicite a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la intervención de la empresa incumplida.*

Ahora bien, visible a folio 79 del cuaderno de antecedentes administrativos reposa oficio 6021-42-001174-3 emitido por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P quien en su calidad de administrador del sistema de intercambios comerciales -ASIC- informó a la SSPD el origen de la limitación del servicio y posterior retiro del mercado de la empresa demandante así:

“ Al agente Comercializar S.A. E.S.P se le inicio un procedimiento de limitación de suministro el 04 de febrero de 2010, por el no otorgamiento de las garantías financieras del 05 al 28 de febrero de 2010. Este procedimiento fue informado en comunicaciones cítese No. 002118-1 del 19 de febrero de 2010 y cítese No002618-1 del 05 de marzo de 2010...”

En ese entendido, para la Sala resulta consecuente que la Resolución 047 de 2010 estableciera como el efecto automático en caso de la materialización alguna de las causales previstas en el artículo 12 de la Resolución CREG 024 de 1995¹, una vez finalizado el proceso de limitación del suministro con miras de no generar un perjuicio en la prestación del servicio y en la seguridad de los usuarios.

Por lo tanto, el objetivo de la iniciación del programa de limitación del suministro y en caso de ser necesario, el retiro del mercado del agente mayorista que persiste en el incumplimiento tiene como fin único la garantía en la seguridad y prestación del servicio público y la salvaguarda de los usuarios finales, razón por la cual, la limitación del suministro y posteriormente la separación del mercado no pueden considerarse como una sanciones sino como un efecto del incumplimiento, aunque gravoso para la empresa, pero que buscaba la protección del ciudadano, no la

¹ **ARTÍCULO 3. Retiro del comercializador del Mercado Mayorista de Energía.** Los comercializadores a que se hace referencia en el Artículo 2 de esta resolución, a los que el ASIC haya ordenado de oficio que se les aplique el programa de limitación de suministro del que trata el Artículo 6 de la Resolución CREG 116 de 1998 y las demás que la modifiquen o adicionen, quedarán retirados automáticamente del Mercado Mayorista al finalizar el octavo día hábil siguiente al inicio de dicho programa.

responsabilidad de la empresa demandante en ese incumplimiento. Para cumplir con ese fin se estableció el procedimiento adelantado por la SSPD que culminó con la imposición de la multa a Comercializar S.A. E.S.P, lo que necesariamente significa que la entidad demandante no fue sancionada dos veces, no siendo predicable la violación del principio del non bis in ídem.

Con relación al segundo de los señalamientos, la parte demandante afirmó que la multa impuesta por la SSPD *guardó silencio en cuanto su justificación y razones de tasación...no atendió los presupuestos que deben motivar toda sanción como lo son el impacto de la infracción, la gravedad de la conducta y la reincidencia... por consiguiente, la sanción, bajo su aceptación hipotética, se tornaría en desproporcionada e improcedente por falta de motivación”.*

El principio de proporcionalidad de la sanción exige que la falta descrita y la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la Corte Constitucional ha precisado que este principio *“implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”².*

Al abordar el caso concreto se encuentra que la SSDP, al momento de calificar como grave y justificar el monto de la multa a imponer de conformidad con lo normado por el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 expuso:

“Así las cosas, se debe resaltar que la importancia de las garantías en el MEM obedece al hecho que la energía que se transa en la bolsa debe estar previamente respaldada para evitar los riesgos y pérdidas propias de cualquier mercado visto desde una óptica netamente financiera, lo contrario implicaría , que las transacciones que los agentes del mercado de energía realizaran no tendrían algún tipo de control en relación con el cumplimiento de los compromisos

De esta forma, COMERCIALIZAR S.A. E.S.P, al no presentar las garantías y/o mecanismos alternativos y ajustes frente al ASIC, dejó de atender las condiciones mínimas que tiene el mercado de energía para brindar estabilidad, seguridad y confianza a todos quienes transan en la bolsa la energía, generando, tal como se expuso, una inevitable afectación al mercado de energía mayorista, en el engranaje de su estructura pues uno de sus intervinientes no actúa como debía esperarse.

² Corte Constitucional, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

De igual forma en lo relacionado con el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC- necesariamente entra a desplegar un desgaste adicional en procura de revisar, por fuera del término previsto regulatoriamente, las garantías para cumplir con su encargo y propender por el funcionamiento del mercado mismo.

Y para los demás agentes y usuarios de la bolsa y el mercado, se genera incertidumbre y riesgo, ya que en el mercado todos asisten como acreedores y deudores, por lo que incumplimientos de uno podrían generar un efecto cascada en las obligaciones de otros agentes que a su vez tendrán obligaciones tanto con el mercado como con otros agentes y estos a su vez con usuarios finales a los cuales se debe garantizar la prestación confiable y segura del servicio de energía como finalidad social del Estado según lo contemplado en el artículo 365 de la Constitución política”

Del aparte transcrito resulta apreciable el cumplimiento de los principios para la imposición de la sanción, en los actos acusados se evidencia el bien jurídico protegido , es decir, la estabilidad del mercado como medio de la consecución de los fines estatales con relación a la prestación del servicio público de energía eléctrica, señalando que el entramado y sustento del mercado mayorista de energía tiene como soporte principal la confianza generada por sus intervinientes, razón por la cual pretender la cuantificación o especificidad de la afectación del menoscabo de la fiabilidad del mercado como elemento determinante para la imposición de la sanción en los términos propuestos por el demandante se torna en una labor sin sentido, en virtud de la naturaleza indefinida e indeterminada del bien afectado por la conducta sancionada.

Cabe destacar que la norma que regula la sanción (Art 81 Ley 142 de 1994), en la redacción que tenía para la época de imposición de la sanción, contemplaba la posibilidad de fijar la multa hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos legales mensuales, los cuales se graduarían atendiendo el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio y el factor de reincidencia, como efectivamente lo realizó la SSDP. En virtud del análisis efectuado, la Sala concluye que la sanción se encuentra debidamente motivada, por lo que el cargo no está llamado a prosperar

- **COSTAS**

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

Expediente:76001-23-31-000-2012-00584-00
Demandante: **Comercializar S.A. E.S.P**
Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

SIGCMA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA.

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones a las que haya lugar

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS


JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado


JOSE MARÍA MOW HERRERA
Magistrado


NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76001-23-31-000-2012-00584-00)