



## RESOLUCIÓN SSPD - 20222400906535 DEL 04/10/2022

EXPEDIENTE: 2020240350600002E

### POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.

#### EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE

En ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 79<sup>1</sup> y 81 de la Ley 142 de 1994, la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1369 de 2020 y la Resolución SSPD No. 20211000012995 del 29 de marzo de 2021, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución SSPD No. 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021, previa exposición de las siguientes consideraciones:

#### 1. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

**1.1.** Mediante el memorando SSPD No. 20202300051663 del 4 de junio de 2020<sup>2</sup>, la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible (en adelante “**DTGGC**”) de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante “**SSPD**”), remitió a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible (en adelante “**DIEG**”) un Informe Técnico de Gestión recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa sancionatoria contra la empresa **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.** (en adelante “**ALCANOS**” o “**LA RECURRENTE**”), identificada con NIT. 891.101.577-4, por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9 y 146 de la Ley 142 de 1994<sup>3</sup>, los artículos 30 y 31.2. de la Resolución CREG 108 de 1997<sup>4</sup> y los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020<sup>5</sup>.

**1.2.** Mediante acto administrativo No. 20202400461041 del 8 de junio de 2020<sup>6</sup>, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha<sup>7</sup>, la **DIEG** inició una averiguación preliminar contra **ALCANOS**.

**1.3.** Mediante acto administrativo No. 20202400000096 del 24 de julio de 2020<sup>8</sup>, notificado por correo electrónico certificado en la misma fecha<sup>9</sup>, la **DIEG** inició una investigación y formuló pliego de cargos contra **ALCANOS**.

**1.4.** Mediante comunicación enviada por correo electrónico el 18 de agosto de 2020 (radicado SSPD No. 20205291729152 del 26 de agosto de 2020<sup>10</sup>), **ALCANOS** presentó oportunamente escrito de descargos<sup>11</sup>.

**1.5.** Mediante acto administrativo No. 20212401404081 del 13 de mayo de 2021<sup>12</sup>, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha<sup>13</sup>, la **DIEG** incorporó unas pruebas, cerró

<sup>1</sup> Modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

<sup>2</sup> Cfr. Folios 1 a 13 de la carpeta No. 1 del expediente. Cuando en el presente acto administrativo se hace referencia al Expediente, éste corresponde al identificado con el No. 2020240350600002E.

<sup>3</sup> “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

<sup>4</sup> “Por la cual se señalan criterios generales sobre la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás usuarios relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>5</sup> “Por la cual se establece una Opción Tarifaria Transitoria para el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería”.

<sup>6</sup> Cfr. Folios 14 a 20 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>7</sup> Cfr. Folios 21 a 40 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>8</sup> Cfr. Folios 69 a 80 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>9</sup> Cfr. Folios 81 a 97 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>10</sup> Cfr. Folios 98 a 222 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>11</sup> Los 15 días hábiles para presentar el escrito de descargos vencían el 18 de agosto de 2020.

<sup>12</sup> Cfr. Folios 440 a 462 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>13</sup> Cfr. Folios 463 a 466 de la carpeta No. 3 del expediente.

periodo probatorio y corrió traslado a **ALCANOS** para alegar de conclusión.

**1.6.** Mediante correos electrónicos del 28 de mayo de 2021 (comunicaciones con radicados SSPD No. 20215291203892<sup>14</sup> y 20215291201732<sup>15</sup> del 28 de mayo de 2021), **ALCANOS** presentó oportunamente escrito de alegatos de conclusión<sup>16</sup>.

**1.7.** Mediante Resolución SSPD No. 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021<sup>17</sup> (en adelante “**Resolución Sancionatoria**”), notificada por correo electrónico certificado en la misma fecha<sup>18</sup>, el Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible (en adelante el “Despacho”) declaró probados los incumplimientos endilgados a **LA RECURRENTE** y la sancionó con una multa por valor de novecientos noventa y ocho millones ciento sesenta mil doscientos setenta pesos (\$998.160.270).

**1.8.** Mediante correos electrónicos del 11 de octubre de 2021 (comunicaciones con radicados SSPD No. 20215293048852<sup>19</sup> y 20215293049662<sup>20</sup> del 12 de octubre de 2021), **ALCANOS** presentó oportunamente<sup>21</sup>, a través de apoderado especial<sup>22</sup>, escrito de recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

**1.9.** Mediante comunicación con radicado SSPD No. 20215293070672 del 13 de octubre de 2021<sup>23</sup>, **ALCANOS** remitió unas pruebas referenciadas en el escrito del recurso de reposición.

**1.10.** Mediante acto administrativo No. 20222403389591 del 11 de julio de 2022<sup>24</sup>, comunicado por correo electrónico certificado el 12 de julio del mismo año<sup>25</sup>, el Despacho decretó e incorporó unas pruebas y negó otras.

**1.11.** Mediante comunicación con radicado SSPD No. 20225292782582 del 18 de julio de 2022<sup>26</sup>, **ALCANOS** remitió en medio magnético la información que relacionó en su escrito de recurso de reposición, requerida por el Despacho en el acto administrativo señalado en el numeral anterior.

## 2. IMPUTACIÓN

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20202400000096 del 24 de julio de 2020<sup>27</sup>, la **DIEG** inició una investigación administrativa sancionatoria e imputó los siguientes cargos a **LA RECURRENTE**:

**“CARGO PRIMERO:** ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. presuntamente vulneró lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 del 7 de abril de 2020, al no haber implementado desde el 12 de abril de 2020 hasta la fecha, la Opción Tarifaria Transitoria que las empresas comercializadoras del servicio de gas combustible por redes estaban obligadas a aplicar y ofrecer a sus usuarios regulados”<sup>28</sup>.

**“CARGO SEGUNDO:** ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. presuntamente vulneró lo establecido en los artículos 9 y 146 de la Ley 142 de 1994; los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997; el artículo 14 de la Resolución CREG 059 de 2020 (adicionado por el artículo 1 de la Resolución CREG 065 de 2020) y el numeral 4.1.2. de la Circular Externa SSPD No. 2020100000204 del 29 de abril de 2020, al haber facturado con base en consumos promedio a varios de sus usuarios, durante los meses de marzo, abril y mayo de 2020, como consecuencia de su acción u omisión”<sup>29</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. Folios 467 a 480 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>15</sup> Cfr. Folios 481 a 494 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>16</sup> Los 10 días hábiles para presentar alegatos de conclusión vencían el 28 de mayo de 2021.

<sup>17</sup> Cfr. Folios 495 a 538 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>18</sup> Cfr. Folios 539 a 552 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>19</sup> Cfr. Folios 553 a 583 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>20</sup> Cfr. Folios 584 a 585 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>21</sup> Los 10 días hábiles para presentar el recurso de reposición vencían el 11 de octubre de 2021.

<sup>22</sup> Cfr. Archivo en formato PDF denominado “120215293048852\_00008”, obrante en el CD del folio 554 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>23</sup> Cfr. Folios 586 a 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>24</sup> Cfr. Folios 592 a 597 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>25</sup> Cfr. Folios 598 a 605 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>26</sup> Cfr. Folios 606 a 607 de la carpeta No. 2 del expediente.

<sup>27</sup> Cfr. Folios 69 a 80 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>28</sup> Cfr. Folio 70 de la carpeta No. 1 del expediente.

<sup>29</sup> Cfr. Folio 76 de la carpeta No. 1 del expediente.

### 3. FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho declaró probados los **cargos primero y segundo** imputados, al encontrar que **ALCANOS**:

- (i) No aplicó de forma inmediata la Opción Tarifaria Transitoria (en adelante “OTT”) y con ello transgredió los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 del 7 de abril de 2020, disposiciones que consagraban el deber de los comercializadores del servicio de gas combustible por redes de aplicar una alternativa de tarifa del servicio a los usuarios regulados de los estratos 1 y 2, y ofrecerla a los demás estratos, en la primera facturación frente a la que resultara aplicable dicha Opción Tarifaria (atendiendo los períodos de facturación respectivos).

Lo anterior, en atención a que de acuerdo con la valoración integral del material probatorio y lo informado por la propia comercializadora, no pudo evidenciarse la implementación de la misma en los términos y condiciones que establecía la Resolución CREG 048 de 2020.

- (ii) Facturó con base en consumos promedio a varios de sus usuarios, entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, como consecuencia de su acción u omisión, incumpliendo con ello lo establecido en los artículos 9 y 146 de la Ley 142 de 1994; los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997; el artículo 14 de la Resolución CREG 059 de 2020 (adicionado por el artículo 1 de la Resolución CREG 065 de 2020) y el numeral 4.1.2. de la Circular Externa SSPD No. 20201000000204 del 29 de abril de 2020.

### 4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde a este Despacho resolver el recurso de reposición formulado por **ALCANOS** contra la **Resolución Sancionatoria**; sin embargo, conviene anticipar que, estudiados los motivos de inconformidad expuestos, no se encontraron razones para modificar o revocar la decisión adoptada mediante la precitada resolución.

En ese orden de ideas, el Despacho desarrollará sus argumentos en el presente acto administrativo, así: (i) competencia para conocer y resolver el recurso de reposición; (ii) pruebas aportadas en sede de recurso; (iii) marco normativo aplicable a las infracciones sancionadas; (iv) fundamentos de la **Resolución Sancionatoria**; (v) valoración de los argumentos propuestos por **ALCANOS** contra la **Resolución Sancionatoria**; y (vi) conclusión.

#### 4.1. COMPETENCIA DEL DESPACHO PARA CONOCER Y RESOLVER EL RECURSO DE REPOSICIÓN

El artículo 2 de la Constitución Política constituye el primer fundamento constitucional implícito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, al contemplar como fines esenciales del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ello implica que la Administración debe propender por el mantenimiento de las condiciones que permitan el disfrute de los derechos de las personas, para lo cual deberá utilizar, si es del caso, las facultades sancionatorias inherentes al ejercicio del poder público<sup>30</sup>.

Por una parte, el artículo 365 constitucional señala que los servicios públicos están sometidos al régimen que fije la Ley. En cumplimiento de este mandato, se expidió la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 79, numeral 1, se le asignaron a la **SSPD** las funciones de: “*Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad*”.

Por otra parte, el artículo 370 también constitucional, establece que corresponde al Presidente de la República fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU - 1010 del 16 de octubre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se explicó: “(...) el ejercicio de la función pública encomendada a la Administración implica que, si ésta se encuentra facultada para imponer un mandato o regular una conducta en servicio del interés público, también debe estar facultada para lograr la garantía del orden mediante la imposición de sanciones, frente al cumplimiento de tales mandatos”. Véase también Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C - 595 del 27 de julio de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

servicios públicos domiciliarios. En ese orden, por medio de la **SSPD** se ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que prestan servicios públicos y desarrollan actividades complementarias, y se imponen las sanciones administrativas a que haya lugar, en los términos de los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994.

Respecto a las facultades especiales de inspección, vigilancia y control que ostenta la **SSPD**, la jurisprudencia administrativa ha indicado:

*“(...) el legislador le otorgó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades especiales de vigilancia y control, además de plenos poderes sancionatorios por la violación o desconocimiento del ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos, todo lo anterior en el marco de actuación de lo dispuesto para el ejercicio y ejecución de sus competencia y funciones misionales. Cabe resaltar que la potestad sancionatoria implica la existencia de un procedimiento previo que respete el derecho de defensa y contradicción y que como resultado del mismo se llegue a la imposición de medidas en el marco del derecho de “punición” o “castigo”<sup>31</sup>.*

En línea con lo anterior, el numeral 11 del artículo 16 del Decreto 1369 de 2020 dispuso que es competencia de la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible: *“Vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios y adelantar los procedimientos encaminados a sancionar sus violaciones”*.

A su turno, se le delegó al Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible la función de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que, dentro de dichos sectores, violen las normas a las que estén sujetos<sup>32</sup>.

Ahora bien, el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”) señala que, contra los actos administrativos definitivos, por regla general, procederá el recurso de reposición, para que el funcionario que profirió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque<sup>33</sup>.

En el presente caso, la **Resolución Sancionatoria** fue proferida por la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible, razón por la cual le corresponde a este Despacho, en el marco de la competencia legal ya estudiada, conocer y resolver el recurso de reposición formulado por **ALCANOS** mediante las comunicaciones No. 20215293048852<sup>34</sup> y 20215293049662<sup>35</sup> del 12 de octubre de 2021.

#### 4.2. PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE RECURSO

Mediante el acto administrativo No. 20222403389591 del 11 de julio de 2022<sup>36</sup>, el Despacho: **(i)** incorporó las pruebas aportadas por **ALCANOS** mediante las comunicaciones SSPD No. 20215293048852<sup>37</sup> del 12 de octubre de 2021 y 20215293070672<sup>38</sup> del 13 de octubre de 2021; **(ii)** negó la práctica de las pruebas solicitadas por **LA RECURRENTE** y **(iii)** decretó otra de oficio requiriendo al prestador para que allegara en medio físico o magnético la información que aportó a través de un enlace en el escrito de recurso de reposición.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 de noviembre 26 de 2015. Consejero Ponente: Roberto Serrato Valdez.

<sup>32</sup> Resolución SSPD No. 20211000012995 del 29 de marzo de 2021:

*“Artículo 2. Delegar en los Superintendentes Delegados de Acueducto, Alcantarillado y Aseo y de Energía y Gas Combustible dentro de su ámbito sectorial las siguientes funciones: 1) Imponer las siguientes sanciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios que violen las normas a las que deban estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta:*

*a) Amonestación;*  
*b) Multas (...).”*

*“Artículo 14. La presente resolución regula integralmente las delegaciones efectuadas por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las Resoluciones 0021 del 05 de enero de 2005, 20111300022725 del 12 de septiembre de 2011, 20121300033655 del 25 de octubre de 2012, 20131300030745 del 14 de agosto de 2013, 20131300056925 del 19 de diciembre de 2013, 20151300010005 del 27 de abril de 2015, 20165270010555 del 19 de abril de 2016, 20161300059975 del 20 de octubre de 2016, 20161000065165 del 09 de diciembre de 2016, 201620161300065315 del 12 de diciembre de 2016, 20171300104825 del 29 de junio de 2017, 20171300104725 del 29 de junio de 2017, 20181000130235 del 07 de noviembre de 2018 y 20195000052375 del 22 de noviembre de 2019, 20201000053885 del 23 de noviembre de 2020, 20211000004805 del 19 de febrero de 2021”.*

<sup>33</sup> *“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

*1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*  
*(...).”*

<sup>34</sup> Cfr. Folios 553 a 583 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>35</sup> Cfr. Folios 584 a 585 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>36</sup> Cfr. Folios 592 a 597 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>37</sup> Cfr. Folios 553 a 583 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>38</sup> Cfr. Folios 586 a 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

**LA RECURRENTE** mediante la comunicación SSPD No. 20225292782582 del 18 de julio de 2022, remitió la información requerida por el Despacho a través del acto administrativo previamente señalado.

Con lo anterior, el Despacho considera que el material probatorio existente en la presente actuación administrativa es suficiente para resolver de fondo el recurso de reposición.

#### 4.3. SOLICITUDES REALIZADAS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Como se indicó en los antecedentes de este acto, le corresponde a este Despacho resolver el recurso de reposición formulado por **ALCANOS**, por medio del cual solicitó:

##### ***“I. PRETENSIONES”***

###### ***1. Principales***

**Primera.** - Que se revoque la Resolución No. SSPD – 20212400529757 del 27 de septiembre de 2021, por la cual se impone una sanción a **ALCANOS**.

**Segunda.** - Que en reemplazo de la Resolución recurrida se expida una en la cual se exonere a **ALCANOS** de los cargos formulados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

###### ***2. Subsidiarias***

*Si el Despacho no encuentra procedente la primera y segunda pretensión principal, respetuosamente solicito se acoja la siguiente pretensión subsidiaria:*

**Primera.** - Que se imponga a **ALCANOS** una amonestación en los términos establecidos en el numeral 1 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el presente recurso.

*Si el Despacho no encuentra procedente la primera pretensión subsidiaria, respetuosamente solicito se acoja la siguiente pretensión subsidiaria:*

**Segunda.** - Que se reduzca el monto de la multa impuesta a **ALCANOS**, teniendo en cuenta los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el presente recurso<sup>39</sup>.

#### 4.4. DEL CARGO PRIMERO

##### 4.4.1. MARCO NORMATIVO

- **Resolución CREG 048 del 7 abril de 2020, artículo 2:**

**“Artículo 2. Reglas para la aplicación de la opción tarifaria transitoria para usuarios residenciales pertenecientes a los estratos 1 y 2.** A partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, las empresas comercializadoras de gas combustible por redes de tubería deberán aplicar, de manera inmediata, a los usuarios residenciales pertenecientes a los estratos 1 y 2, una opción tarifaria para el cálculo del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, conforme a las reglas que se definen a continuación:

1. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de la presente Resolución, el comercializador deberá informar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, mediante comunicación suscrita por el Representante Legal, las condiciones que se aplicarán a los usuarios en la Opción Tarifaria Transitoria.

2. Los comercializadores deberán poner en conocimiento de todos los usuarios la opción tarifaria transitoria mediante volante anexo a la siguiente factura o por cualquier otro medio eficaz para el efecto y que se pueda comprobar, informando de manera completa, precisa y clara los términos de la misma, e indicando expresamente que, conforme a lo previsto en el inciso segundo del Artículo 130 de la Ley 142 de 1994, “El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.”

3. En cualquier tiempo, el usuario podrá solicitar que no se le siga aplicando la Opción Tarifaria, para lo cual deberá pagar el saldo acumulado que presente a esa fecha. En este caso, el Comercializador, en lo sucesivo, deberá continuar calculando el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación

<sup>39</sup> Cfr. Folio 555 de la carpeta No. 3 del expediente.

del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería conforme a lo definido en la Resolución CREG 137 de 2013 o aquellas que la modifiquen o adicionen.<sup>[40]</sup>

4. En atención a la aplicación inmediata de la Opción Tarifaria de que trata esta Resolución, no se requerirá el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 125 de la Ley 142 de 1994 en relación con la actualización del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería de que trata la Resolución CREG 137 de 2013, ni de la obligación de publicar la tarifa que resulte de aplicar la Opción Tarifaria, sin perjuicio de su cumplimiento para los siguientes meses de su aplicación. Esta publicación deberá ser remitida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.

5. El comercializador aplicará la Opción Tarifaria definida en esta Resolución para recuperar los incrementos del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería que se traslada a los usuarios residenciales pertenecientes a los Estratos 1 y 2 de la población, en un plazo mínimo de treinta y seis (36) meses y máximo de sesenta (60) meses, contado a partir del inicio de su aplicación.<sup>[41]</sup>

6. El Comercializador podrá, una vez terminado el plazo señalado en el numeral anterior, definir el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería nuevamente, a partir del Costo que resulte de aplicar la Resolución CREG 137 de 2013 o aquéllas que la modifiquen o deroguen.

7. En este último caso, los saldos acumulados que existiesen una vez terminado el plazo máximo de 60 meses, no podrán ser trasladados en la tarifa al usuario final.

8. Para calcular el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería resultante de la Opción Tarifaria Transitoria para los usuarios residenciales de estratos 1 y 2, se les calculará el CUvA, el SA y el VR; y, el Comercializador  $j$  del Mercado Relevante de Comercialización  $i$ , utilizará la siguiente expresión:

$$CUvA_{m,i,j,k} = \min \left[ \left( CUvA_{m-1,i,j,k} \times (1 + PVj, k) \right), CUvR_{m,i,j} + \frac{SA_{m-1,i,j,k}}{VR_{m-1,i,j,k}} \right]$$

$$SA_{m,i,j} = [SA_{m-1,i,j,k} + (CUvR_{m,i,j} - CUvA_{m-1,i,j,k}) \times VR_{m-1,i,j,k}] \times (1 + r)$$

Donde:

$m$	Mes para el cual se calcula Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería.
$K$	Tipo de usuario regulado: Usuario Residencial pertenecientes a los estratos 1 y 2.
$PVj,k$	<p>PVJK.<sup>[42]</sup> Porcentaje de variación mensual, por tipo de usuario <math>k</math>, que aplicará el Comercializador <math>j</math> sobre el componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería. Este será definido por cada Comercializador y podrá cambiar de un mes a otro, pero deberá asegurarse de que, en los siguientes sesenta (60) meses, permita recuperar el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio. En cualquier caso, el PV:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i. Podrá tener valores negativos,</li> <li>ii. Durante los tres (3) primeros meses no podrá superar el 0%</li> <li>iii. El PV acumulado de los primeros doce (12) meses no podrá superar la variación anual del índice de Precios al Consumidor, IPC al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al mes de cálculo</li> <li>iv. El PV acumulado anual en cada año de aplicación de la Opción, después de transcurridos los primeros doce (12) meses, no podrá ser superior a la variación anual del índice de Precios al Consumidor, IPC, al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al mes de cálculo más el 6.0%.”</li> </ul>

<sup>40</sup> Numeral modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 109 de 2020 del 7 de junio de 2020. El nuevo texto es el siguiente: “3. Los usuarios de que trata el presente artículo no podrán solicitar su retiro de la Opción Tarifaria aquí establecida”.

<sup>41</sup> Numeral modificado por el artículo 3 de la Resolución CREG 109 de 2020 del 7 de junio de 2020. El nuevo texto es el siguiente:

“5. El comercializador aplicará la Opción Tarifaria definida en esta Resolución para recuperar los incrementos del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería que se traslada a los usuarios residenciales pertenecientes a los Estratos 1 y 2 de la población, en un plazo mínimo de doce (12) meses y máximo de sesenta (60) meses, contado a partir del inicio de su aplicación”.

<sup>42</sup> Definición modificada por el artículo 4 de la Resolución CREG 109 de 2020 del 7 de junio de 2020. El nuevo texto es el siguiente:

“PVj,k: Porcentaje de variación mensual, por tipo de usuario  $k$ , que aplicará el Comercializador  $j$  sobre el componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería. Este será definido por cada Comercializador y podrá cambiar de un mes a otro, pero deberá asegurarse de que, en los siguientes sesenta (60) meses, permita recuperar el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio. En cualquier caso, el PV:

i. Podrá tener valores negativos.

ii. Durante los cuatro (4) primeros meses no podrá superar el cero por ciento (0%).

iii. El PV acumulado de los primeros doce (12) meses no podrá superar la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al mes de cálculo.

iv. El PV acumulado anual en cada año de aplicación de la Opción, después de transcurridos los primeros doce (12) meses, no podrá ser superior a la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al mes de cálculo más el 6.0%.”.

	anual del índice de Precios al Consumidor, IPC, al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al mes de cálculo más el 6.0%.
$SA_{m,i,j,k}$	Saldo Acumulado, expresado en \$, del Comercializador $j$ para el mes $m$ del Mercado Relevante de Comercialización $i$ , para el tipo de usuario $k$ , por las diferencias entre el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería real o calculado $CUvR_{m,i,j}$ y el Costo Promedio Unitario del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería aplicado $CUvA_{m,i,j,k}$ . A la fecha de entrada en vigencia de la presente Resolución dicho valor será cero (0).
$VR_{m-1,i,j,k}$	Ventas de gas en el mes $m-1$ efectuadas por el Comercializador $j$ , en el Mercado Relevante de Distribución $i$ , para el tipo de usuario $k$ , expresado en $m^3$ .
$CUvR_{m,i,j}$	Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería real o calculado, expresado en $$/m^3$ , calculado para el mes $m$ , conforme la Resolución CREG 137 de 2013 para los usuarios regulados que son atendidos por el Comercializador $j$ , en el Mercado de Comercialización $i$ .
$CUvA_{m,i,j,k}$	Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, expresado en $$/m^3$ , aplicado en el mes $m$ , por el Comercializador $j$ , en el Mercado Relevante de Comercialización $i$ , para el tipo de usuario $k$ . Para el primer mes de aplicación de la Opción, el valor de esta variable será igual al valor de la variable $CUvR$ del mes anterior, $CUvR_{m-1}$ .
$CUvA_{m-1,i,j,k}$	Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, expresado en $$/m^3$ , aplicado en el mes $m-1$ , por el Comercializador $j$ , en el Mercado Relevante de Comercialización $i$ , para el tipo de usuario $k$ .
$r$	<p>Tasa de interés a trasladar al usuario por los comercializadores. Esta variable debe corresponder a la tasa de interés efectivamente incurrida sin que, en ningún caso, supere la tasa de interés preferencial de los créditos comerciales vigentes de las últimas tres (3) semanas disponibles a la fecha de expedición de la presente Resolución.</p> <p>La fuente de información de la Tasa Preferencial será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el Formato 441, Circular 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia.</p> <p>En el caso de existir líneas de financiación creadas por el Gobierno Nacional para estos efectos, la tasa <math>r</math> a transferir a los usuarios corresponderá a la tasa de estas líneas de financiación, así la empresa no tome dicha financiación.</p> <p>La tasa efectiva anual publicada deberá calcularse de manera mensual, para su aplicación, utilizando la siguiente expresión:</p> $r = (1 + r_{EA_m})^{\frac{1}{12}} - 1$ <p>Donde:</p> <p><math>r</math>: Tasa mensual a aplicar en el mes <math>m</math>.</p> <p><math>r_{EA_m}</math>: Tasa efectiva anual para calcular la tasa mensual a aplicar en el mes <math>m</math>.</p>

9. Al momento de aplicar la Opción Tarifaria Transitoria, el Comercializador deberá indicar el Porcentaje de variación mensual (PV) que espera aplicar. Cualquier modificación durante la aplicación de la Opción Tarifaria deberá ser informada a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD.

10. El Comercializador deberá mantener actualizada la información relativa a los saldos acumulados y el histórico de los valores que se trasladan a la tarifa del usuario final.

11. Además de lo establecido en la regulación vigente en relación con la información que debe contener la factura, el comercializador deberá incluir el Costo de Prestación del Servicio obtenido con la Opción Tarifaria y la tarifa que corresponda.

12. Una vez el Comercializador determine el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería que se traslada a los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 con base en la Opción Tarifaria Transitoria de que trata este Artículo, aplicará las disposiciones vigentes en materia de subsidios para efectos de determinar la tarifa”.

- **Resolución CREG 048 del 7 abril de 2020, artículo 3:**

**“Artículo 3. Reglas para la aplicación de la opción tarifaria transitoria para usuarios regulados diferentes a los residenciales de los estratos 1 y 2.** A partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, las empresas comercializadoras de gas combustible por redes de tubería deberán ofrecer, de manera inmediata, a los Usuarios Regulados diferentes a los residenciales de los Estratos 1 y 2, una opción tarifaria para el cálculo del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, conforme a las reglas que se definen a continuación:

1. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de la presente Resolución, el comercializador deberá informar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, mediante comunicación suscrita por el Representante Legal, las condiciones que se ofrecerán y aplicarán a los usuarios en la Opción Tarifaria Transitoria.
2. Los comercializadores deberán poner en conocimiento de todos los usuarios regulados de que trata este Artículo la opción tarifaria transitoria mediante volante anexo a la siguiente factura, o por cualquier otro medio eficaz para el efecto y que se pueda comprobar, informando de manera completa, precisa y clara los términos de la misma, e indicando expresamente que, conforme a lo previsto en el inciso segundo del Artículo 130 de la Ley 142 de 1994, "El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos."
3. Los comercializadores procederán a liquidar el consumo al usuario en la primera factura que expidan, con y sin la opción tarifaria y, los usuarios debidamente informados, manifestarán su decisión de acogerse a la misma mediante el pago del valor liquidado con la opción tarifaria.
4. En cualquier tiempo, el usuario podrá solicitar que no se le siga aplicando la Opción Tarifaria, para lo cual deberá pagar el saldo acumulado que presente a esa fecha. En este caso, el Comercializador, en lo sucesivo, deberá continuar calculando el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería conforme a lo definido en la Resolución CREG 137 de 2013 o aquéllas que la modifiquen o adicionen.
5. En atención a la aplicación inmediata de la Opción Tarifaria de que trata esta Resolución, no se requerirá el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 125 de la Ley 142 de 1994, en relación con la actualización del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería de que trata la Resolución CREG 137 de 2013, ni de la obligación de publicar la tarifa que resulte de aplicar la Opción Tarifaria, sin perjuicio de su cumplimiento para los siguientes meses de su aplicación. Esta publicación deberá ser remitida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.
6. El comercializador aplicará la Opción Tarifaria definida en esta Resolución para recuperar los incrementos del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería que se traslada a los usuarios de que trata este Artículo, en el plazo que determine el comercializador al ofrecer la opción, contado a partir del inicio de su aplicación.
7. El Comercializador podrá, una vez terminado el plazo señalado en el numeral anterior, definir el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería nuevamente, a partir del Costo que resulte de aplicar la Resolución CREG 137 de 2013 o aquéllas que la modifiquen o deroguen.
8. En este último caso, los saldos acumulados que existiesen una vez terminado el plazo ofrecido por el Comercializador, no podrán ser trasladados en la tarifa al usuario final.
9. Para calcular el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería resultante de la Opción Tarifaria Transitoria, a los usuarios de que trata este Artículo, se les calculará el CUvA, el SA y el VR en forma separada; y, el Comercializador  $j$  del Mercado Relevante de Comercialización  $i$ , utilizará la siguiente expresión:

$$CUvA_{m,i,j,k} = \min \left[ \left( CUvA_{m-1,i,j,k} \times (1 + PV_{j,k}) \right), CUvR_{m,i,j} + \frac{SA_{m-1,i,j,k}}{VR_{m-1,i,j,k}} \right]$$

$$SA_{m,i,j} = [SA_{m-1,i,j,k} + (CUvR_{m,i,j} - CUvA_{m,i,j,k}) \times VR_{m-1,i,j,k}] \times (1 + r)$$

Donde:

$M$	Mes para el cual se calcula Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería.
$K$	Tipo de usuario regulado: Usuarios de estratos 3 a 6 y demás tipos de usuarios regulados (oficial, comercial, industrial, especial, especial asistencial, especial educativo).
$PV_{j,k}$	Porcentaje de variación mensual, por tipo de usuario $k$ , que aplicará el Comercializador $j$ sobre el componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería. Este será definido por cada Comercializador y podrá cambiar de un mes a otro.
$SA_{m,i,j,k}$	Saldo Acumulado, expresado en \$, del Comercializador $j$ para el mes $m$ del Mercado Relevante de Comercialización $i$ , para el tipo de usuario $k$ , por las diferencias entre el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería real o calculado

	<i>CUvR<sub>m,ij</sub> y el Costo Promedio Unitario del Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería aplicado CUvA<sub>m,ij,k</sub>. A la fecha de entrada en vigencia de la presente Resolución dicho valor será cero (0).</i>
VR <sub>m-1,ij,k</sub>	<i>Ventas de gas a usuarios regulados de que trata este Artículo que se acogieron a la Opción Tarifaria, en el mes m-1 efectuadas por el Comercializador j, en el Mercado Relevante de Distribución j, para el tipo de usuario k, expresado en m<sup>3</sup>.</i>
CUvR <sub>m,ij</sub>	<i>Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería real o calculado, expresado en \$/m<sup>3</sup>, calculado para el mes m, conforme la Resolución CREG 137 de 2013, para los usuarios regulados que son atendidos por el Comercializador j, en el Mercado de Comercialización i.</i>
CUvA <sub>m,ij,k</sub>	<i>Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, expresado en \$/m<sup>3</sup>, aplicado en el mes m, por el Comercializador j, en el Mercado Relevante de Comercialización i, para el tipo de usuario k. Para el primer mes de aplicación de la Opción, el valor de esta variable será igual al valor de la variable CUvR del mes anterior, CUvR<sub>m-1</sub>.</i>
CUvA <sub>m-1,ij,k</sub>	<i>Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería, expresado en \$/m<sup>3</sup>, aplicado en el mes m-1, por el Comercializador j, en el Mercado Relevante de Comercialización i, para el tipo de usuario k.</i>
r	<p><i>Tasa de interés a trasladar a los usuarios de que trata este Artículo por los comercializadores. Esta variable debe corresponder a la tasa de interés efectivamente incurrida sin que, en ningún caso, supere la tasa de interés preferencial de los créditos comerciales vigentes de las últimas tres (3) semanas disponibles a la fecha de expedición de la presente Resolución.</i></p> <p><i>La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el Formato 441, Circular 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia.</i></p> <p><i>En el caso de existir líneas de financiación creadas por el Gobierno Nacional para estos efectos, la tasa r a transferir a los usuarios corresponderá a la tasa de estas líneas de financiación, así la empresa no tome dicha financiación.</i></p> <p><i>La tasa efectiva anual publicada deberá calcularse de manera mensual, para su aplicación, utilizando la siguiente expresión:</i></p> $r = (1 + r_{EA_m})^{\frac{1}{12}} - 1$ <p><i>Donde:</i></p> <p><i>r: Tasa mensual a aplicar en el mes m.</i></p> <p><i>r<sub>EA</sub>: Tasa efectiva anual para calcular la tasa mensual a aplicar en el mes m.</i></p>

10. Al momento de aplicar la Opción Tarifaria Transitoria, el Comercializador deberá indicar el Porcentaje de variación mensual (PV) que espera aplicar. Cualquier modificación durante la aplicación de la Opción Tarifaria deberá ser informada a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD.

11. El Comercializador deberá mantener actualizada la información relativa a los saldos acumulados, y el histórico de los valores que se trasladan a la tarifa del usuario final.

12. Además de lo establecido en la regulación vigente en relación con la información que debe contener la factura, el comercializador deberá incluir el Costo de Prestación del Servicio obtenido con la Opción Tarifaria, y la tarifa que corresponda.

13. Una vez el Comercializador determine el Componente Variable del Costo Unitario de Prestación del Servicio Público de Gas Combustible por Redes de Tubería que se traslada a los usuarios regulados con base en la Opción Tarifaria Transitoria de que trata la presente Resolución, aplicará las disposiciones vigentes de subsidios y contribuciones para efectos de determinar la tarifa”.

#### 4.4.2. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

De conformidad con la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

##### “3.3.3. Análisis de la conducta de LA INVESTIGADA

(...)

Es oportuno señalar que en el escrito de descargos presentado mediante la comunicación No. 20205291729152 del 26 de agosto de 2020<sup>43</sup>, **LA INVESTIGADA** afirmó que para la aplicación de la OTT requirió de un periodo de tres meses, por lo que, a partir del 15 de junio de 2020, empezó a

<sup>43</sup> Cfr. Folios 98 a 222 de la carpeta No. 1 del expediente.

comunicar a sus usuarios dicha opción tarifaria, y su aplicación la realizó a partir el 15 de julio de 2020 (...).

De igual forma, mediante las comunicaciones No. 20215290178822 y 20215290197032 del 2 y 4 de febrero de 2021<sup>44</sup>, respectivamente, **LA INVESTIGADA** reiteró que aplicó la OTT a partir del mes de julio de 2020, así:

(...)

Así, del estudio del material probatorio obrante en el expediente, el Despacho evidencia lo siguiente:

**a)** De conformidad con las facturas expedidas por el prestador en los meses de mayo y junio de 2020 para los usuarios de los estratos 1 y 2 revisadas por el Despacho, se observa que **ALCANOS** no aplicó la OTT. Lo anterior se advierte, en tanto que, verificadas las facturas aportadas por el prestador en curso de la investigación, no se encuentra expresamente el “Costo de Prestación del Servicio obtenido con la Opción Tarifaria”.

(...)

**b)** En relación con el ofrecimiento de la OTT a usuarios de los estratos diferentes al 1 y 2, revisadas las facturas expedidas por el prestador en los meses de mayo y junio de 2020 no se observa la liquidación del consumo con y sin la OTT, a fin de que pudieran manifestar su decisión de acogerse o no a la misma, mediante el pago del valor liquidado con la opción tarifaria o del valor liquidado con la Resolución CREG 137 de 2013.

(...)

**c)** En algunas facturas del mes de junio de 2020, se aprecia que solo a partir de dicho mes el prestador informó a algunos de sus usuarios de los estratos diferentes al 1 y 2 que aplicaría la OTT, así: “Alcanos de Colombia informa que a partir del mes de junio se acoge a la opción tarifaria transitoria, la cual se aplicará de manera inmediata en el periodo de facturación en el que el componente variable de la tarifa aumente con respecto al periodo anterior, reflejando un menor valor por m3 (...)” (Énfasis agregado). Lo anterior se puede evidenciar en facturas como la siguiente:

(...)

**d)** En algunas de las facturas expedidas en julio de 2020, se aprecia que solo a partir de dicho mes el prestador aplicó a algunos de sus usuarios de los estratos 1 y 2 la OTT. Veamos:

(...)

A partir de lo anterior, para el Despacho es claro que **LA INVESTIGADA** no aplicó ni ofreció de forma inmediata la OTT, es decir, en la facturación de cada usuario frente a la que resultara aplicable dicha Opción Tarifaria (atendiendo los períodos de facturación respectivos), conforme lo dispuso la Resolución CREG 048 de 2020.

En ese orden, no puede perderse de vista que, de acuerdo con los datos suministrados por **LA INVESTIGADA** en el marco de la averiguación preliminar, y que soportan la Tabla No. 2 del Pliego de Cargos, se pudo determinar que, si **LA INVESTIGADA** hubiera aplicado la OTT de manera inmediata, se habría mitigado el incremento de la tarifa calculada en el mes de abril de 2020 para los usuarios de todos los mercados en los que la empresa prestó su servicio, a saber:

(...)

De acuerdo con esta información se observa que el incremento en el componente variable del costo de prestación del servicio (**CUvA**) por no haber aplicado la OTT en el mes de abril de 2020, correspondió a los siguientes porcentajes:

1. Usuarios del mercado de Cambao (San Juan de Río Seco): **11,7%**.
2. Usuarios del mercado de Tena: **11,8%**.
3. Usuarios del mercado de Granada Cundinamarca: **11,8%**.
4. Usuarios del mercado de San Antonio del Tequendama: **11,8%**.
5. Usuarios del mercado de Limoncito: **11,8%**.
6. Usuarios del mercado de Filo de Guayabal: **11,8%**.

Así las cosas, el Despacho encuentra suficientemente probado que **LA INVESTIGADA** vulneró lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 del 7 de abril de 2020, al no haber implementado desde el momento de su publicación, la OTT que las empresas comercializadoras del servicio de gas combustible por redes estaban obligadas a aplicar y ofrecer a sus usuarios regulados, bajo las condiciones establecidas en la mencionada Resolución.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Cfr. Folios 339 a 357 de la carpeta No. 2 del expediente.

<sup>45</sup> Cfr. Folios 507 a 511 de la carpeta No. 3 del expediente.

#### 4.4.3. ARGUMENTOS DEL RECURSO PRESENTADO FRENTE AL CARGO PRIMERO

##### 4.4.3.1. En relación con “Los vicios por inconstitucionalidad del acto administrativo”

**ALCANOS** argumenta que la **Resolución Sancionatoria**, respecto del cargo primero, presenta unos vicios de inconstitucionalidad que conllevarían a la declaratoria de nulidad del mencionado acto administrativo. En palabras de **LA RECURRENTE**, dichos vicios se encuentran plasmados en: **(i)** la violación al derecho fundamental al debido proceso y **(ii)** la violación a los derechos de defensa y contradicción. Veamos:

“A continuación, se expondrán los vicios por inconstitucionalidad del acto administrativo:

###### 2.1.1. Violación del derecho fundamental al debido proceso

“(…)

Dentro de la Resolución SSPD - 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021, la Superintendencia planteó:

*“En todo caso, toma relevancia destacar que las competencias a cargo de la SSPD se encuentran orientadas a efectuar las labores de inspección, vigilancia y control del efectivo cumplimiento por parte de los prestadores a la normativa que integra los servicios públicos domiciliarios, como lo es la regulación expedida por la CREG, no estando dentro del fuero de sus competencias declarar que las obligaciones derivadas de la Resolución 048 de 2020, o de otras normas, se tornen de “imposible” cumplimiento, pues para tal efecto están contemplados en el CPACA los medios de control correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (El resaltado es mío)*

Lo anterior implica una clara violación al derecho fundamental al debido proceso. ALCANOS estructuró una defensa sólida a lo largo de la investigación administrativa, dentro de los descargos y los alegatos de conclusión, así como en las respuestas a los requerimientos planteados por la SSPD. Además, aportó un material probatorio importante que debía ser verificado por la Superintendencia y analizado frente al caso en concreto. No obstante, la SSPD, haciendo caso omiso a toda la defensa planteada por ALCANOS, afirma con especial ligereza que ella no tiene competencia para determinar las obligaciones (cuyo cumplimiento debe controlar y vigilar de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994) son materialmente posibles de cumplir o no, y por ese motivo descartar los fundamentos planteados por la empresa.

La decisión y los argumentos de la Superintendencia constituyen una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, pues bajo una excusa carente de fundamento jurídico e ilegal, omitió pronunciarse de fondo frente a la defensa estructurada por ALCANOS.

“(…)

Con todos los reproches del caso, es evidente que el Consejo de Estado ya ha sentado su posición frente a la Resolución CREG 048 de 2020. Sin embargo, lo que ALCANOS atacó desde el principio de la investigación administrativa (e incluso desde la expedición del proyecto de resolución) fue la imposibilidad de cumplir en término, esto es, “inmediatamente”, con la obligación que imponía dicha norma.

Conforme se expuso en el fundamento fáctico, resulta completamente diferente señalar que las empresas estuviesen en la capacidad administrativa de implementar la OTT que estas pudieran hacerlo en el precario plazo establecido por el regulador. En el presente caso, siempre se advirtió que la imposibilidad radicaba en la implementación “inmediata” de la OTT, más que en los esfuerzos que tuviese que hacer la empresa. Como quedó probado dentro del expediente, ALCANOS implementó la OTT establecida en la Resolución CREG 048 de 2020, sim (sic) embargo lo que le resultó imposible, fue poderla implementar por completo de forma inmediata, dada la precariedad de los plazos establecidos por el regulador.

De ahí que es la Superintendencia, y no otra entidad, quien dentro de la investigación administrativa sea la encargada y obligada de determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se presentó el supuesto incumplimiento de la norma, o bien la aplicación de los principios o eximentes de responsabilidad a los que pueda haber lugar conforme a lo establecido en la ley. En este sentido, dicho análisis debe comprender la revisión de los fundamentos de hecho y los problemas que haya tenido la investigada para dar cumplimiento a la normativa, así como de la posibilidad material de cumplir o no la obligación.

“(…)

###### 2.1.2. Violación a los derechos de defensa y contradicción

“(…)

En el marco de una actuación administrativa de naturaleza sancionatoria, la administración no puede limitarse a actuar de manera mecánica o autómata para determinar el supuesto incumplimiento de

una disposición normativa, sino que, en razón de sus funciones y facultades, debe procurar entender las razones por las cuales se pudo haber llegado a presentar una situación determinada, con el fin de entender no solo sus causas, sino, además, para evitar que la misma se presentara nuevamente en el futuro.

En este mismo sentido, es importante señalar que el ejercicio de intervención del Estado en los servicios públicos implica no solamente que este vele porque los mismos se presten de manera eficiente, continua y en condiciones de calidad, sino, además, que el Estado contribuya y apoye a personas que prestan los servicios públicos para lograr estos fines.

Lo anterior implica que la SSPD a través de sus diferentes dependencias y en el ejercicio de sus funciones debe procurar porque los mandatos previstos en la Constitución y en la Ley 142 de 1994 se cumplan realmente, teniendo en cuenta que el fin no es sancionar a una empresa por que sí, sino que se garantice la prestación de un servicio eficiente, continuo y de calidad, lo cual exige que las empresas de servicios públicos que participan en este propósito, cuenten con el apoyo por parte del Estado, de tal manera que este solo se limite a actuar como policía, sino que, de ser necesario, efectúe las recomendaciones que puedan resultar necesarias para que el regulador realice cambios o ajustes en la regulación vigente, de tal manera que su (sic) pueda lograr un balance entre los mecanismos de control y las bases para efectuar la evaluación de la gestión y los resultados de las empresas prestadoras de los servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia. (...)"<sup>46</sup>.

Para el Despacho la argumentación de **ALCANOS** parte de un análisis descontextualizado de lo expuesto en la **Resolución Sancionatoria**. Al respecto, una lectura integral del numeral **3.3.4.1.** del mencionado acto, que analiza *in extenso* los argumentos de **LA RECURRENTE** sobre la "imposibilidad para dar aplicación inmediata a lo estipulado en la Resolución CREG 048 de 2020", permite entender lo anterior. Se lee en el referido numeral lo siguiente:

**"3.3.4.1. De la "imposibilidad para dar aplicación inmediata a lo estipulado en la Resolución CREG 048 de 2020".**

**LA INVESTIGADA** argumentó, tanto en el escrito de descargos como en el de alegatos de conclusión que, la aplicación inmediata de la **OTT** no era posible, pues requirió realizar modificaciones a su software de facturación, en los siguientes términos:

(...)

Para concluir, **LA INVESTIGADA** indicó:

"Cambios regulatorios que, de manera directa, como lo mencionamos antes, se agregaron al desarrollo tecnológico que estaba siendo adelantado por la Compañía para corresponder a la implementación de la Resolución CREG 048 de 2020 y que implicaron un cambio en los cronogramas ya establecidos.

(...)

**Todo lo anterior demuestra que aún con los mayores esfuerzos, era imposible para la Compañía iniciar la aplicación de la Opción Tarifaria Transitoria con la inmediatez que ordenaba la Resolución CREG 048/2020, y que la metodología propuesta por la CREG en la Resolución 048 de 2020 requería de ajustes en su cálculo, los cuales fueron corregidos por el Regulador el 5 de junio de 2020 mediante la publicación de sus Resoluciones 104 y 109 de 2020, fecha en la que valga la pena mencionar, también otorgó respuesta formal a las inquietudes propuestas por ALCANOS.**<sup>47</sup> (Énfasis del texto original).

(...)

En sexto lugar, frente a la alegación de **LA INVESTIGADA** referente a que "aún con los mayores esfuerzos, era imposible para la Compañía iniciar la aplicación de la Opción Tarifaria Transitoria con la inmediatez que ordenaba la Resolución CREG 048/2020", vale la pena precisar que la obligación aquí imputada como incumplida es propia del régimen de los servicios públicos domiciliarios y recae directamente en **ALCANOS**. Ello se traduce en que, independientemente del despliegue de una serie de acciones por parte del prestador tendientes supuestamente a acatar los postulados regulatorios, no puede tomarse por se cómo un efectivo cumplimiento de los mismos, lo que realmente interesa es que, finalmente no incurra en prácticas vulneradoras de las normas que rigen el sector y a las que se encuentra sujeto.

Una interpretación en sentido contrario, permitiría concluir "incorrectamente" que la aplicación de la regulación se aplica con menor rigor entre unos y otros prestadores, en razón del mayor o menor esfuerzo desplegado para tal efecto, siendo este un resultado inaceptable legal y constitucionalmente, pues es absolutamente contrario a los derechos de los usuarios.

**En todo caso, toma relevancia destacar que las competencias a cargo de la SSPD se encuentran orientadas a efectuar las labores de inspección, vigilancia y control del efectivo cumplimiento por parte de los prestadores a la normativa que integra los servicios públicos domiciliarios, como lo es la regulación expedida por la CREG, no estando dentro del fuero de sus competencias declarar que las**

<sup>46</sup> Cfr. Folio 565 (reverso) a 567 de la carpeta 3 del expediente.

<sup>47</sup> Cfr. Folio 105 (reverso) de la carpeta No. 1 del expediente.

obligaciones derivadas de la Resolución CREG 048 de 2020, o de otras normas, se tornen de “imposible” cumplimiento, pues para tal efecto están contemplados en el CPACA los medios de control correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (Subrayas agregadas).

Nótese como, la referencia que hace el Despacho de que no estaba “dentro del fero de sus competencias declarar que las obligaciones derivadas de la Resolución CREG 048 de 2020, o de otras normas, se tornen de “imposible” cumplimiento”, no corresponde al análisis de “imposibilidad” que refería **LA RECURRENTE** en su defensa inicial, sino a que de forma general este Despacho no puede determinar que las obligaciones consagradas en la Resolución CREG 048 de 2020 eran de imposible cumplimiento. Es por ello que, la misma cita remite a los medios de control contemplados en el CPACA, pues es a través de tales medios, en particular de los dispuestos en los artículo 136<sup>48</sup> y 149<sup>49</sup> del CPACA que las autoridades judiciales administrativas pueden definir, en forma general, si las obligaciones contempladas en la Resolución CREG 048 de 2020 son de imposible cumplimiento o no.

Ahora, es claro que el análisis de “imposibilidad” que puede argumentar un prestador respecto del incumplimiento a una obligación, claramente recae en la **SSPD** como autoridad de control en materia de servicio públicos. Pero para concluir que para un prestador fue imposible cumplir una obligación, no basta con mencionar una y otra vez la existencia de tal imposibilidad, sino que la misma debe estar debidamente acreditada, ya sea como una fuerza mayor, un caso fortuito, o de un hecho exclusivo de un tercero, pues no de otra forma se podría verificar tal imposibilidad.

Fue por ello que, con absoluto detalle, en el acto que se recurre se analizaron los argumentos y pruebas aportadas por **LA RECURRENTE** en relación con la supuesta “imposibilidad para dar aplicación inmediata a lo estipulado en la Resolución CREG 048 de 2020” y fue con base en dicho análisis que se concluyó que dicho argumento de defensa no estaba llamado a prosperar.

No se trata entonces de que, como lo dice **ALCANOS**, “la SSPD, haciendo caso omiso a toda la defensa planteada por ALCANOS, afirma con especial ligereza que ella no tiene competencia para determinar las obligaciones (cuyo cumplimiento debe controlar y vigilar de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994) son materialmente posibles de cumplir o no, y por ese motivo descartar los fundamentos planteados por la empresa”, pues la **SSPD** no tiene competencia para determinar si las obligaciones son materialmente posibles de cumplir o no en forma general, sino para analizar, en ejercicio de lo establecido en el artículo 79.1 de la Ley 142, si un prestador cumple o no con sus obligaciones, tal y como se hizo en el acto que se recurre y por medio del cual se sancionó a **LA RECURRENTE**.

Es así como, de la lectura integral del numeral 3.3.4. de la **Resolución Sancionatoria** se observa que precisamente se dio cumplimiento a lo que **LA RECURRENTE** reprocha como motivos para argumentar la violación al debido proceso y a los derechos de defensa y contradicción, y es que el Despacho, al “pronunciarse de fondo frente a la defensa estructurada por ALCANOS” a lo largo de todo el referido numeral, garantizó que “los mandatos previstos en la Constitución y en la Ley 142 de 1994 se cumplan realmente”.

Recuérdese que respecto de la Resolución CREG 048 de 2020, el Consejo de Estado en providencia del 15 de diciembre de 2020<sup>50</sup>, efectuó el estudio de legalidad respectivo y determinó que las obligaciones allí contenidas, incluyendo la de la inmediatez en la aplicación de la Opción Tarifaria, se encontraban ajustadas a derecho, convalidando su legalidad sin

<sup>48</sup> CPACA “Artículo 136. Control Inmediato de Legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se trate de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento”. (Énfasis agregado).

<sup>49</sup> Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021. Respecto de la competencia para como conocer de la nulidad de los actos administrativos de carácter general expedidos por autoridades del orden nacional dispone:

“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que el reglamento disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De la nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas en el mismo orden, salvo que se trate de actos de certificación o registro, respecto de los cuales la competencia está radicada en los tribunales administrativos. (Énfasis agregado).

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión del 15 de diciembre de 2020, Radicación No. 11001-03-15-000-2020-01742-00, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

ningún tipo de condicionamiento, por lo que su vigencia y obligatoriedad en los términos dispuestos no podía ser susceptible de controversia en esta actuación administrativa.

Es así como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del CPACA, en nuestro ordenamiento jurídico los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y tienen plena validez hasta tanto no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en ese orden, en tanto que dentro de las funciones atribuidas a la **SSPD** no se encuentran aquellas encaminadas a realizar un estudio de legalidad de la regulación del sector, o hacer un juicio de reproche para determinar si las obligaciones contenidas en dichas normas son realizables o ejecutables por los prestadores, no podía este Despacho “declarar que las obligaciones derivadas de la Resolución CREG 048 de 2020, o de otras normas, se tornen de “imposible” cumplimiento”.

En ese sentido, la conclusión de **LA RECURRENTE** consistente en que existe un vicio por inconstitucionalidad del acto administrativo, en cuanto se vulneraron los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, dado que “bajo una excusa carente de fundamento jurídico e ilegal, omitió pronunciarse de fondo frente a la defensa”, carece de cualquier fundamento fáctico y jurídico.

Así las cosas, los argumentos de disenso propuestos por **LA RECURRENTE** no tienen la virtualidad de prosperar.

#### 4.4.3.2. De los “Vicios del acto administrativo por violación de principios generales del derecho”

**ALCANOS** señaló que en la presente actuación administrativa se vulneró el principio general del derecho, según el cual “nadie está obligado a lo imposible” y, además, el de legalidad; fundamentando principalmente que la **SSPD** no tuvo en cuenta que las obligaciones contenidas en la Resolución CREG 048 de 2020 resultaban “imposibles” de cumplir.

Frente al principio de “nadie está obligado a lo imposible”, argumentó lo siguiente:

“51) De otro lado, el hecho de que el Consejo de Estado haya señalado en el ejercicio de control inmediato de legalidad de la Resolución CREG 048 de 2020 que las “empresas tienen a su alcance los recursos administrativos, operativos y tecnológicos para dar aplicación a la opción tarifaria transitoria”, no significa que dicha Corporación hubiese señalado que la obligación de implementar la OTT de forma “inmediata” no fuese imposible como lo pretender hacer valer la Superintendencia.

(...)

53) La afirmación del Consejo de Estado no significa ni puede interpretarse como una verdad absoluta. En todo caso, el hecho de que las empresas pudieran tener a su alcance recursos administrativos, operativos y tecnológicos para dar aplicación a la opción tarifaria transitoria, no significaba que su implementación se pudiera realizar de forma “inmediata”, que es lo que se discute y alega como una obligación imposible. Imposibilidad material que quedó demostrada dentro del expediente.

(...)

Conforme se explicó en el fundamento fáctico, la aplicación de la opción tarifaria por parte de las empresas en los tiempos previstos en la Resolución CREG 048 de 2020, resultaba **materialmente imposible de cumplir**. En consecuencia, en virtud del principio conforme al cual “nadie está obligado a lo imposible”, no podría imputarse responsabilidad a **ALCANOS** por el supuesto incumplimiento de la Resolución CREG 048 de 2020.

(...)

A pesar de la imposibilidad material de la implementación y aplicación “inmediata” de la Resolución CREG 048 de 2020, **ALCANOS**, de manera diligente, llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para lograr la implementación total de las medidas en el menor tiempo posible. En relación con la debida diligencia, la jurisprudencia ha señalado: (...).<sup>51</sup>

Respecto del principio de legalidad, **LA RECURRENTE** expuso:

“Cuando la **SSPD** en ejercicio de un procedimiento sancionatorio atribuyó responsabilidad a la empresa por un presunto incumplimiento de una resolución que, además de su evidente ilegalidad al establecer una “opción tarifaria” de carácter “obligatorio”, y a pesar de que adolece de un defecto crítico en su parte motiva en la medida que nunca justificó las razones para la modificación del

<sup>51</sup> Cfr. Folios 561, 567 a 569 de la carpeta No. 3 del expediente.

alcance en cuanto a la obligatoriedad de la Opción Tarifaria Transitoria, incorporó en todo caso una obligación imposible de cumplir como se explicó previamente, incurrió así en una violación del principio de legalidad que vicia todo el contenido del acto administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la SSPD pretende imputar el supuesto incumplimiento de una norma que resultó materialmente imposible de cumplir, y cuando la misma disposición resulta contraria a las normas en que debía fundarse, se incurre en una violación del principio de legalidad que vicia todo el contenido del pliego de cargos y la resolución que impone la sanción.

(...)

Como ya lo hemos señalado, las actividades de vigilancia y control no se pueden limitar a un análisis ligero o de simple policía por parte de la Superintendencia. La SSPD, dentro de las respectivas investigaciones administrativas, debe hacer análisis de los supuestos de hecho y de derecho que se presentaron en el caso concreto, para determinar si hubo o no un incumplimiento.

Siendo esto así, la Superintendencia en la Resolución SSPD - 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021 vulneró el principio de legalidad, al desconocer el nivel de aplicación del numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, por limitarse a señalar que no era la entidad encargada de determinar la imposibilidad de la obligación, sin analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se presentaron en el caso en concreto, que demostraban de forma amplia la imposibilidad de cumplir con la implementación “inmediata” de la OTT.<sup>52</sup>

En primer lugar, se reitera lo dicho en el numeral 3.3.4.1. del acto que se recurre, en el sentido que, conforme lo indicó la CREG “es claro que por las circunstancias extraordinarias derivadas del decreto de emergencia sanitaria y social, la OTT constitúa un mecanismo regulatorio que necesariamente demandaba su aplicación de forma inmediata, esto es a partir del 13 de abril de 2020, “día siguiente a la fecha en que (SIC) Resolución CREG 048 de 2020 entró en vigencia, o sea, a partir del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial, lo cual sucedió el 12 de abril de 2020 en el D.O. N° 51.283”<sup>53</sup>.

En esa medida, en lo que se refiere a la alegada vulneración del principio, según el cual “nadie está obligado a lo imposible”, fundamentada en la imposibilidad de dar cumplimiento inmediato a los postulados de la Resolución CREG 048 de 2020, se recuerda que tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, la OTT fue concebida por el regulador como un mecanismo tarifario que, para que lograra los beneficios esperados para los usuarios, necesariamente debía aplicarse de manera inmediata.

Así pues, los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020 no solo establecieron la obligación a cargo de los comercializadores de gas combustible por redes de aplicar la OTT a los usuarios regulados de estratos 1 y 2, y ofrecerla a los usuarios de estratos diferentes a 1 y 2, sino que también de manera expresa e inequívoca determinó el término para el cumplimiento de la misma, esto es, de manera “inmediata”.

Se reitera que, el Consejo de Estado en la providencia del 15 de diciembre de 2020<sup>54</sup> en la cual efectuó el estudio de legalidad de la resolución en comento, en un análisis integral de la misma y a propósito del condicionamiento de inmediatez de la aplicación de la OTT, al revisar el argumento de que dicha opción era “imposible de implementar en los términos y condiciones establecidos” determinó que su aplicación inmediata era válida, proporcional y necesaria para conjurar los efectos que la pandemia representaba en la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible por redes.

Justamente, durante el estudio que dicha Corporación realizó, le correspondió contemplar los argumentos de una de las intervenciones ciudadanas que indicaba lo siguiente:

### “3.1.2.2 Ángel Castañeda Manrique

Este ciudadano intervino en el trámite del control y pidió que se anule la Resolución CREG 048 de 2020, por las siguientes razones: i) por incorporar una opción tarifaria imposible de implementar en los términos y condiciones establecidos, sin que por este motivo sean responsables en las demoras; ii) por infringir las normas en que debió fundarse; iii) porque se traslada al comercializador la opción tarifaria y la obligación de financiación, que no es de la naturaleza de la prestación de los servicios públicos y, iv) porque viola el principio de confianza legítima” (Énfasis agregado).

<sup>52</sup> Cfr. Folios 569 a 570 de la carpeta 3 del expediente.

<sup>53</sup> Circular CREG No. 061 del 15 de julio de 2020.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión del 15 de diciembre de 2020, Radicación No. 11001-03-15-000-2020-01742-00, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

Y, fue precisamente en respuesta a los planteamientos de los ciudadanos intervenientes, que el Consejo de Estado manifestó lo siguiente (cita que también se encuentra transcrita dentro de la **Resolución Sancionatoria**):

**“5.6.5 Examen sobre los demás planteamientos de los ciudadanos intervenientes”**

*En lo que respecta a los reproches y a las solicitudes de declarar la ilegalidad la Resolución CREG 048 de 2020, esta Sala considera que tales alegaciones, las que son coincidentes en las tres (3) intervenciones realizadas en este trámite, no tienen la virtualidad de afectar la legalidad del acto examinado, habida cuenta que si bien están fundadas en el desconocimiento del ordenamiento jurídico superior, tales cuestionamientos se plantean al margen de las normas excepcionales que habilitaron establecer esta **opción tarifaria transitoria**.*

*Bajo esta precisión y con el ánimo de no ser repetitivos en el examen que antecede, la Sala responde a los argumentos formulados de la siguiente manera:*

(...)

*ii) En cuanto al desconocimiento del principio de la confianza legítima frente a los ajustes que deben asumir las empresas comercializadoras, basta señalar que la declaratoria de emergencia económica, trajo consigo la adopción de medidas urgentes, proporcionales y necesarias, lo que justifica la expedición de medidas extraordinarias para conjurar la crisis causada por la pandemia. Por ello, las determinaciones que se adoptan en este sentido, frente al pago diferido de las tarifas, representa una alternativa que habilitó el legislador extraordinario y que examinó la Corte Constitucional al declararla exequible, como una forma de afrontar las consecuencias económicas de las restricciones de movilidad y las pérdidas de trabajos e ingresos de los hogares colombianos, por causa de la COVID19.*

*En este sentido, dicha alegación no encuentra sustento en razón a que, precisamente, es la situación extraordinaria la que orienta esa medida transitoria en la facturación que busca favorecer a los usuarios; y que si bien es cierto que impone cargas a los comercializadores, las que están justificadas en la necesidad de atender de **inmediato** las consecuencias nefastas de la pandemia, también lo es que dichas empresas tienen a su alcance los recursos administrativos, operativos y tecnológicos para dar aplicación a la opción tarifaria adoptada”* (Énfasis propio del texto original).

Con lo anterior, a todas luces yerra **ALCANOS** en afirmar que el Consejo de Estado se limitó a señalar “*la posibilidad de implementar la OTT en términos generales a partir de los esfuerzos que debía realizar la empresa*” y que ello no significa que “*dicha Corporación hubiese señalado que la obligación de implementar la OTT de forma “inmediata” no fuese imposible como lo pretende hacer ver la Superintendencia*”.

Pretender como lo hace **LA RECURRENTE** que, la obligación se catalogue como de imposible cumplimiento y, por tanto, “*el plazo como tal no exista, y por lo mismo, no puede ser objeto de control por parte la SSPD*”, conlleva un abierto desconocimiento de la regulación y una interpretación sesgada y apartada del sentido y finalidad de ésta, así como de la providencia en comento.

Igualmente, **ALCANOS** se equivoca al señalar que “*no existe incumplimiento alguno*”, pues la conducta sancionada se encuentra suficientemente probada en el material probatorio obrante en el expediente, e incluso según lo reconoció en su escrito de descargos y reiteró en el escrito del recurso de reposición, fue solo “*A partir del 15 de julio de 2020*” que “*se implementaron la totalidad de las disposiciones previstas en la Resolución CREG 048 de 2020, debido a que ya se contaba con los desarrollos tecnológicos y modificaciones a los procesos aplicados*”<sup>55</sup>. De manera que, no se presentó ni presenta algún motivo válido para que la **SSPD** no ejerciera su función de control sobre la demostrada infracción a la regulación.

Ahora bien, en lo que se refiere a las actuaciones desplegadas por **ALCANOS** que, según su dicho, demuestran su “*diligencia*” en la implementación de la **OTT**, lo cierto es que las mismas no pueden tomarse de alguna manera como un efectivo cumplimiento a la normativa determinada como incumplida, cuando no se evidenció la aplicación de dicha Opción Tarifaria en los términos y condiciones que expresamente consagró la Resolución CREG 048 de 2020.

En todo caso, en lo que se refiere a la alegación según la cual “*Solo en la medida que la Superintendencia probara que en el proceso de implementación de la OTT medió negligencia de la empresa, podría alegar o imputar el presunto incumplimiento de la obligación*”, se destaca que en seguimiento de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, el legislador expresamente señaló que en el régimen de los servicios públicos domiciliarios la culpabilidad únicamente debe ser analizada cuando se impongan sanciones a personas naturales; ya que,

<sup>55</sup> Cfr. Folio 560 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

por el contrario, en relación con las personas jurídicas basta con demostrar el incumplimiento de las leyes o actos administrativos a los que esté sujeto el prestador y que éste no demuestre que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña para, a partir de allí, imponer la respectiva sanción, sin que para esto último deba valorarse el elemento subjetivo de culpabilidad<sup>56</sup>. Esta posición, se anticipa, se ajusta a lo dicho por el Consejo de Estado al respecto:

*"En el ordenamiento jurídico colombiano se establece una regla general de prescripción de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio, de forma tal que sólo el legislador de manera expresa puede excepcionar de este principio sometiéndose, en caso de ser objeto de control constitucional, a un juicio de razonabilidad suficiente, pues sólo las particularidades del sector administrativo de que se trate pueden justificar la no exigencia de culpabilidad a efectos de declarar la responsabilidad"<sup>57</sup>.*

(...)

*No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de "in dubio pro administrado", admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa: se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero). No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado<sup>58</sup>.*

Es necesario indicar que la posibilidad de excepcionar el principio de presunción de inocencia sólo corresponde en nuestro sistema al legislador, quien en el momento de regular las particularidades de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores, debe hacer un juicio constitucional de razón suficiente para delimitar aquellos supuestos en los que la inversión de la carga de la prueba se justifica al servir de instrumento de protección de intereses colectivos y, por ende, evitar que la infracción desemboque en daños irreversibles o en motivos relacionados con el correcto obrar de la administración pública y el cumplimiento de deberes impuestos a los ciudadanos.

(...)

*Es necesario advertir que el operador en cada sector administrativo debe cerciorarse de cuál fue la opción desarrollada por el legislador en su libertad de configuración, toda vez que en la conformación de cada procedimiento administrativo sancionatorio especial éste puede optar: 1. Establecer como principio aplicable a todas las infracciones o en la regulación de ilícitos concretos la exigencia del máximo grado de culpa, o lo que es igual, establecer que la conducta prohibida sólo puede materializarse cuando se presente una impudencia temeraria; 2. Establecer como principio aplicable a todas las infracciones o en la regulación de ilícitos administrativos concretos que la conducta prohibida se materializa con la sola inobservancia de la norma. En este supuesto, no se trata del establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo sino de la exigencia del deber de máxima diligencia pues en algunas oportunidades se pide una obligación superior de conocimiento y comprensión de las normas que regulan un sector administrativo, especialmente en aquellas actividades que conllevan la generación de riesgos para la sociedad, y, 3. No establecer un baremo concreto de medición y permitirle al operador en la labor de adecuación e imposición de la sanción la utilización de una técnica "numerus apertus" (...)"<sup>59</sup> (Énfasis agregado).*

En segundo lugar, **LA RECURRENTE** considera que la **SSPD** transgredió el principio de legalidad, principalmente sustentado en que "pretende imputar el supuesto incumplimiento de una norma que resultó materialmente imposible de cumplir, y cuando la misma disposición resulta contraria a las normas en que debía fundarse".

Sobre el particular, el Despacho puntualiza que en el *sub examine* no se trasgredió el principio de legalidad, toda vez que se dio cabal cumplimiento a los elementos que en consonancia con el principio de tipicidad orientan el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, a saber: **(i)** que las normas presuntamente vulneradas sean anteriores a la conducta investigada –*lex praevia*–; **(ii)** que los aspectos esenciales de la conducta investigada se

<sup>56</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del diecisés (16) de junio de dos mil once (2011). Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Rad. 25000-23-24-000-2003-00510-01; Sentencia del 18 de septiembre de 2014. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Rad 25000 -23-24-000-2008-00282-01; y Sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015). Rad. 25000-23-24-000-2010-00654-01. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>57</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 690 de diciembre 5 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>58</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 595 del 27 de julio de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de octubre de 2012, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación No. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

encuentren previstos en la norma señalada en el cargo imputado –*lex scripta*; y (iii) que tanto la conducta como la sanción se encuentren determinadas en la norma aplicable y exigible –*lex certa*<sup>60</sup>.

Elementos que en el presente caso se satisfacen a cabalidad, como se explica a continuación:

- **Las normas presuntamente vulneradas son anteriores a la conducta investigada**

La conducta endilgada y debidamente probada a **ALCANOS**, esto es, no haber implementado la **OTT** que las empresas comercializadoras del servicio de gas combustible por redes estaban obligadas a aplicar y ofrecer a sus usuarios regulados en la facturación de cada usuario expedida después del 12 de abril de 2020, frente a la que resultara aplicable dicha Opción Tarifaria, se encontraba para el momento de ocurrencia de los hechos investigados plenamente pre establecida en los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020.

En ese orden, teniendo en cuenta que, tal y como lo reconoció **ALCANOS**, a partir de la facturación de julio de 2020 habría implementado la **OTT**, es evidente que las normas endilgadas como incumplidas en el cargo primero se encontraban vigentes al momento de ocurrencia de la conducta reprochable e imponían con claridad obligaciones a cargo del prestador.

- **La conducta investigada se encuentra prevista en las normas endilgadas en el cargo primero**

La conducta descrita en el cargo primero cuya inobservancia se sancionó “*no haber implementado desde el 12 de abril de 2020 hasta el mes de mayo de 2020, la Opción Tarifaria Transitoria que las empresas comercializadoras del servicio de gas combustible por redes estaban obligadas a aplicar y ofrecer a sus usuarios regulados*”, se adecua perfectamente a los hechos del caso en concreto y al efecto jurídico contemplado en las normas que se determinaron vulneradas.

Así pues, de la lectura de los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020, se observa claramente consagrada la obligación a cargo de los comercializadores de gas combustible por redes de tubería, calidad que ostenta **ALCANOS**, de aplicar y ofrecer de manera inmediata a sus usuarios regulados la **OTT** allí dispuesta, a partir de la entrada en vigencia de dicha resolución. Presupuestos jurídicos que, conforme el material probatorio obrante en el expediente, no fueron observados por **LA RECURRENTE** en los términos dispuestos por la regulación.

De esta manera, a todas luces en el caso en concreto la obligación observada como incumplida se encuentra dispuesta de forma expresa, clara y precisa en las normas objeto de la imputación, resultando apropiada la adecuación típica que se realizó en el cargo cuestionado entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso.

- **La conducta como la sanción se encuentran determinadas en la norma aplicable y exigible**

Como se ha visto hasta el momento, la conducta sancionada está determinada a cabalidad en la normativa aplicable y exigible a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, como lo es **ALCANOS**.

Lo enunciado dado que, no puede perderse de vista que el Consejo de Estado en la ya referida providencia del 15 de diciembre de 2020<sup>61</sup>, analizó la legalidad formal y material de la Resolución CREG 048 de 2020, declarándola ajustada a derecho, por lo que, esta autoridad emitió el acto administrativo cuestionado –**Resolución Sancionatoria**– con sustento en una norma vigente y exigible al prestador, respetando con ello a cabalidad el principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio.

Además, este Despacho resalta que el régimen de servicios públicos domiciliarios, concretamente, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, prevé el contenido material de las sanciones que puede imponer la **SSPD** a quienes “*violen las normas a las que deben estar sujetas*”,

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 343 de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión del 15 de diciembre de 2020, Radicación No. 11001-03-15-000-2020-01742-00, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

que, para el caso en concreto, correspondía a la transgresión de los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020, y cuyo alcance es el siguiente:

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

(...)

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. **El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años.** Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los 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” (Resaltado fuera del texto original).

De tal manera, es claro que existe una sanción cuyo contenido material está definido en la ley y corresponde a la indicada a **LA RECURRENTE** en el Pliego de Cargos, la cual fue aplicada en la **Resolución Sancionatoria**.

En armonía con lo expuesto, se cumplieron en su integridad los requisitos de tipicidad y legalidad descritos en líneas previas: *lex praevia, lex scripta y lex certa*.

Consecuentemente, si bien **LA RECURRENTE** no comparte los postulados regulatorios establecidos en la resolución referida, catalogándolos como de “*imposible cumplimiento*”, no por ese hecho podía apartarse de su observancia y mucho menos permite desvirtuar la legalidad de la regulación ni de la actuación administrativa adelantada por la **SSPD**.

Finalmente, el Despacho reitera lo ya expuesto en el presente acto administrativo respecto a la órbita de las competencias a cargo de la **SSPD**, particularmente en lo que se refiere a la función de control y, por tanto, la ausencia de inobservancia del numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994; no advirtiéndose en efecto una transgresión al principio de legalidad.

Así, los argumentos expuestos por **LA RECURRENTE** no tienen vocación de prosperar.

#### **4.4.3.3. De las “causales de nulidad del acto administrativo”**

**LA RECURRENTE** señaló que, con fundamento en los artículos 137 y 138 del CPACA, la legalidad y validez de la **Resolución Sancionatoria** en cuanto al cargo primero se encuentra afectada por los siguientes motivos: **(i)** defecto fundamental de la Resolución CREG 048 de 2020 y **(ii)** falsa motivación por error de derecho.

##### **4.4.3.3.1. Del “Defecto fundamental de la Resolución CREG 048 de 2020”**

**ALCANOS** señaló que, la **OTT** fue inicialmente estructurada de manera optativa y posteriormente establecida como obligatoria en la Resolución CREG 048 de 2020, lo cual, a su juicio, configura un defecto fundamental en la concepción final de dicha Opción Tarifaria. De manera más concreta indicó:

“(...) la SSPD debe tener en cuenta las circunstancias de hecho en las cuales dicha resolución fue adoptada, las falencias prácticas del acto administrativo en lo que tiene que ver con las condiciones y los plazos previstos para la aplicación de la OTT, y la imposibilidad material que se derivó para su implementación “inmediata” debido a dichas falencias.

*En efecto, la cadena de errores, que dio lugar a la imposibilidad en la implementación inmediata de la OTT, partió de la publicación de la Resolución CREG 037 de 2020 para comentarios, que antecedió a la Resolución CREG 048 de 2020, en la cual se anunciaba que la OTT tenía inicialmente un carácter eminentemente optativo para las empresas, esto es, que cada empresa, de acuerdo como percibiera la situación en su mercado, podía o no adoptar las medidas anunciadas por el regulador. No obstante, para sorpresa de todos los agentes, la Resolución CREG 048 que fue publicada el 12 de abril de 2020 estableció que la aplicación de la OTT ya no sería opcional para las empresas (como se había planteado originalmente), sino de carácter obligatorio.*

*El cambio súbito de posición de la CREG, y la expedición de una resolución definitiva no consultada,*

*impidió que el regulador pudiera ver los efectos del acto administrativo que estaba expidiendo, fundamentalmente porque las empresas nunca comentaron sobre esa posibilidad –esto es, que la OTT fuese obligatoria-, y que ni siquiera fue planteada como un escenario posible.*

*La complejidad del proceso de implementación se demuestra además con el tiempo que le tomó tanto a la DTGGC como a la CREG, resolver las consultas asociadas a la implementación de la Opción Tarifaria Transitoria y de sus efectos sobre los usuarios.*

*Sin perjuicio de lo anterior y como ALCANOS lo ha sostenido desde el principio, para dar cumplimiento a la resolución, desde el día de su publicación la empresa inició el proceso de implementación de la OTT.”<sup>62</sup>*

Adicionalmente, **LA RECURRENTE** indicó que en el caso en concreto no se presentó lesión a intereses administrativos, lo que a su juicio conlleva a que no haya incumplido el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“Conforme se desprende de las pruebas que reposan en el expediente, ALCANOS aplicó la OTT retroactivamente de tal manera que evitó que el usuario percibiera diferencias de tarifa o de factura, para que, en últimas, el usuario no se viera afectado por el incremento de la TRM. Asimismo, la empresa tampoco realizó ninguna suspensión del servicio para evitar que, por los impactos derivados de las variaciones en los costos variables de las actividades de prestación del servicio sobre las tarifas de los usuarios, o por la repentina pérdida de su capacidad de pago, los usuarios regulados del servicio se pudieran ver afectados, logrando así cumplir con el objetivo de la resolución.*

(...)

*Así, entonces, no existe una acción u omisión por parte de ALCANOS que esté ligada al incumplimiento del ordenamiento jurídico, ni tampoco a la potencial ocurrencia de un efecto relacionado con el incumplimiento de la Resolución CREG 048 de 2020 que represente un peligro para los usuarios; en otras palabras, no se afectó ningún bien jurídico tutelado, no existió ninguna afectación del servicio público, tampoco se puso en riesgo su prestación eficiente y continua, y tampoco existió afectación alguna para los usuarios. En consecuencia, no existe ningún hecho, prueba daño o nexo causal que le permita a la SSPD concluir que ALCANOS deba ser sancionada.”<sup>63</sup>*

Primero, **ALCANOS** refirió que las condiciones específicas bajo las que se estableció la **OTT** dificultaron a los prestadores cumplir la regulación en los términos consagrados, esto es, de manera inmediata. Concretamente, expuso que dicha Opción Tarifaria fue inicialmente concebida en la Resolución CREG 037 de 2020 con carácter optativo, pero que de manera sorpresiva con la Resolución CREG 048 de 2020 se estableció como obligatoria, lo cual deriva en un defecto fundamental de esta última.

Al respecto, insiste el Despacho en recordar a **LA RECURRENTE** que la legalidad de la Resolución CREG 048 de 2020 ya fue objeto de análisis por el Consejo de Estado, por lo que los términos y condiciones allí preceptuados, resultaban de obligatorio cumplimiento para los comercializadores del servicio público domiciliario de gas combustible por redes.

Sin perjuicio de lo anterior, se destaca frente a la alegación de la defensa que, dado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional a causa del COVID-19 y la necesidad de adopción de medidas extraordinarias en la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible por redes para contrarrestar los efectos de la pandemia, es que se hizo imperiosa la adopción de una opción tarifaria transitoria que respondiera a las circunstancias que para tal momento se estaban presentando.

En ese orden, la **CREG** publicó el proyecto regulatorio -Resolución CREG 037 de 2020-, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 del Decreto 2696 de 2004 y el artículo 8 del CPACA, tal y como se puede evidenciar de las pruebas obrantes en el expediente y, con ello, fue garantizada la participación de todos los agentes del sector y demás interesados, a fin de que pudieran plantear sus inquietudes sobre todos aquellos aspectos que la aplicación de la **OTT** conllevaba.

Luego, las disposiciones finales contenidas en la Resolución CREG 048 de 2020 no resultaron sorpresivas para los prestadores sujetos a su aplicación, contrario a lo afirmado por **ALCANOS**; en mayor medida si se tiene en cuenta que, la **CREG** a través del Documento 029 de 2020 dio claridad a los interrogantes presentados por los agentes del sector y varias agremiaciones.

<sup>62</sup> Cfr. Folios 570 (reverso) a 571 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>63</sup> Cfr. Folios 572 (reverso) a 573 de la carpeta No. 3 del expediente.

En línea de lo expuesto, el cambio introducido por la Resolución CREG 048 de 2020 en cuanto a la obligatoriedad de aplicación de la **OTT**, como se ha enunciado, respondió a las condiciones propias que trajo consigo la pandemia. Concretamente, la **CREG** indicó en el referido Documento 029 de 2020 que: “(...) se hace necesario determinar nuevos parámetros a aplicar en una opción tarifaria a los usuarios, que se adecúe a la situación actual y futura esperada de las empresas y de los mismos usuarios y a hacer obligatoria su aplicación a los usuarios más vulnerables en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 3 del Decreto 517 de 2020.”

Igualmente, en las consideraciones de la Resolución CREG 048 de 2020 la Comisión indicó: “Analizados los comentarios recibidos, la Comisión ha efectuado ajustes a la opción tarifaria propuesta, en la medida en que encuentra necesario establecer dicha opción con carácter obligatorio, en orden a garantizar que la opción sea inmediata y efectivamente adoptada y aplicada por parte de los comercializadores a sus usuarios regulados, con el fin de mitigar el efecto derivado de la pérdida de capacidad de ingreso de los usuarios regulados”<sup>64</sup>.

A su turno, el Consejo de Estado en la providencia referida en líneas previas, resaltó la importancia de la aplicación obligatoria de la **OTT**, en pro de los usuarios, en los siguientes términos:

“(...) Ciertamente, la medida obligatoria está dirigida a un sector de la población calificada en la estratificación socioeconómica como aquella con menores o limitados recursos económicos para la atención de sus necesidades, lo que de ninguna manera representa una situación de desconocimiento de los derechos fundamentales, pues, precisamente, la medida surge en razón a la afectación en la capacidad de pago durante la emergencia sanitaria producto de la pandemia ya que está directamente asociada con la afectación del sector laboral, por la pérdida de los empleos, y orientada a la población con mayores índices de vulnerabilidad.”<sup>65</sup>. (Énfasis agregado).

Por consiguiente, el cambio que se presentó entre la Resolución CREG 037 y la CREG 048 de 2020 en torno a la obligatoriedad de la implementación de la **OTT**, no constituye de ninguna forma un “defecto fundamental” del acto administrativo que tenga la potencialidad de incidir en su validez o imposibilitar su cumplimiento, y con ello afectar la fundamentación de la **Resolución Sancionatoria**; contrario a esto, resaltó la importancia de la aplicación de dicha Opción Tarifaria, buscando cumplir con la finalidad para la cual fue diseñada, esto es, mitigar los efectos de la pandemia en el servicio de gas combustible por redes de tubería y proteger la población más vulnerable del país.

Segundo, LA RECURRENTE aduce haber actuado “de buena fe”, toda vez que “sin que le hayan dado los recursos necesarios para otorgar la financiación, procedió con la misma, estando aún a la fecha pendiente del desembolso de la mayoría de los recursos necesarios para la financiación de las medidas de mitigación definidas por el Gobierno Nacional”.

En este punto, cabe destacar que la Resolución CREG 048 de 2020 no condicionó o estableció alguna obligación en cabeza de los comercializadores de tener que adoptar financiaciones para cumplir las disposiciones allí contenidas.

Por el contrario, el Gobierno Nacional evidenció que en el marco de la gestión comercial de los prestadores y justamente con el propósito de salvaguardar su suficiencia financiera, se daría lugar a la aplicación de una Opción Tarifaria a los usuarios regulados, tal y como se observa en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 517 de 2020<sup>66</sup>, así: la “(...) –CREG-, podrá adoptar en forma transitoria esquemas especiales para diferir el pago de facturas emitidas, así como adoptar de manera transitoria todas aquellas medidas, disposiciones tarifarias y regímenes regulatorios especiales que considere necesarios, inclusive lo relacionado con el aporte voluntario de que trata el presente Decreto, con el fin de mitigar los efectos del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica sobre los usuarios y los agentes de la cadena de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, y sus actividades complementarias”. (Énfasis agregado).

<sup>64</sup> Resolución CREG 048 de 2020.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión del 15 de diciembre de 2020, Radicación No. 11001-03-15-000-2020-01742-00, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

<sup>66</sup> Decreto 517 de 2020 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020”.

Sin perjuicio de lo enunciado, el Gobierno Nacional a fin de apoyar la liquidez de los prestadores, determinó en el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 581 de 2020<sup>67</sup>, como un supuesto optativo y no obligatorio, la posibilidad de que “(...) la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter- podrá otorgar créditos directos a empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas vigiladas por Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con fin de dotarlas de liquidez o capital de trabajo, para implementar las medidas que Gobierno nacional (sic) adopte para conjurar los efectos de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada a través del Decreto 417 de 2020”.

Aunado a ello, el Consejo de Estado en la referida sentencia del 15 de diciembre de 2020, analizando precisamente este punto, señaló:

*“(...) los ajustes que deben asumir las empresas comercializadoras, basta señalar que la declaratoria de emergencia económica, trajo consigo la adopción de medidas urgentes, proporcionales y necesarias, lo que justifica la expedición de medidas extraordinarias para conjurar la crisis causada por la pandemia. Por ello, las determinaciones que se adoptan en este sentido, frente al pago diferido de las tarifas, representa una alternativa que habilitó el legislador extraordinario y que examinó la Corte Constitucional al declararla exequible, como una forma de afrontar las consecuencias económicas de las restricciones de movilidad y las pérdidas de trabajos e ingresos de los hogares colombianos, por causa de la COVID19.”*

(...)

*Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que concomitante con las ayudas a los usuarios, el Gobierno también previó mecanismos de financiación para los comercializadores, para lo cual apropió recursos mediante una línea de liquidez a fin de aminorar y reducir los impactos de la medida.*

*De esta manera, valorar la ilegalidad de la resolución bajo la apreciación de presuntos incumplimientos o la situación de riesgo de la cartera diferida, no constituye un argumento que permita dar por probadas las vicisitudes que puede presentarse frente al pago de obligaciones, lo cual tampoco desconoce que de ocurrir, tendrán a su alcance las acciones judiciales para recuperar las presuntas pérdidas en las que basan su alegación, sin que resulten de recibo para analizar la legalidad y acceder a los reproches que invocan frente a la recuperación del capital diferido en la facturación. (...)”.* (Énfasis agregado).

Por ende, aun cuando **LA RECURRENTE** alegue que otorgó una “financiación” a sus usuarios, se aclara que la adopción de tal mecanismo fue concebido no solamente frente a la Resolución CREG 048 de 2020, sino especialmente dirigido a las medidas consagradas en la Resolución CREG 059 de 2020<sup>68</sup>, modificada por la Resolución CREG 065 de 2020<sup>69</sup>.

**Tercero, ALCANOS** afirmó que “dio a conocer a los usuarios la posibilidad de aplicar la OTT”, frente a lo cual el Despacho enfatiza que, la divulgación de la **OTT** por parte de los prestadores a sus usuarios comprendía una de las reglas establecidas por la **CREG** para la aplicación de la misma a sus usuarios residenciales pertenecientes a estratos 1 y 2, así como el ofrecimiento a los usuarios regulados diferentes a los residenciales de estratos 1 y 2.

Así las cosas, es claro que como parte de las obligaciones derivadas de la Resolución CREG 048 de 2020, se encontraba el deber a cargo de los prestadores del servicio de gas combustible por redes de tubería de haber informado a sus usuarios los aspectos relativos a la **OTT**. De suerte que lo afirmado por **LA RECURRENTE** no tiene la aptitud de demostrar el cumplimiento amplio y estricto de la obligación de haber aplicado y ofrecido la Opción Tarifaria a sus usuarios regulados.

**Cuarto**, en lo que respecta a los argumentos de **LA RECURRENTE** referentes a que “está probado que la obligación de implementación era imposible de cumplir” y “la Superintendencia sí debe analizar la imposibilidad de cumplir la obligación”, el Despacho reitera lo ya expuesto en los numerales **4.4.3.1.** y **4.4.3.2.** del presente acto administrativo.

**Quinto, ALCANOS** refirió que no se presentó ninguna afectación a sus usuarios en la medida que “aplicó la OTT retroactivamente de tal manera que evitó que el usuario percibiera diferencias de tarifa o de factura”, por lo cual “no se afectó ningún bien jurídico tutelado, no existió ninguna afectación del servicio público, tampoco se puso en riesgo su prestación eficiente y continua, y tampoco existió afectación alguna para los usuarios.”

<sup>67</sup> “Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A - Findeter, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

<sup>68</sup> “Por la cual se adoptan medidas transitorias para el pago de las facturas del servicio de gas combustible por redes”.

<sup>69</sup> “Por la cual se adiciona y modifica la Resolución CREG 059 de 2020”.

Frente al particular, vale enfatizar lo dicho en la **Resolución Sancionatoria** en el sentido de señalar que implementar la **OTT** sin la inmediatez requerida, impedía la consecución de los objetivos para los que fue concebida, esto es, mitigar en los usuarios los efectos adversos ocasionados por la pandemia. En ese sentido, la **CREG** destacó que “(...) la efectividad de las medidas tomadas por la Comisión en la opción tarifaria transitoria para que los usuarios no se viesen avocados a causales de incumplimiento por el eventual no pago del servicio facturado cuyo incremento se esperaba, dependían de la oportuna aplicación de las mismas por parte de las empresas comercializadoras. Por lo anterior la Comisión no estableció en la regulación ninguna forma de aplicación retroactiva de las disposiciones establecidas en la Resolución CREG 048 de 2020 (...)”<sup>70</sup>.

Razón por la cual, erróneo resultaría afirmar que con la aplicación retroactiva de la **OTT** de se dio cabal cumplimiento a los postulados regulatorios, cuando la **CREG** fue clara desde un principio en señalar que la Opción Tarifaria requería de una aplicación inmediata para lograr mitigar los efectos de la pandemia, los cuales fueron ampliamente reseñados en la **Resolución Sancionatoria**.

De igual manera, es de reiterar que, tal y como se señaló en el numeral 3.3.4.4. de la **Resolución Sancionatoria**, la **SSPD** puede imponer sanciones a los prestadores por el hecho de vulnerar las disposiciones normativas del sector de los servicios públicos domiciliarios a las que se encuentran sujetos, sin que se requiera una lesión de un bien jurídico o la generación de un daño.

Por consiguiente, no es cierto que “la función de vigilar, controlar y sancionar los eventuales incumplimientos de las leyes y actos administrativos a los que se encuentran sometidas las empresas de servicios públicos solo procede en el caso afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados”, dado que ello no solo no es una exigencia establecida en el ordenamiento legal aplicable a los procedimientos sancionatorios que adelanta la **SSPD**, sino que a su vez, no se configura como un presupuesto necesario para el análisis de antijuridicidad de la conducta, dado que la infracción a la normativa del régimen de servicios públicos domiciliarios acreditada en el caso concreto, tiene la suficiente entidad para ameritar el ejercicio de las acciones de control por esta entidad, como en efecto se realizó.

Sexto, en lo que respecta al material probatorio que **LA RECURRENTE** resalta que aportó en curso de la actuación administrativa y con el escrito de recurso de reposición, a fin de soportar los invocados defectos fundamentales de la Resolución CREG 048 de 2020, esto es, pruebas documentales y testimoniales, procede el Despacho a realizar el pronunciamiento respectivo en los siguientes términos:

- **Pruebas documentales**

En torno a los documentos traídos a colación por **ALCANOS** en su escrito de recurso de reposición, dichas comunicaciones corresponden a grandes rasgos a: **(i)** los comentarios realizados por varios agentes al proyecto de la Resolución CREG 037 de 2020 – contenidos en el Documento CREG 029 de 2020; **(ii)** la “Carta “Solicitud de modificación de la Resolución CREG 048 de 2020” presentada a la CREG por la Asociación Colombiana de Gas Natural de fecha 14 de abril de 2020.”<sup>71</sup>; y **(iii)** un ejemplo del cálculo retroactivo de la **OTT**<sup>72</sup>.

Pruebas que fueron ampliamente valoradas en la **Resolución Sancionatoria**, y respecto a las que el Despacho evidencia que las mismas no tienen el efecto de desvirtuar la conducta infractora debidamente demostrada, toda vez que, su contenido no permite justificar la no aplicación de la **OTT** en los términos previstos por la Resolución CREG 048 de 2020.

- **Pruebas testimoniales**

En cuanto a los testimonios aportados por **LA RECURRENTE** con el recurso de reposición, observa el Despacho que estos se limitaron a reiterar los argumentos presentados por el prestador en sus escritos de defensa, los que no solo fueron ampliamente estudiados en la **Resolución Sancionatoria**, sino que también en líneas previas, tal y como se pasa a resumir a continuación:

<sup>70</sup> Cfr. Folios 361 a 366 de la carpeta No. 2 del expediente (Concepto S-2021-000172 del 13 de enero de 2021).

<sup>71</sup> Cfr. Folios 154 a 156 de la carpeta No. 2 del expediente.

<sup>72</sup> Cfr. Folio 560 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente y archivo en medio magnético denominado “120215293048852\_00006” obrante en el CD identificado con el radicado 20215293048852 del folio 554 de la carpeta reservada del expediente.

Tabla No. 1. Testimonios aportados por ALCANOS con el recurso de reposición frente al cargo primero

TESTIMONIO	DESCRIPCIÓN
a) <b>Jesús Ricardo Fierro Perdomo</b> <sup>73</sup> (Coordinador de Regulación de ALCANOS).	<p>El testigo declaró respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales la empresa llevó a cabo la implementación y aplicación de la <b>OTT</b>. Concretamente señaló:</p> <p>Minuto 5:23 a 5:56: “(...) Específicamente y uno de los puntos más críticos era tener plazo para implementación de la opción tarifaria dado que se requerían desarrollos tecnológicos y pues no solamente tecnológicos, sino que digamos en el tema de facturación porque estaban solicitando una doble facturación para los usuarios, para que pudieran escoger si tomaban la opción tarifaria o querían la facturación la tarifa normal en su momento (...)”.</p> <p>Minuto 7:57 a 8:58: “(...) la metodología indicaba que teníamos que acumular, que deberíamos llevar un saldo acumulado por cada uno de los mercados, dado que le íbamos a otorgar un alivio o un beneficio al usuario en la época de pandemia que era facturarle con una menor tarifa. (...) Esos saldos acumulados el sistema tendría que crearse un desarrollo tecnológico para que pudiera acumular, aplicarle los intereses correspondientes según la metodología estimada en la resolución (...)”.</p> <p>Minuto 10:22 a 10:46: “(...) nosotros como empresa, el 15 de abril le demostramos o le notificamos a la Superintendencia y a la CREG que estamos interesados en brindarle la opción tarifaria a los usuarios, de igual forma le reiterábamos que necesitábamos plazo para poder implementar y desarrollar todos los temas asociados para poder entregar la opción tarifaria a los usuarios (...)”.</p> <p>Minuto 13:46 a 14:21: “(...) para ese momento, después de haber aclarado esos vacíos, ya digamos identificamos que la aplicación si se podía hacer, pero entonces la empresa define hacer el retroactivo, los recálculos, validar la información, el volumen de cada usuario y a partir del 15 de julio entrega a los usuarios el retroactivo acumulado de los meses de abril, mayo y junio y aplica la opción tarifaria cien por ciento ya en la tarifa oficial el 15 de julio (...)”.</p>
b) <b>María Catalina Leyton Torres</b> <sup>74</sup> (Jefe de Sistemas de ALCANOS).	<p>La testigo en su declaración se refirió a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se llevó a cabo la implementación y aplicación de la <b>OTT</b>. Veamos:</p> <p>Minuto 5:11 a 5:47: “(...) el principal impacto era precisamente que debíamos modificar, y es un cambio de fondo, al sistema de información comercial que pudiera tener un doble esquema tarifario; porque de acuerdo a esto el sistema tendría que elegir que esquema, pues de acuerdo a lo que establecía la resolución, el esquema tarifario que aplicaba para el usuario (...)”.</p> <p>Minuto 6:11 a 7:37: “(...) no se puede implementar ya porque se requieren varios cambios, algunos de fondo, dentro del sistema de información (...) el principal nos tocaba en la liquidación de la facturación de la compañía, que básicamente el cambio ahí era tener doble esquema tarifario (...) segundo, nos afectaba también todos los movimientos posteriores que se hacen con una factura, eso incluye los ajustes a factura (...) como nuevo debíamos desarrollar la opción que permitiera llevar el control del diferencial tarifario, nuevo también era tener la opción para los estratos diferentes a estratos 1 y 2 que permitiera la adhesión de las personas a esquema tarifario, y no solo la adhesión sino también debíamos de dar la opción para el desistimiento de (...) estar en esa opción tarifaria transitoria (...)”.</p> <p>Minuto 8:25 a 8:40: “(...) las interfaces contables también era necesario modificarlas (...) lo que se modifica es la parametrización, para que lo pudieramos tener (...) las dos cuentas: la de la 137 y la de la 048 (...)”.</p> <p>Minuto 9:35 a 9:50: “(...) la empresa hizo todo lo que estuvo en sus manos, es más, digamos desde el área de tecnología que donde nos veíamos dentro el mayor impacto para tener listo el sistema, digamos se tuvo tiempo extra (...)”.</p>

Fuente: Elaboración Despacho.

Frente a lo anterior y según se ha analizado hasta el momento, las situaciones expuestas en los testimonios arriba referenciados no prueban la materialización de alguna circunstancia que hubiese impedido a **ALCANOS** la aplicación inmediata de la **OTT**, ni permiten demostrar que **LA RECURRENTE** no haya incurrido en la conducta infractora; máxime si se tiene en cuenta que su Coordinador de Regulación relató que aun cuando contó con los ajustes en su sistema de facturación, aplicó la **OTT** a partir de los ciclos de facturación de julio de 2020, incumpliendo así lo establecido en la Resolución CREG 048 de 2020.

En ese sentido, los argumentos de diseño propuestos por **LA RECURRENTE** no tienen la virtualidad de prosperar.

#### 4.4.3.3.2. De la “*Falsa motivación por error de derecho*”

**LA RECURRENTE** refirió que:

*“Conforme se expuso previamente, el artículo 137 del CPACA contempla como una de las causales para declarar la nulidad de actos administrativos la falsa motivación.”*

<sup>73</sup> Archivo en medio magnético denominado “Práctica testimonio anticipado – Jesus Ricardo Fierro Perdomo-20211008400-Grabación de la reunión.mp4”, adjunto en el CD obrante en el folio 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>74</sup> Archivo en medio magnético denominado “Práctica testimonio anticipado – María Catalina Leyton- 20211008\_112958-Grabación de la reunión.mp4”, adjunto en el CD obrante en el folio 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

(...)

*En este caso, y tal como se ha venido explicando hasta el momento, la SSPD en ejercicio de un procedimiento sancionatorio le atribuyó a **ALCANOS** un presunto incumplimiento de una obligación regulatoria imposible de cumplir en los tiempos definidos por el regulador y, por ende, que no resultaba exigible.*

(...)

*De conformidad con lo expuesto hasta el momento, encontramos que en el caso objeto de análisis, el error de derecho en la interpretación de la ley que se materializó como consecuencia de considerar que **ALCANOS** estaba obligada a cumplir una obligación imposible, y cuando se advierte que supuestamente la **EMPRESA** no realizó las mediciones en los períodos comprendidos entre el 24 y el 30 de abril y el 1 y el 31 de mayo de 2020.*

(...)

*Asimismo, no existe fundamento en la decisión frente al primer cargo, pues la Superintendencia, a pesar de estar obligada a dar aplicación al principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, dejó de hacerlo sin ningún fundamento, incurriendo así en falsa motivación.*

*De esta manera, la SSPD incurrió en un error de derecho por la violación directa del ordenamiento positivo, al no aplicar ni el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 (competencia de la SSPD) ni aquellas disposiciones que consagran el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible.<sup>75</sup>*

**LA RECURRENTE** señala que frente al cargo primero se configura una falsa motivación por error de derecho en la interpretación de la ley e inexistencia de los fundamentos de derecho utilizados por la **SSPD**, dado que “dicha entidad sí es quien tiene la obligación y la competencia para determinar – en el marco de la investigación administrativa- si la obligación cuyo cumplimiento se analiza, resultaba o no imposible de cumplir” y “la Superintendencia, a pesar de estar obligada a dar aplicación al principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, dejó de hacerlo sin ningún fundamento, incurriendo así en falsa motivación”.

Sobre el particular, advierte el Despacho que **ALCANOS** confunde conceptualmente las figuras de falsa motivación con el de falta de motivación de un acto administrativo pues, por un lado, refiere que la **SSPD** erró en interpretar la normativa y, por el otro lado que, se presenta una inexistencia de los fundamentos de derecho.

Recuérdese que la falsa motivación de un acto administrativo es un vicio que afecta el elemento causal del mismo, cuando las razones de derecho y hecho presentadas por la administración son contrarias a la realidad; mientras que la falta de motivación de un acto administrativo se presenta cuando la administración omite presentar los fundamentos que lo llevaron a proferir la decisión. Justamente, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que “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”.*

(...)

*Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente:*

*“La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.*

*Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo en la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. (...)<sup>76</sup>*

En igual sentido, la alta Corporación ha expuesto:

<sup>75</sup> Cfr. Folio 573 a 574 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de julio de 2027, Rad. No.: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), Consejero Ponente: Milton Chaves García.

*“La falta de motivación, que no es equiparable a la “falsa motivación”, es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la “falsa motivación” supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos”<sup>77</sup>.*

Asimismo, toma importancia precisar que el Consejo de Estado ha descrito que la falsa motivación se configura cuando un acto administrativo presenta un error de hecho o derecho, **supuestos que deben ser debidamente demostrados por quien alega la irregularidad**, dada la presunción de legalidad de la cual están revestidos los actos administrativos. Veamos:

*“Sobre la excepción de falsa motivación de los actos administrativos y de acuerdo con algunos antecedentes jurisprudenciales se puede concluir: a) La falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho. b) Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos”<sup>78</sup> (Énfasis agregado).*

Bajo dicho contexto y contrario a lo afirmado por **LA RECURRENTE**, del contenido de la **Resolución Sancionatoria** es claro que dicho acto administrativo goza de un análisis exhaustivo de las normas sancionadas como incumplidas (artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 048 de 2020), así como del material probatorio obrante en el expediente, con lo cual se presentó una motivación clara, certera y suficiente de los supuestos fácticos y jurídicos que llevaron al Despacho a encontrar demostrada la conducta imputada en el primer cargo, no evidenciándose de alguna manera una *“inexistencia de los fundamentos de derecho”* y, con ello, falta de motivación.

Ahora, en lo que se refiere a la alegada falsa motivación, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia, **ALCANOS** tenía la carga de probar que la fundamentación del acto administrativo cuestionado resultaba errónea o contraria a la realidad, bien porque no se acreditaron los presupuestos indispensables para aplicar las normas que fueron imputadas, o bien porque los hechos aducidos fueron erradamente calificados desde el punto de vista jurídico, ninguno de cuyos extremos se encuentra probado en la actuación administrativa.

Como se analizó en líneas previas, **LA RECURRENTE** se limitó a invocar una interpretación de la regulación que excede a todas luces su expreso contenido. Así pues, con su argumentación pretende una extralimitación de las competencias que constitucional y legalmente han sido atribuidas a esta **SSPD**, desconociendo a su vez el control de legalidad realizado por la autoridad competente a la Resolución CREG 048 de 2020.

Pues bien, se equivoca **LA RECURRENTE** al afirmar que la **SSPD** no aplicó lo dispuesto en el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, ya que fue precisamente en cumplimiento de las facultades allí consagradas que esta Superintendencia adelantó la presente actuación administrativa, encontrando probado que **ALCANOS** no aplicó de manera inmediata la **OTT**.

Luego, se encuentra suficientemente acreditado que las consideraciones de la **Resolución Sancionatoria** se ajustaron al marco normativo vigente y aplicable al *sub examine*, así como al sentido y la finalidad dada por el regulador a esta, sin vislumbrarse un error de derecho en la adecuación típica o interpretación que tenga la potencialidad de afectar la legalidad del acto administrativo cuestionado.

En ese sentido, los argumentos de disenso propuestos por **LA RECURRENTE** no tienen la virtualidad de prosperar.

#### 4.4.3.3.3. De la solicitud de nulidad

Finalmente, es pertinente aclararle a **ALCANOS** que la nulidad de un acto administrativo sólo es procedente de ser declarada durante un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 5 de julio de 2018, Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de octubre de 2003. Rad. No. 76001-23-31-000-1994-09988-01(16718). Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar.

derecho establecidos en los artículos 137 y 138 del CPACA -dependiendo de si es un acto administrativo de carácter general o particular- y, por tanto, las causales que configuran la nulidad exclusivamente pueden ser estudiadas por el juez administrativo, quien es el único competente para decretarlas.

Justamente, la Corte Constitucional determinó:

*"Asimismo, el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solomente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.*

*(...) de acuerdo a lo expuesto, cuando la decisión es proferida sin ningún tipo de competencia, y no se le puede reconocer presunción de legalidad, ni tampoco podrá ser eficaz o tener fuerza ejecutoria. En los demás casos, el acto existe y puede ser eficaz, pero adolece de un vicio en su formación, de acuerdo con las causales legales, y puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se declare su nulidad"<sup>79</sup>. (Énfasis agregado).*

A su vez, la doctrina ha dejado claro la diferencia entre las figuras de revocatoria directa y nulidad, indicado que ésta última es competencia exclusiva de los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Veamos:

*"En derecho colombiano no se admite la declaración administrativa de nulidad o de ilegalidad, pues se entiende que ésta es competencia exclusiva de los jueces. (...)"*

*"La figura de la nulidad judicialmente declarada es diferente de la revocatoria directa, pues la nulidad es una sanción por la ilegalidad del acto, mientras que la revocación es una decisión unilateral que lo deja sin efecto; la anulación se hace cuando se demuestra la ilegalidad (...)"<sup>80</sup>. (Énfasis agregado).*

En conclusión, para este Despacho resulta improcedente la declaratoria de nulidad de la **Resolución Sancionatoria** invocada por **LA RECURRENTE**, pues como se analizó previamente, la administración no está facultada para decretar la nulidad de los actos administrativos que profiera.

## 4.5. DEL CARGO SEGUNDO

### 4.5.1. MARCO NORMATIVO

- **Ley 142 de 1994, artículo 9:**

**"Artículo 9. Derecho de los usuarios.** Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley. (...)".

- **Ley 142 de 1994, artículo 146:**

**"Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato.** La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

(...) La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario. (...)".

<sup>79</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

<sup>80</sup> Arboleda Perdomo, Enrique J (2012), "Comentarios al Nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2da Ed, Legis: Bogotá, p. 149.

- **Resolución CREG 108 del 3 de julio de 1997, artículo 30:**

**“Artículo 30. Falta de medición por acción u omisión.** Conforme a lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, la falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso tercero del citado artículo. Se entenderá igualmente que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis (6) meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

Parágrafo 1. Correspondrá a la empresa probar que realizó las diligencias oportunas para efectuar la medición en las oportunidades previstas en el contrato. (...).

- **Resolución CREG 108 del 3 de julio de 1997, artículo 31:**

**“Artículo 31. Determinación del consumo facturable para suscriptores o usuarios con medición individual.** Para la determinación del consumo facturable de los suscriptores o usuarios con medición individual se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

2) De acuerdo con el inciso 2º del artículo 146 de la ley 142 de 1994, cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales. (...).

- **Resolución CREG 059 del 14 de abril de 2020, artículo 14<sup>81</sup>:**

**“Artículo 14. Medidas transitorias para medición por consumos promedios.** Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria, y cuando por prohibición expresa de los usuarios o por causas ajenas a su debida diligencia, el comercializador de gas combustible por redes no pueda realizar la actividad de lectura de los equipos de medida, podrá realizar la medición con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario.

El comercializador deberá demostrar, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que adelantó todas las gestiones para realizar la medición individual, y que el uso de consumos promedios no fue el resultado de su acción u omisión.

Parágrafo 1. Los comercializadores deberán disponer de los medios tecnológicos que permitan al usuario, cuando así lo decida, enviar la lectura de su medidor con la cual se pueda emitir la factura.

Parágrafo 2. Una vez se pueda volver a realizar la lectura real del consumo del usuario, se deberán ajustar los valores objeto del pago diferido que haya solicitado el usuario, utilizando para cada mes el consumo promedio obtenido de la diferencia entre las dos lecturas reales, antes y después del uso de medición promedio, y el número de meses en que se utilizó esta medición.

Parágrafo 3. Si el comercializador utiliza la medida transitoria para la medición por consumos promedios de que trata este artículo, para los efectos previstos de la Resolución CREG 060 de 2020, y siguiendo el procedimiento de que trata el Artículo 3 de la misma, el comercializador realizará la distribución de cualquier diferencia del pago diferido que resulte, una vez se hayan realizado las lecturas normales de los consumos.”

- **Circular Externa SSPD No. 20201000000204 del 29 de abril de 2020<sup>82</sup>, numeral 4.1.2:**

**“4. COMPORTAMIENTOS ESPERADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

Como consecuencia de la expedición de los diferentes actos administrativos que imponen obligaciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios entiende que dichos prestadores deben adelantar las siguientes acciones en procura de su cumplimiento oportuno y efectivo.

<sup>81</sup> Adicionado por el artículo 1 de la Resolución CREG 065 de 2020: “Por la cual se adiciona y modifica la Resolución CREG 059 de 2020 Por la cual se adoptan medidas transitorias para el pago de las facturas del servicio de gas combustible por redes”. El Consejo de Estado declaró la legalidad de las Resoluciones CREG 059 de 2020 y la 065 de 2020 mediante sentencia del 15 de julio de 2021, Rad. 11001-03-15-000-2020-01744-00, 11001-03-15-000-2020-01784-00, 11001-03-15-000-2020-02561-00 y 11001-03-15-000-2020-03525-00 (acumulados), C.P. Rocío Araujo Oñate.

<sup>82</sup> “Compilación normativa y comportamientos esperados por parte de los prestadores en la aplicación de la normatividad expedida por el Gobierno Nacional y las Comisiones de Regulación en el marco de la Emergencia Sanitaria y el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”.

#### 4.1. Comunes a todos los Prestadores.

(...)

##### 4.1.2. Frente a las medidas para garantizar la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos.

Para garantizar la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos, las empresas deberán atender las recomendaciones y reglamentación expedida por el Gobierno Nacional y las diferentes autoridades locales, que van dirigidas a evitar el contagio de los empleados y/o colaboradores sin que con ello se afecte la prestación de los servicios. Con este propósito, los prestadores deben:

(...)

h) Los comercializadores de energía eléctrica y gas combustible por redes y los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, deben propender por la medición de los consumos de sus usuarios mediante diferencia de lecturas de su equipo de medida, pudiendo acudir excepcionalmente a la medición por promedio de consumo únicamente cuando el usuario, los órganos de administración de la copropiedad en la que está ubicado el inmueble del usuario, las autoridades locales y/o cualquier otra situación ajena a su debida diligencia, que sea objetiva y demostrable, lo impida. Para ello, los comercializadores de energía eléctrica y gas combustible por redes y los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo deberán documentar las situaciones que impidan la medición individual de los usuarios, las cuales podrán ser requeridas en el ejercicio de las funciones de inspección de la Superintendencia y/o en el marco de los procedimientos administrativos a los que hace referencia el artículo 154 y siguientes de la Ley 142 de 1994 (...).

#### 4.5.2. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

De conformidad con la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

##### “3.4.3. Análisis de la conducta de LA INVESTIGADA

(...)

Precisado lo anterior, a continuación, se presentarán las evidencias encontradas del estudio del material probatorio, en especial el aportado por **LA INVESTIGADA**, con énfasis en dos períodos puntuales: (i) entre el 25 y el 30 de abril de 2020<sup>83</sup>; y (ii) entre el 1 y el 31 de mayo de 2020, a fin de determinar si la infracción en efecto ocurrió.

(...)

##### 3.4.3.3. De los usuarios facturados con base en consumos estimados en el mes de abril de 2020.

(...)

##### d) Conclusión en relación con los usuarios facturados por promedio entre el 25 y 30 de abril de 2020:

Con fundamento en lo anterior, el Despacho advierte que de 3.224 usuarios que fueron facturados por promedio entre el 25 y 30 de abril de 2020, se evidenció que respecto de 3.154 **LA INVESTIGADA** incumplió la regulación al no haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión:

**Tabla No. 1. Usuarios facturados por consumos estimados en abril de 2020.**

Causa de la facturación por promedio	Número de usuarios frente a los que NO se encuentra justificada la facturación por promedio	Número de usuarios frente a los que se encuentra justificada la facturación por promedio
a) Desviaciones significativas	19	15
b) “Consumo Negativo”	2	0
c) COVID 19	3.133	55
<b>Subtotal</b>	<b>3.154</b>	<b>70</b>
<b>Total</b>		<b>3.224</b>

*Fuente: Elaboración del Despacho.*

<sup>83</sup> Teniendo en cuenta que, como se explicó en líneas previas, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 el país, y con ello el prestador, contó con el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo del COVID-19.

**3.4.3.4. De los usuarios facturados con base en consumo estimado en el mes de mayo de 2020.**

(...)

**d) Conclusión en relación con los usuarios facturados por promedio para el mes de mayo de 2020:**

Con fundamento en lo anterior, el Despacho advierte que de 72.900 usuarios que fueron facturados por promedio en el mes de mayo de 2020, se evidenció que respecto de 72.469 en el mes de mayo de la misma anualidad **LA INVESTIGADA** incumplió la regulación al no haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión:

**Tabla No. 2. Usuarios facturados por consumos estimados en mayo de 2020.**

Causa de la facturación por promedio	Número de Usuarios frente a los que se confirma la conducta infractora	Número de Usuarios frente a los que se encuentra justificada la facturación estimada
a) Desviaciones significativas	204	411
b) "Consumo Negativo"	37.098	20
c) Sin explicación	35.167	0
Subtotal	72.469	431
Total		72.900

**Fuente:** Elaboración del Despacho.

**3.4.3.5. Conclusión del análisis de la conducta de LA INVESTIGADA**

El Despacho evidencia que **LA INVESTIGADA** facturó por promedio a un total de 75.623 usuarios, entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, sin haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión.<sup>84</sup>

**4.5.3. ARGUMENTOS DEL RECURSO PRESENTADO FRENTE AL CARGO SEGUNDO**

**4.5.3.1. De las “causales de nulidad del acto administrativo”**

**LA RECURRENTE** señaló que, con fundamento en los artículos 137 y 138 del CPACA, la legalidad y validez de la **Resolución Sancionatoria** en cuanto al cargo segundo se encuentra afectada por los siguientes motivos: **(i)** falsa motivación por error de derecho y **(ii)** falsa motivación por error de hecho.

Al respecto, el Despacho reitera lo expuesto en el numeral **4.4.3.3.** del presente acto administrativo frente a la improcedencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en sede administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho procede a analizar los motivos presentados por **LA RECURRENTE**, con el propósito de evidenciar que la resolución recurrida se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico y garantizado plenamente los derechos que le asisten a la empresa en curso de la investigación administrativa.

**4.5.3.1.1. De la “Falsa motivación por error de derecho”**

**LA RECURRENTE** señala que la **Resolución Sancionatoria** presenta una falsa motivación por error de derecho en la interpretación de las normas que dieron sustento al cargo segundo, así:

*“En cuanto al segundo cargo, la Superintendencia también incurre en un error de derecho que la lleva a viciar el acto administrativo por falsa motivación, debido a una errónea interpretación del orden positivo. En efecto, debido a “un problema en estricto sentido de interpretación jurídica” se genera el error en cuanto a la imputación del supuesto incumplimiento de las normas conforme a las cuales resulta procedente la facturación por promedio.*

*Conforme a las pruebas que reposan en el expediente y según las que se adjuntan al presente recurso, es posible afirmar que ALCANOS cumplió en estricto sentido con sus obligaciones en los procesos de facturación. Sin embargo, debido a un error de derecho la Superintendencia confundió los conceptos de “facturación estimada” y “facturación por promedio”.*

*Como se explicó en el fundamento fáctico, estos conceptos son diametralmente distintos y no se pueden confundir aun cuando en el SUI puedan llegar a quedar registrados de forma similar. En efecto, una cosa es la facturación promedio que efectuó la empresa en algunos días de marzo y en los primeros días de abril debido a los efectos de la pandemia, y otra, los registros de facturación estimada realizados en los períodos comprendidos entre el 24 y el 30 de abril y el 01 y el 31 de mayo de 2020. En este segundo evento, lo que realizó la empresa fue el ajuste a la facturación debido a*

<sup>84</sup> Cfr. Folios 524 a 530 de la carpeta No. 3 del expediente.

*las diferencias entre lo facturado por promedio en el mes anterior (abril) y las mediciones reales efectuadas en mayo.”<sup>85</sup>*

En primer lugar, **ALCANOS** señaló en cuanto al cargo segundo que, se presentó un error de derecho por errónea interpretación del orden positivo por cuanto la **SSPD** confundió los conceptos de “facturación estimada” y “facturación por promedio”, fundamentando que, “una cosa es la facturación promedio que efectuó la empresa en algunos días de marzo y en los primeros días de abril debido a los efectos de la pandemia, y otra, los registros de facturación estimada realizados en los períodos comprendidos entre el 24 y el 30 de abril y el 01 y el 31 de mayo de 2020. En este segundo evento, lo que realizó la empresa fue el ajuste a la facturación debido a las diferencias entre lo facturado por promedio en el mes anterior (abril) y las mediciones reales efectuadas en mayo”.

Al respecto, yerra **LA RECURRENTE** al afirmar que el concepto de facturación estimada obedece a aquellos casos en los cuales se realiza el ajuste de facturación debido a la diferencia entre lo facturado por promedio en el mes anterior y la medición real del mes siguiente, pues lo cierto es que, la facturación estimada o por consumos estimados se presenta en aquellos casos en los cuales el prestador determina el consumo del usuario con base en: **(i)** consumos promedios de otros períodos de un mismo usuario; **(ii)** consumos promedios de otros usuarios con características similares; o **(iii)** con base en aforos individuales.

Precisamente, la Resolución CREG 108 de 1997<sup>86</sup> en su artículo 1 define el consumo estimado como “el consumo establecido con base en consumos promedios de otros períodos de un mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios con características similares, o con base en aforos individuales de carga”.

En línea con lo anterior, la Circular SSPD-CREG No. 0006 del 30 de diciembre de 2003 por medio de la cual se dictan los lineamientos para el reporte de información de facturación en el **SUI**, define en el Anexo B el contenido de la información a reportar en el formato B1 “*Información comercial de usuarios regulados*”, señalando como parte de los aspectos a reportar, el numeral “13. Tipo de lectura”. Éste campo corresponde a una de dos clasificaciones: lectura real o lectura estimada, siendo ésta última definida como “*Una estimación debido a medidor en revisión o imposibilidad en su lectura, o se haga una aplicación de promedio o cualquier otro medio de estimación por dificultad de lectura*”.

Con ello, si **ALCANOS** entre el 25 y el 30 de abril y el 01 y el 31 de mayo de 2020 efectuó la lectura real del consumo de los usuarios y lo que hizo fue “ajustar la facturación”, “debido a las diferencias entre lo facturado por promedio en el mes anterior”, no existía sustento alguno para reportar la información al **SUI** con un tipo de lectura “estimada”, como en efecto lo hizo.

Así, la facturación por promedio es un mecanismo a través del cual se factura el consumo estimado; evidenciándose una inescindible relación entre uno y otro concepto, y no una “diametral” diferencia entre estos, como lo plantea **ALCANOS** en un abierto y evidente desconocimiento de la regulación.

Es así como, en la presente actuación administrativa, en el cargo segundo la conducta imputada y efectivamente demostrada fue haber facturado con base en consumos promedio a varios de sus usuarios, como consecuencia de su acción u omisión, en un estricto seguimiento del tenor literal del concepto de la facturación por promedio dispuesto en la regulación y no bajo una interpretación a *motu proprio* o errónea del Despacho.

En segundo lugar, **ALCANOS** afirma que “la Superintendencia cometió un error jurídico en la aplicación de la norma, por una indebida interpretación de la misma” dado que “procedió a formular un cargo sustentado en normas que hablan de la falta de medición por acción u omisión de la empresa, como el artículo 30 de la Resolución CREG 108 de 1997, cuando lo que hubo en realidad fue una imposibilidad de la actividad de lectura de los medidores”. Como sustento de lo expuesto, puso de presente lo señalado por el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de agosto de 2007<sup>87</sup>.

En torno a lo alegado, es preciso aclarar que, el supuesto de “*falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa*” consagrado en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en armonía

<sup>85</sup> Cfr. Folios 574 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>86</sup> “Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de agosto de 2007, Radicado número 25000-23-24-000-2003-00456-01, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997 y demás normas imputadas en el cargo segundo, corresponde a un incumplimiento, no sólo porque el prestador omita medir con instrumentos los consumos de los usuarios, sino también ante la “omisión de lectura del medidor”. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 22 febrero de 2016, indicó:

*“Las ESP tienen el deber legal de efectuar la lectura de los medidores lo cual arrojará el consumo medido; de esta manera, la “lectura” y el “consumo medido” son los insumos esenciales que permiten adelantar el proceso de facturación, ya que con ellos se determinará el consumo a facturar y su liquidación, pasos indispensables para emitir la factura de servicios públicos, según la Resolución CREG 108 de 1997, en concordancia con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994. Consecuente con el señalado deber legal, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Resolución 108 dispone: “Corresponderá a la empresa probar que realizó las diligencias oportunas para efectuar la medición en las oportunidades previstas en el contrato”. (Se subraya).*

*En consecuencia, si la ESP debe realizar la lectura sobre un equipo de medida o “medidor”, lógicamente la falta de medición del consumo originada en la omisión de lectura del medidor o en la ausencia de medidores, en ambos casos omisión imputable a la empresa, generará como consecuencia jurídica que la ESP pierda el derecho a recibir el precio en los términos del inciso cuarto del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.”<sup>88</sup> (Énfasis agregado).*

Adicionalmente, dicha Corporación precisamente en análisis de la providencia traída a colación por **LA RECURRENTE**, aclaró:

*“Lo primero que debe señalar la Sala es que las sentencias citadas, en particular la del 16 de agosto de 2007 aludida expresamente en la consulta, no tienen el carácter de sentencias de unificación jurisprudencial y, por ende, con base en ellas no se activan los mecanismos previstos en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, relativos a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Ahora, esto no empece a que tengan valor como precedente en los términos que han sido expuestos.*

*En esencia las conclusiones a las que se arriba en las citadas providencias corresponden a la interpretación que la Sala ha realizado en el presente concepto, en particular, la obligación de las ESP de medir el consumo, la diligencia que deben emplear en tal medición y que sea el consumo real el factor determinante del precio que se cobra por el servicio.*

*La Sala entiende que la ratio decidendi de la sentencia del 16 de agosto de 2007 parte del supuesto de que el consumo fue “realmente medido” por la ESP, y en ese contexto fáctico realiza la interpretación de los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, los cuales como lo señala la sentencia y también lo entiende la Sala, según se expuso, regulan supuestos fácticos y consecuencias jurídicas diferentes, con mayor razón cuando el artículo 146 no distingue las razones que llevan a la “falta de medición”.*

*En consecuencia, la Sala ratifica que el supuesto de hecho “falta de medición” corresponde a un incumplimiento del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios (ausencia de medidores), o a la omisión de lectura del medidor; incumplimiento que se da por “acción u omisión” de la misma empresa. De esta manera, verificado el incumplimiento de la empresa (supuesto de hecho), emerge la consecuencia jurídica: la pérdida del derecho a recibir el precio, por expresa disposición del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.*

*Debe reiterarse que el artículo 146 de la Ley 142, así como la Resolución CREG 108, tienen por finalidad la protección de los derechos de los usuarios y que según el parágrafo 1 del artículo 30 de la Resolución 108, la carga de la prueba sobre la oportunidad y diligencia en la medición del consumo está en radicada en las ESP.”<sup>89</sup> (Énfasis agregado).*

Bajo dicho contexto, la normativa reprochada como incumplida en el cargo segundo de ninguna manera limita el concepto de “falta de medición” a una ausencia de instrumentos con los cuales se mida el consumo, sino como se evidenció en líneas previas, el supuesto jurídico es plenamente aplicable a los eventos en que no se efectúe la lectura del medidor (situación que dio origen a los hechos investigados en la presente actuación administrativa).

Luego, a juicio de este Despacho es incorrecto afirmar que la **SSPD** “cometió un error jurídico en la aplicación de la norma, por una indebida interpretación de la misma, lo cual la llevó a realizar una indebida valoración de los elementos fácticos del caso”, dado que la “falta de medición” no solo hace referencia a aquellos casos en los cuales no esté instalado un medidor o el mismo se encuentre dañado, como erróneamente lo pretende hacer ver **LA RECURRENTE** en una visión

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 22 de febrero de 2016, Radicado número 11001-03-06-000-2014-00259-00(2236), Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar.

<sup>89</sup> Ibídem.

sesgada y parcializada del sentido real y la finalidad de la regulación, sino también a la omisión de lectura de este.

En efecto, los artículos 9 y 146 de la Ley 142 de 1994 y, 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997, señalan la obligación expresa de la empresa comercializadora de adelantar todas las gestiones necesarias para medir el consumo real de sus usuarios, lo cual como se vio, se garantiza efectuando la lectura de los medidores, conllevando a que la facturación por promedio sea excepcional, cuando sin acción u omisión de la empresa no sea posible realizar la medición real del consumo.

En la misma línea, las adicionales normas endilgadas como inobservadas, esto es, el artículo 14 de la Resolución CREG 059 de 2020 (adicionado por el artículo 1 de la Resolución CREG 065 de 2020) y el numeral 4.1.2. de la Circular Externa SSPD No. 20201000000204 del 29 de abril de 2020, expresamente se refieren a la obligación del comercializador de gas combustible por redes de “realizar la actividad de lectura de los equipos de medida” y “propender por la medición de los consumos de sus usuarios mediante diferencia de lecturas de su equipo de medida”, reiterando la excepcionalidad de la medición por promedio de consumo.

Presupuestos jurídicos que, conforme el material probatorio obrante en el expediente, no fueron observados por **ALCANOS** para la época de los hechos, ya que está probado que facturó por promedio a varios de sus usuarios, entre el 25 de abril al 31 de mayo de 2020, sin haber acreditado que la misma se llevó sin su acción u omisión.

De esta manera, a todas luces en el *sub examine* la obligación que se evidenció como incumplida se encuentra dispuesta de forma expresa y clara en las normas objeto de la imputación, resultando apropiada la adecuación típica que se realizó en el cargo cuestionado entre los supuestos fácticos y jurídicos del caso. Por tanto, la **SSPD** no ha confundido los conceptos que bajo el criterio de **LA RECURRENTE** conllevaron a una indebida adecuación normativa.

En ese orden, los argumentos de defensa no están llamados a prosperar.

#### **4.5.3.1.2. De la “Falsa motivación por error de hecho – error en la valoración de las pruebas – Precisión en la información de la facturación de abril y mayo – Pruebas relacionada (sic) con las diligencias oportunas que realizó la empresa para demostrar que realizó lo debido para tomar la medición”**

En este punto, **ALCANOS** refirió que:

“71) Para el periodo comprendido entre el 24 y el 30 de abril de 2020, ALCANOS realizó la facturación de los usuarios conforme a la lectura real de cada uno de los medidores. Para los casos en que se presentó algún inconveniente en la lectura de algún medidor, y fue necesario realizar la facturación por promedio conforme a lo establecido en la Ley, ALCANOS cuenta con los soportes respectivos y con la trazabilidad de cada uno de los registros. Esto (sic) se puede evidenciar en las pruebas adjuntas al presente recurso, así como a través de una inspección y verificación de las bases de datos y sistemas que utiliza la empresa para el efecto.

72) De esta forma, en el mes de mayo de 2020 ALCANOS pudo constatar los casos en los cuales las facturaciones por promedio que se habían realizado en el mes de abril de 2020 habían sido mayores a los consumos reales que habían tenido los usuarios en dicho mes. A este tipo de situaciones ALCANOS las ha denominado como “**Consumos negativos**”, y son los casos en los cuales los consumos reales de los usuarios fueron menores a los consumos facturados por promedio en el mes anterior (abril), y por tanto, en los que se requería realizar un ajuste para equilibrar el cobro al usuario.

73) De acuerdo con lo anterior, a partir de la lectura real de los medidores, para el mes de mayo de 2020, ALCANOS pudo determinar que se habían presentado 72.190 casos de “**Consumos negativos**”. Es decir, en el mes de abril de 2020, se había facturado por promedio a 72.190 usuarios por encima del consumo real que habían tenido en el mes. En consecuencia, en el mes de mayo, luego de la lectura real del medidor, se procedió entonces a efectuar el ajuste de la facturación.

74) Sin embargo, cuando se presenta un movimiento de lectura por esos “**Consumos negativos**”, el sistema toma esa novedad como si fuera una lectura estimada. Esta información quedó reportada de esta forma en el SUI, es decir, como si hubieran sido “facturaciones estimadas”, cuando en realidad se trataron de ajustes en la facturación del mes de mayo de 2020, para compensar a los usuarios por la facturación por promedio de más que se le hizo en el mes de abril de 2020, con base a su consumo real. La “lectura estimada” es diferente a una “facturación por promedio”.

75) De esta forma, los 72.190 casos que la SSPD tomó como si hubiera sido facturaciones por promedio, fueron en realidad ajustes que realizó ALCANOS en el mes de mayo de 2020 a la facturación por promedio del mes de abril de 2020.

76) Sin embargo, como se hace notar en la Resolución No. SSPD – 20212400529575 del 27/09/2021, la SSPD no comprendió el significado de los “Consumos negativos”, que bien fue explicado por ALCANOS en los descargos y los alegatos de conclusión presentados dentro de la investigación administrativa. (...)”<sup>90</sup> (Énfasis del texto original).

Seguidamente, **LA RECURRENTE** agregó:

*“De acuerdo con lo anterior, respecto del cargo segundo específico, es necesario advertir que la empresa obró de acuerdo con los parámetros que exige tanto la ley como la regulación y desde ningún punto de vista puede afirmarse, porque tampoco está probado, que la empresa obró de manera negligente, o que su intención era no hacer la medición para facturar por promedio. Para ello es preciso referirnos al material fotográfico y probatorio:*

*Respecto de las pruebas aportadas por ALCANOS, la compañía remitió material probatorio que muestra los procedimientos o instructivos en relación con el procedimiento interno para adelantar la facturación de los eventos en lo (sic) que no era posible la toma real de los consumos u otro para el caso se (sic) las desviaciones significativas. La Superintendencia se refirió a ellos y concluyó que “la INVESTIGADA contaba con un procedimiento que identifica plenamente la manera como el prestador debía documentar (i) los eventos en que se presentaba una imposibilidad en la toma de lectura del consumo del usuario; y (ii) la realización de la visita técnica para desviaciones significativas.*

*Al respecto, me permite aclarar que ALCANOS se adhirió a tal protocolo y dispone del soporte probatorio que da cuenta de registros de novedades impedimentos y soporte fotográfico que da cuenta de ello. Asimismo, la empresa cuenta con los soportes y la trazabilidad de todos los registros de los usuarios a los cuales se les efectuó ajustes en su facturación por las diferencias entre lo facturado por promedio en el mes anterior (abril) y las lecturas reales efectuadas a final de abril y durante todo el mes de mayo.*

*Adjunto al presente recurso se presentan las pruebas que permiten aclarar los soportes y la trazabilidad de los registros para los usuarios a quienes se les ajustó la factura en abril y en mayo por presentar “consumos negativos” y para los cuales aparece el registro de facturación estimada derivado precisamente de dichos ajustes. Se insiste que no se debe confundir la facturación estimada que se realizó con base en las lecturas reales durante los meses de abril y mayo con la facturación por promedio que se efectuó hasta el 22 de abril de 2020, debido a los efectos de la pandemia.*

*Sobre la negativa de la Superintendencia de Servicios Públicos para acreditar el material fotográfico aportado por ALCANOS, me permite señalar que, en efecto, el registro fotográfico, necesariamente, está asociado a un usuario (NIU), por lo tanto, a la dirección del inmueble y fecha de la lectura. Esta afirmación por cuanto, las fotografías se capturan a través del aplicativo, para evidenciar las afirmaciones, me permite aclarar el proceso establecido en el Instructivo 11-004 (Cargue de lecturas por celular) se evidencia el paso a paso en el proceso que se lleva a cabo en la toma de lectura y donde se plasma las alarmas que el aplicativo presenta en caso de requerirse validación de lectura por novedad en número de medidor o lectura que sobrepasa los parámetros establecidos:*



<sup>90</sup> Cfr. Folio 562 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

De todas formas, según lo expliqué, ALCANOS cumplió con un protocolo interno para llevar a cabo las capturas de estas fotografías soporte. En todo caso, la Superintendencia podrá decretar una inspección por medio de la cual revise esta información, con el objeto de despejar cualquier duda en relación con la diligencia de la empresa para tomar las mediciones y facturar conforme al consumo real.<sup>91</sup>

En este punto, sea lo primero precisar que, la falsa motivación del acto administrativo se configura, entre otras, por error de hecho, el cual tiene lugar cuando: (i) los hechos en que se fundamenta son falsos, bien sea porque nunca ocurrieron, o se describen de una forma distinta a como realmente acaecieron; (ii) los hechos ocurrieron, pero se presenta un error en su apreciación, dado que no tienen el alcance ni los efectos que se les dio; o (iii) no corresponden a los supuestos descritos en la norma que se fundamenta. Supuestos que, como se ha visto hasta el momento, **deben ser debidamente demostrados por quien alega la irregularidad**.

Justamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

*“(...) En relación con la falsa motivación, vicio invocado por los demandantes, es de precisar que la misma se configura cuando los hechos son falsos, bien porque nunca ocurrieron o se describen de forma distinta a como ocurrieron, y cuando los hechos ocurridos se aprecian erróneamente, porque no tienen el alcance ni producen los efectos que les da el acto administrativo, o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que aquél invoca.*

*En términos de la doctrina, la causal de “falsa motivación” puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos.*

*El error de hecho ocurre cuando no existe el motivo que soporta el acto administrativo y el error de derecho cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero fue mal apreciado o interpretado por el funcionario*.<sup>92</sup> (Énfasis agregado).

Ahora bien, respecto a la facturación por promedio de algunos de sus usuarios, **LA RECURRENTE** sustenta el supuesto error de hecho en que dicha conducta no se presentó en la forma descrita en la **Resolución Sancionatoria**, por cuanto éste tipo de facturación aplicada entre el 25 y el 30 de abril de 2020, se hizo conforme a la ley; mientras que, la correspondiente a 72.190 usuarios de mayo de 2020, obedece a ajustes en relación con el consumo facturado por promedio en el mes de abril de 2020, que fue mayor al consumo real de tal mes (consumo negativo).

Al respecto, es preciso destacar que mediante los actos administrativos No. 20202401221691 del 17 de diciembre de 2020<sup>93</sup> y No. 20212400107841 del 19 de marzo de 2021<sup>94</sup>, la **DIEG** requirió a **LA RECURRENTE** para que con fundamento en la información reportada al **SUI**, informara la causa por la cual facturó por promedio a cada uno de los usuarios, y aportara el respectivo soporte de acuerdo al protocolo de facturación que había informado previamente.

En respuesta a dichos requerimientos, tal y como quedó desarrollado en la **Resolución Sancionatoria**, **LA RECURRENTE** informó que, para el periodo del 25 al 30 de abril de 2020, facturó por promedio a: (i) 34 usuarios debido a una desviación significativa de consumo; (ii) 2 usuarios por presentarse un consumo negativo; y (iii) 3.188 usuarios por hechos asociados al COVID -19. Encontrando evidenciado el Despacho conforme el acervo probatorio que, respecto a 3.154 usuarios, **ALCANOS** incumplió la regulación al no haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión.

Por su parte, frente a los 72.900 usuarios facturados por promedio en el mes de mayo de 2020, indicó que: (i) 615 usuarios fueron facturados de tal manera a causa de una desviación significativa de consumo; (ii) 37.118 debido a un consumo negativo; y (iii) frente a 35.167 usuarios no presentó alguna explicación. Encontrando evidenciado el Despacho conforme el

<sup>91</sup> Cfr. Folios 576 a 577 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>92</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017, Radicado número 1001-03-27-000-2013-00007-00 (19950),, Consejero Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

<sup>93</sup> Cfr. Folios 287 a 292 de la carpeta No. 2 del expediente.

<sup>94</sup> Cfr. Folios 367 a 371 de la carpeta No. 2 del expediente.

acervo probatorio que, respecto a 72.469 usuarios, **ALCANOS** incumplió la regulación al no haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión.

Ahora, en relación con los usuarios reportados por consumo negativo en el mes de mayo de 2020, el Despacho advierte que **LA RECURRENTE** en el escrito de recurso de reposición se contradice con lo informado en el desarrollo de la investigación administrativa, pues ahora refiere que son 72.190 usuarios por dicha circunstancia, lo cual discrepa ampliamente de los 37.118 reportados inicialmente en respuesta a los citados requerimientos.

Aunado a lo anterior, frente a la mencionada causal, **LA RECURRENTE** aportó en el curso de la investigación actas de revisión técnica respecto de 20 usuarios, con las que justificó la facturación por promedio de los mismos, tal y como se expuso en el numeral **3.4.3.4** de la **Resolución Sancionatoria**. Consecuentemente, para el Despacho es cuestionable la afirmación de **LA RECURRENTE**, según la cual 72.190 usuarios fueron reportados al **SUI** como facturados por promedio en el mes de mayo de 2020, dado que “*el sistema toma esa novedad como si fuera lectura estimada*”, cuando “*en realidad se trattaron de ajustes en la facturación del mes de mayo de 2020, para compensar a los usuarios por la facturación por promedio de más que se le hizo en el mes de abril de 2020, con base a su consumo real*”.

Entonces, lo cierto es que en la información reportada al **SUI** por el prestador, los 72.469 usuarios frente a los que se encontró demostrada la conducta infractora están relacionados como aquellos a los que les facturó por promedio, y no obra prueba en la presente actuación administrativa que demuestre que hayan sido facturados con base en la lectura real del consumo, como erróneamente lo afirma **LA RECURRENTE**.

De otro lado, se precisa que respecto de la valoración del registro fotográfico que **LA RECURRENTE** allegó en el desarrollo de la investigación, en el numeral **3.4.3.2.2.** de la **Resolución Sancionatoria** se explicó que, no solo se revisaron todas y cada una de las fotos aportadas, sino que, ya que “*las partes en la actuación deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar*”, y, que en tanto dicho material fotográfico no estaba acompañado “*de material probatorio adicional que permita apreciarlas razonadamente*”, ellas en sí mismas no permitían desvirtuar o justificar la conducta reprochada dentro de la presente actuación.

No obstante, **LA RECURRENTE** aportó junto con el escrito de recurso dos carpetas, una denominada “*abril*” que contiene 3.447 fotos de medidores y otra denominada “*mayo*” que contiene 4.431 fotos de medidores, pero nuevamente, allegó dicho material sin ningún tipo de explicación o prueba adicional respecto de cada foto, que permitan su valoración de manera razonable.

Es importante reiterar que, tal y como se hizo en la **Resolución Sancionatoria**, precisamente el protocolo de facturación aportado por el prestador contiene dos instructivos que señalan con claridad la forma cómo debía documentar los eventos en que no pueda tomar la lectura del usuario o en caso de una desviación significativa de consumo, así:

- (i) El instructivo “*TOMA DE LECTURA*” Código: Pro-11001( – Versión 7 del 2 de abril de 2019<sup>95</sup>, dispone que en caso de presentar alguna dificultad que impidiera la toma de lectura del equipo de medida “*El Auxiliar de Campo y/o Supervisor de Campo ingresa la novedad presentada número del medidor no coincide, fuera de ruta, (...). Contemplados en el INST-11-004 (...) y sincroniza para actualizar la información*”<sup>96</sup>, y agrega que dicho funcionario “*(...) deja constancia al usuario con el REG – 11-00 1 REPORTE DE NO TOMA DE LECTURA*” V (celular), toma el registro fotográfico y sincroniza la información”<sup>97</sup>. (Énfasis de texto original).
- (ii) El instructivo denominado “*Desviación Significativa De Consumo*”, establece que “*El Auxiliar de Facturación I (...) digita el código el usuario (...) confirmando la lectura por medio del registro fotográfico en la página web*”, a partir de lo cual “*El Auxiliar de Servicio Técnico, según SIA [solicitud interna] generada por el Auxiliar de Facturación, revisa el aplicativo CDO y se desplaza hasta el inmueble del usuario, realiza visita técnica, toma lectura, identifica la causa y hace levantamiento del REG-08-23 (Acta de revisión técnica y el PRO-08-001 Verificación del medidor y digita en el aplicativo CDO los datos requeridos en tiempo real*”<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Cfr. Folio 281 de la carpeta No. 2 del expediente. (Archivo magnético-CD-, anexo denominado “202052922579020007”).

<sup>96</sup> Numeral 22 del instructivo.

<sup>97</sup> Numeral 24 del instructivo.

<sup>98</sup> Véase numeral 10 del instructivo. Cfr. Folio 281 de la carpeta No. 2 del expediente. (Archivo magnético-CD-, anexo denominado “202052922579020007”).

Nótese que el protocolo de facturación de **LA RECURRENTE** establece específicamente que, de presentarse algún evento que impidiera la toma de lectura del equipo de medida o ante una desviación de consumo, se debía proceder a su registro en el sistema de facturación, tomar el correspondiente registro fotográfico y dejar constancia de no reporte de lectura o del acta de revisión técnica, según corresponda.

Así las cosas, el estudio del material probatorio aportado por **LA RECURRENTE** - registro fotográfico - debe realizarse de forma integral y no individual, de ello que, su análisis se hace en conjunto con los registros del sistema y la constancia de no reporte de lectura o del acta de revisión técnica, para determinar la existencia efectiva de un evento que impidió la toma de la misma o una desviación del consumo.

Sin embargo, el Despacho advierte que el registro fotográfico aportado por **ALCANOS** no se encuentra asociado de los adicionales elementos que su protocolo establecía. Con lo cual, éste en sí mismo no da cuenta de posibles eventos que justificaran la facturación por promedio en relación con los usuarios reprochados y objeto de la sanción administrativa.

De igual forma, se insiste que las fotografías presentan una serie de inconsistencias que impiden acreditar de manera clara e inequívoca, que haya facturado el consumo real a los usuarios sobre los que versa la presente investigación, o la existencia de impedimentos para tomar la lectura de los medidores, entre otros: **(i)** no identifica el usuario (NIU); **(ii)** no es posible determinar la ubicación del inmueble; y **(iii)** no permiten establecer la fecha de la supuesta lectura, conforme se expuso en la **Resolución Sancionatoria**.

Finalmente, frente a las demás pruebas aportadas por **LA RECURRENTE** con el recurso de reposición, el Despacho observa lo siguiente:

- **Documentales:**

**Tabla No. 2. Relación de pruebas documentales aportadas por LA RECURRENTE frente al cargo segundo**

Prueba	Descripción	Valoración del Despacho
<b>1)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293048852_00003.xlsx” <sup>99</sup> .	Contiene 4 hojas así: a) Hoja denominada “Resumen”. b) Hoja denominada “Convención archivos”. c) Hoja “NIU 25 AL 31 DE ABRIL” en la cual relaciona 3.224 NIU. d) Hoja “NIU MAYO”, en la que relaciona 72.900 NIU.	Respecto de la información aportada, el Despacho observa que la misma no tiene la vocación de desvirtuar la conducta reprochada, por las siguientes razones.  <b>1)</b> Relaciona información de algunos de los usuarios que facturó entre abril y mayo de 2020, sin describir las causas por la que facturó por promedio a los mismos, ni aportó material probatorio que justifique la misma. En ese sentido, no modifica los usuarios frente a los que se encontró probada la conducta infractora, según se analizó en los numerales <b>3.4.3.3</b> y <b>3.4.3.4.</b> de la <b>Resolución Sancionatoria</b> .
<b>2)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293048852_00005.xlsx” <sup>100</sup> .	Contentiva de la información denominada “RESULTADO INDICADOR MAYO”, en el que solo se indica: <b>(i)</b> Ind. Efectividad toma de lectura (99,9%); <b>(ii)</b> Ind. Toma de lecturas erradas (0,0%); <b>(iii)</b> efectividad de entrega facturas (100%); y <b>(iv)</b> usuarios con promedio (0,1%).	  <b>2)</b> El material probatorio se limita a describir información general de los usuarios allí relacionados, sin que se acompañe de los respectivos soportes del sistema de facturación y de las constancias de no reporte de toma de lectura, o de las actas de revisión técnica ante eventos de desviación significativa de consumo, según corresponda; en seguimiento del
<b>3)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293049662_00002.xlsx” <sup>101</sup> .	Relaciona 8.661 NIU con fecha de facturación de abril y mayo de 2020.	
<b>4)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293049662_00003.xlsx” <sup>102</sup> .	Relaciona un informe de control de lecturas de móviles, respecto de 6.448 NIU con fecha de facturación de abril de 2020.	
<b>5)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293049662_00004.xlsx” <sup>103</sup> .	Relaciona un reporte de peticiones, quejas y reclamos, con un total de 75 registros, con fecha de generación entre febrero a mayo de 2020.	
<b>6)</b> Archivo en formato Excel titulado “120215293049662_00005.xlsx” <sup>104</sup> .	Contiene archivo titulado “Sias de los códigos sin nota de Ajuste”, en la cual relaciona 267 registros.	
<b>7)</b> Archivo en formato Excel titulado “Anexo 1.2.4. NOTA DE AJUSTE NIU MAYO 2020.xlsx” <sup>105</sup> .	Relaciona 191.968 NIU.	
<b>8)</b> Archivo en formato Excel titulado “Anexo 1.2.6. Soporte_CtrlLectura_202005.xlsx” <sup>106</sup> .	Relaciona la información denominada “informe de control de lecturas de móviles detallados”, en la cual relaciona 15.835 NIU.	

<sup>99</sup> Cfr. CD del folio 554 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>100</sup> Ibídem.

<sup>101</sup> Cfr. CD del folio 585 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>102</sup> Ibídem.

<sup>103</sup> Ibídem.

<sup>104</sup> Ibídem.

<sup>105</sup> Cfr. CD del folio 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>106</sup> Ibídem.

Prueba	Descripción	Valoración del Despacho
		procedimiento que informó contaba para documentar ello.

Fuente: Elaboración Despacho.

• **Testimoniales:**

Tabla No. 3. Testimonios aportados por ALCANOS con el recurso de reposición frente al cargo segundo

TESTIMONIO	DESCRIPCIÓN	Valoración
Irina Escobar Huergo <sup>107</sup> (Jefe de Facturación de ALCANOS).	<p>La testigo describió el protocolo que tiene la compañía para expedir su facturación. Concretamente señaló:</p> <p>Minuto 5:56 a 8:02: “(...) nosotros hacemos unos cargues de lecturas a los diferentes dispositivos de nuestros auxiliares de campo que son los que directamente hacen la toma de lectura en los predios y luego de que ellos terminan de hacer estas tomas de lecturas, se descarga una información, que son las que son las críticas, (...) estas novedades que se puedan haber presentado en terreno, pueden haber sido por desviaciones, impedimentos en tomas de lecturas, puede haber sido cambio de medidores, bueno diferentes novedades que se presentan en terreno. (...)”.</p> <p>Minuto 8:17 a 9:30: “(...) la herramienta que ellos [auxiliares de campo] tienen para hacer la toma de lectura son los celulares, que esos están en línea, mediante un programa que le llamamos SICON web y ellos allí al momento de toma de lectura. (...) Cuando ingresan la lectura, el sistema internamente tiene unos parámetros ya preestablecidos, donde allí determina si la lectura el consumo está dentro de estos parámetros, en caso en que se salga de estos rangos, entonces el sistema le da unas alertas, le da tres veces la alerta para que el auxiliar de campo ingrese la lectura, la confirme e ingrese la lectura. Y asimismo, le exige que debe colocar una novedad frente a lo que haya encontrado allí en este predio y la captura de la foto (...)”.</p> <p>Adicionalmente, depuso sobre lo que el prestador entiendo por “consumos negativos”, así:</p> <p>Minuto 18:35 a 19:33: “(...) los consumos negativos son todos aquellos donde en el mes anterior se haya presentado algún cobro promedio y que en el mes actual al hacer la toma de lectura se presenta que es menor la lectura actual a la lectura del mes anterior que se haya tomado (...)”.</p> <p>Minuto 24:21 a 25:25: “(...) entonces ya en mayo cuando nosotros empezamos a tomar las lecturas que se habían iniciado a promediar en abril encontramos que había varios de estos usuarios que su lectura nos estaba dando inferior a la lectura del mes anterior, entonces procedimos a hacer las devoluciones, los ajustes a las lecturas anteriores (...)”.</p> <p>Minuto 31:00 a 31:51: “(...) el sistema claro él para lo que se carga al SUI él lo toma como un consumo estimado y para nosotros es eso un consumo estimado es un movimiento que se hace en las lecturas (...)”.</p>	<p>El testimonio referido más allá de describir el protocolo de facturación con el que contaba la empresa para efectuar la lectura del consumo de sus usuarios, así como reiterar lo señalado en los argumentos del recurso de reposición; no permite demostrar con certeza que ALCANOS no facturó por promedio a varios de sus usuarios el servicio de gas combustible por redes, entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, como consecuencia de su acción u omisión.</p>

Fuente: Elaboración Despacho.

Entonces, conforme al análisis previamente desarrollado, es absolutamente claro que el Despacho realizó una valoración integral y con sana crítica de las pruebas existentes en la presente investigación, lo que permitió probar que **LA RECURRENTE** facturó un total 75.623 usuarios, entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, sin haber acreditado que la misma se llevó a cabo sin su acción u omisión. Por tanto, no existe la invocada falsa motivación de la **Resolución Sancionatoria** por error de hecho, como equívocamente lo afirma ALCANOS.

En ese sentido, los argumentos de disenso propuestos por **LA RECURRENTE** no tienen la virtualidad de prosperar.

<sup>107</sup> Archivo en medio magnético denominado “Práctica testimonio anticipado – Irina Escobar Huergo- 20211008\_102439-Grabación de la reunión.mp4”, adjunto en el CD obrante en el folio 591 de la carpeta No. 3 del expediente.

**4.5.3.2. En relación con que “La información reportada en el SUI constituye información que, de acuerdo con la ley y la regulación, puede ser objeto de aclaraciones y ajustes”**

**LA RECURRENTE** señaló:

“El Sistema Único de Información -SUI- es el sistema oficial del sector de servicios públicos domiciliarios del país que recoge, almacena, procesa y publica (sic) información reportada por parte de las empresas prestadoras y entidades territoriales. El SUI busca estandarizar información, y permite a las autoridades evaluar la prestación de los servicios públicos.

El marco legal y regulatorio relacionado con el SUI se encuentra establecido en los artículos 53, 79, 79.4, 79.22 de la Ley 142 de 1994. Posteriormente, la SSPD profirió la Resolución 321 de 2003 y el procedimiento vigente para llevar a cabo tales solicitudes es la Resolución 20171000204125.

Sobre las funciones de la SSPD, me permito traer a colación:

22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Único (sic) Información de los servicios públicos.

Es importante señalar que la SSPD analiza esta información en forma de formularios, conforme a los datos que aportan las empresas de servicios públicos, datos que en principio son objeto de modificación, toda vez que esta información debe corresponder con la realidad. La SSPD ha establecido los lineamientos para la modificación de la información cargada al SUI en la mencionada Resolución 20171000204125 de 2017.

A la modificación de la información se le denomina “reversión”. Existen tres clases de modificación de información: la reversión previa, reversión voluntaria y la reversión a solicitud de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios (sic). Así las cosas, es legítimo y la regulación prevé las modificaciones y reversiones a las que puede haber lugar.

En este orden de ideas, una vez la Superintendencia tenga oportunidad de corroborar y validar los soportes conforme a los cuales ALACANOS (sic) sostiene que cumplió a cabalidad con las labores de medición y lectura, si es que la SSPD lo considera necesario, ALCANOS se encontraría facultada para realizar los ajustes en el reporte de la información cargada en el SUI de abril y mayo para que no exista confusión entre los ajustes a la facturación reportados (facturación estimada) y la supuesta facturación por promedio que no fue lo que ocurrió conforme ya se explicó.”<sup>108</sup>

Como primera medida este Despacho debe indicar que, de conformidad con lo establecido en la Resolución SSPD No. 321 de 2003<sup>109</sup>, la información que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios reporten a través del **SUI** “(...) se considerará oficial para todos los efectos previstos en la ley” y, en ese sentido, “las personas prestadoras sólo podrán solicitar modificaciones de la información reportada siempre que dirija (sic) petición motivada a la Superintendencia a través del representante legal (...)”<sup>110</sup>.

En línea con lo anterior, mediante la Circular No. 1 de 2006<sup>111</sup>, la **SSPD** recordó a sus vigilados que “la información que reportan los prestadores de servicios públicos al SUI es una información entregada al Estado colombiano (...) y en consecuencia, una vez cargada y certificada la información en (...) SUI, esta se considera oficial para todos los efectos previstos en la ley y podrá ser rectificada acorde con el procedimiento definido por esta entidad, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar”<sup>112</sup>. (Énfasis agregado).

De esta manera, con el fin de garantizar la calidad de la información, incluso después de ser reportada y certificada a través del **SUI**, mediante la Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017<sup>113</sup>, la **SSPD** estableció requisitos o lineamientos para que los prestadores puedan efectuar modificaciones a la misma a través de un procedimiento denominado “reversión”, el cual fue clasificado en tres tipos a saber: (i) reversión previa al

<sup>108</sup> Cfr. Folio 577 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>109</sup> “Por la cual se regulan algunos aspectos del Sistema Único (sic) de Información –SUI”.

<sup>110</sup> Artículo 2 de la Resolución SSPD No. 321 de 2003.

<sup>111</sup> Con asunto: “Vigilancia y control de la consistencia y calidad de la información reportada al Sistema Único (sic) de Información, SUI”.

<sup>112</sup> Numeral 1 de la Circular 1 de 2006, expedida por la SSPD.

<sup>113</sup> “Por la cual se establecen los lineamientos para la modificación de la información cargada al Sistema Único de Información (SUI) y se deroga la Resolución SSPD 20121300035485 del 14 de noviembre de 2012”. Modificada -en su artículo 7- por la Resolución SSPD No. 20211000862585 del 25 de diciembre de 2021.

vencimiento de plazos<sup>114</sup>; (ii) reversión voluntaria -posterior al vencimiento de plazos-<sup>115</sup>; y (iii) reversión a solicitud de la **SSPD**<sup>116</sup>; tal y como fue referido por **LA RECURRENTE** en su escrito.

Considerando lo anterior, debe tenerse en cuenta que, cuando un reporte de información a través del **SUI** ya fue realizado y el prestador que lo hizo evidencia que es necesario modificar la información reportada para garantizar su calidad, debe solicitar la reversión voluntaria de la misma para corregirla y nuevamente reportarla; esto, dentro del término establecido en la regulación y previa autorización de la **SSPD**.

Así pues, el artículo 4 de la referida Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017 preceptúa que cuando se pretenda la reversión voluntaria de información distinta a la financiera -información administrativa, comercial, técnica, tarifaria, de estratificación o certificaciones e inspector-, la solicitud de reversión procederá únicamente cuando se realice dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento de la fecha límite de cierre correspondiente<sup>117</sup>.

En ese orden, teniendo en cuenta que la información a la cual hizo alusión **LA RECURRENTE** ya fue reportada a través del **SUI**, en principio, ésta debió utilizar el procedimiento de reversión voluntaria para efectuar las correcciones o modificaciones que según **ALCANOS** eran susceptibles de ser realizadas; no obstante, dado que ha transcurrido un término superior a seis (6) meses siguientes a la fecha límite de cierre de la información comercial de los meses de abril y mayo de 2020, no resulta procedente una solicitud en tal sentido.

Vale la pena resaltar que, dentro del expediente administrativo no se evidencia que **LA RECURRENTE** haya allegado prueba alguna con la cual soporte que solicitó oportunamente a la **SSPD** la reversión de la información comercial de los meses de abril y mayo de 2020, esbozando las razones por la cuales consideraba necesario hacerlo, motivo por el cual para este Despacho esa información, la cual sirvió de sustento para el despliegue de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de esta entidad frente a la facturación por promedio de **ALCANOS** para el periodo comprendido entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, se considera oficial.

En lo que se refiere a la reversión a solicitud de la **SSPD**, el referido procedimiento se inicia cuando en el despliegue de sus funciones, sea evidente que la información reportada presenta inconsistencias o adolece de calidad, en atención a la naturaleza de esta, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Así las cosas, para el Despacho no es de recibo que solo hasta en el escrito del recurso de reposición, **ALCANOS** señale la presunta existencia de imprecisiones en la información comercial que reportó a través del **SUI** para los meses de abril y mayo de 2020 - *formato B1 "Información comercial de Usuarios Regulados"*, pretendiendo con ello justificar la facturación por promedio evidenciada.

Sin perjuicio de lo anterior conviene destacar que, este Despacho en los numerales **3.4.3** y **3.4.4** de la **Resolución Sancionatoria** -lo cual fue recordado en el presente acto administrativo-, analizó detalladamente tanto el material probatorio aportado por **ALCANOS**, como los argumentos planteados en ejercicio de su derecho a la defensa y contradicción, sin encontrar que estuviese demostrado que **LA RECURRENTE** hubiese cumplido a cabalidad con su obligación de facturar el consumo real a sus usuarios en el periodo señalado, tal y como lo manifiesta en el escrito del recurso aquí analizado.

Por el contrario, lo que está demostrado, es que **ALCANOS** facturó por promedio a varios de sus usuarios entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, sin acreditar que esa facturación se hubiese llevado a cabo sin su acción u omisión.

<sup>114</sup> Cfr. Artículo 1 de la Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017.

<sup>115</sup> Cfr. Artículo 2 de la Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017.

<sup>116</sup> Cfr. Artículo 9 de la Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017.

<sup>117</sup> Resolución SSPD No. 20171000204125 del 18 de octubre de 2017. “**Artículo 4. Término para solicitar la reversión voluntaria.** Las solicitudes de reversión voluntaria de información administrativa, comercial, técnica, tarifaria, estratificación, certificaciones e inspector, serán procedentes únicamente dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento de la fecha límite de cierre, establecida en la respectiva norma, y por una sola vez, para cada ítem a reportar. En la autorización de la reversión voluntaria, se indicará el término dentro del cual el solicitante deberá cargar la información que va a corregir” (Énfasis agregado).

En ese sentido, los argumentos de disenso propuestos por **LA RECURRENTE** no tienen la virtualidad de prosperar.

#### 4.6. ARGUMENTOS RELACIONADOS CON LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

##### 4.6.1. De las “Características que deben regir el procedimiento administrativo sancionatorio”

**ALCANOS** argumenta que en la presente investigación administrativa no se garantizaron los principios que orientan el procedimiento administrativo sancionatorio, así como los derechos al debido proceso y defensa, al no haberse surtido unas averiguaciones preliminares, lo cual refiere es obligatorio en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 47 del CPACA. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“(…), es importante mencionar que, si bien la SSPD expuso a través del acto administrativo del pliego de cargos, los hechos y las normas que consideraba vulneradas, la entidad no cumplió en debida forma con su obligación de realizar averiguaciones preliminares como lo exige el artículo 47 del CPACA, para luego sí proceder a la formulación del pliego de cargos, ya que de haberlo (sic) hecho, se habría dado cuenta que no existía mérito para iniciar formular el pliego de cargos. (...)”<sup>118</sup>. (Énfasis del texto original).*

Al respecto, debe precisarse que en el *sub examine*, mediante el memorando SSPD No. 20202300051663 del 4 de junio de 2020, la **DTGGC** remitió a la **DIEG** un Informe Técnico de Gestión con soportes documentales, de los cuales se evidenció la necesidad de iniciar una averiguación preliminar a efectos de determinar el mérito suficiente de abrir o no una investigación de carácter sancionatoria contra **ALCANOS**. Así, a través del acto administrativo No. 20202400461041 del 8 de junio de 2020, la **DIEG** inició una averiguación preliminar con el fin de “*recaudar material probatorio suficiente, respecto a (sic) aplicación de las normas sobre facturación por parte de ALCANOS*”, y el cual una vez recaudado permitió a dicha Dirección formular el Pliego de Cargos respectivo.

En ese orden, no es claro cómo la realización de dichas actuaciones vulneró los derechos al debido proceso y de defensa que le asisten a **LA RECURRENTE**, máxime cuando conforme lo afirma **ALCANOS**, “*la SSPD expuso en el acto administrativo del pliego de cargos, los hechos y las normas que consideraba vulneradas*”, así como informó las sanciones o medidas procedentes en el evento que se llegase a encontrar responsable de las conductas investigadas, tal y como efectivamente se demostró en el curso de la presente actuación administrativa.

No obstante, debe precisarse que la averiguación preliminar no se constituye como una etapa imperativa, sino facultativa de la autoridad administrativa, lo que implica para esta que no se encuentra obligada a surtir etapas especiales o ritualidades en caso de considerar que cuenta con elementos probatorios que determinen el mérito de iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio.

Así las cosas, para el Despacho es claro que yerra **ALCANOS** al afirmar que esta autoridad “*no cumplió en debida forma con su obligación de realizar averiguaciones preliminares como lo exige el artículo 47 del CPACA, para luego sí proceder a la formulación del pliego de cargos, ya que de haberlo hecho, se habría dado cuenta que no existía mérito para iniciar formular el pliego de cargos*”, máxime si se tiene en cuenta que, como se señaló previamente: **(i)** la **DIEG** adelantó una averiguación preliminar dentro de la presente actuación administrativa; y **(ii)** aun cuando no se hubiese iniciado averiguación preliminar alguna, dicha etapa es facultativa, por lo cual se encontraba bajo la discrecionalidad de la **SSPD** determinar su pertinencia o no.

En ese sentido, los argumentos del recurso de reposición no tienen la virtualidad de prosperar.

##### 4.6.2. De la “Violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la dosificación de la sanción”

En su escrito **LA RECURRENTE** señala que, en la **Resolución Sancionatoria** se presenta una vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción. Esto, en los siguientes términos:

<sup>118</sup> Cfr. Folios 563 (reverso) a 564 (reverso) de la carpeta 3 del expediente.

*“Así las cosas, las autoridades administrativas no pueden ejercer el ius puniendi a su parecer, por el contrario, dicho ejercicio se debe ajustar a los criterios de adecuación y graduación pre establecidos, o de no estar reglados los mismos, deben ajustarse a los criterios de justicia, propendiendo siempre y en todo momento por una medida que resulte proporcional a los hechos ocurridos.*

*En lo que respecta al Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, el legislador le otorgó la facultad sancionadora a la SSPD de conformidad con el artículo 81 de la ley 142 de 1994.*

*En el referido artículo, se establece que la SSPD podrá imponer sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta (...).*

*(...)*

*De la lectura de la norma trascrita, es claro que el Legislador en aplicación de los principios de racionalidad y proporcionalidad, sometió la imposición de sanciones a las empresas prestadoras de servicios públicos una graduación sujeta a tres criterios, a saber:*

1. *La afectación de la prestación del servicio público domiciliario. Es decir, si la prestación del servicio público se ve a afectada, la SSPD se encuentra facultada para imponer sanciones, las cuales serán mayores dependiendo del grado de afectación presentado.*
2. *La reincidencia del infractor en la conducta sancionada durante el año inmediatamente anterior, lo cual implica que si no hay reincidencia la sanción debe ser menor en comparación al evento en que se presente una conducta reiterada.*
3. *La situación financiera de la empresa, desprendiéndose un mandato claro para la SSPD de revisar los estados financieros de la empresa del ejercicio anterior.*

*Por lo tanto, es claro que la naturaleza y gravedad de la infracción es un factor determinante para la imposición de la sanción por parte de la administración, quien deberá evaluar de acuerdo con lo probado dentro del proceso, el grado de afectación sobre la prestación del servicio, el factor de reincidencia y el estado financiero de la empresa, y conforme a ello, imponer una sanción adecuada y proporcional.*

*En el presente caso, la SSPD incurrió en un error de derecho por violación directa del numeral 81.2. de la ley (sic) 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la ley (sic) 1955 de 2019, al imponer a ALCANOS una sanción pecuniaria sin tener en cuenta los elementos de graduación de la multa.*

*(...)*

*No es proporcional imponer una sanción por una conducta que no se acreditó, que no constituye ninguna violación a la regulación vigente, que no ha generado ningún tipo de daño ni afectación al servicio público y que no es reiterada.*

*Nuevamente se reitera que el numeral 81.2. de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 1955 de 2019, expresamente señala que para efectos de dosificar la multa se debe tener en cuenta el impacto en la buena marcha del servicio público prestado, por lo tanto, si no existió ninguna violación, ni tampoco afectación o daño, no debería imponerse ninguna sanción pecuniaria a ALCANOS.*

*En este orden de ideas, la multa impuesta por la SSPD a ALCANOS no cumple los criterios de proporcionalidad y racionalidad establecidos en la constitución y la ley, por lo tanto, debe revocarse el acto administrativo objeto del presente recurso o, cuando menos, limitarse a una amonestación teniendo en cuenta las características del caso.”<sup>119</sup>*

Antes de abordar los argumentos de defensa anteriormente citados, resulta necesario indicar que **ALCANOS**, en su escrito, hizo referencia al artículo 19 de la Ley 1955 de 2019<sup>120</sup>, como modificatorio del artículo 81 (numeral 81.2) de la Ley 142 de 1994<sup>121</sup>, desconociendo a todas luces que, esa norma no se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano por cuanto fue declarada inexistente por la Corte Constitucional.

En efecto, en la Sentencia C-030 de 2021 la Corporación consideró que el referido artículo vulneraba el principio de unidad de materia<sup>122</sup>, al no cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo<sup>123</sup>, respecto de las normas que se pueden incorporar a la Ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo -en este caso, el correspondiente al periodo 2018-2022.

<sup>119</sup> Cfr. Folios 578 (reverso) a 580 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>120</sup> “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”.

<sup>121</sup> “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

<sup>122</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2021. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>123</sup> Ley 152 de 1994 “Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo”.

De esta manera es claro que, la declaratoria de inexequibilidad del artículo 19 de la Ley 1955 de 2019 efectuada por la Corte Constitucional, hace improcedente para este Despacho acudir a la metodología de graduación de las multas allí establecida y, en ese sentido, contrario a como lo hace **ALCANOS**, debe considerarse el contenido del artículo 81 (numeral 81.2) de la Ley 142 de 1994 sin la modificación a los criterios de dosificación de las sanciones que en algún momento efectuó la norma en comento, tal y como se hizo en la **Resolución Sancionatoria**.

Ahora bien, según **LA RECURRENTE** la sanción aplicada mediante la **Resolución Sancionatoria** “(...) no cumple los criterios de proporcionalidad y razonabilidad establecidos en la constitución y la ley”, y se impuso “(...) sin tener en cuenta los elementos de graduación de la multa”.

Sobre el particular, es de recordar que la determinación de las sanciones a imponer en ejercicio de la potestad sancionadora otorgada a la **SSPD**, se realiza de acuerdo con el artículo 81 de la referida Ley 142 de 1994, esto es “según la naturaleza y la gravedad de la falta”, y las mismas se encuentran debidamente catalogadas en esa norma -amonestación, multas, entre otras-.

En el presente asunto, al respecto de lo mencionado por **LA RECURRENTE**, resulta pertinente el análisis de la sanción de multa consagrada en el numeral 81.2 del citado artículo, norma que faculta a la **SSPD** para graduar y dosificar las multas bajo los criterios de: **(i)** impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público; **(ii)** factor de reincidencia; y **(iii)** prolongación de la infracción en el tiempo; que dan cuenta de una discrecionalidad reglada, sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>124</sup>.

Con acierto, el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto a la discrecionalidad de la **SSPD** en lo concerniente a la dosificación de las multas, indicando que:

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

**Así pues, al imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, la Administración actúa en ejercicio de su facultad discrecional**, que, de acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo<sup>125</sup>, implica que la sanción sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”<sup>126</sup>.

Por su parte, la **SSPD** en el Concepto No. 5 del 7 de enero de 2009, respecto a la gradualidad de las sanciones que puede imponer con base en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, precisó:

#### ***“C. Graduación de las sanciones***

*(...)*

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

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

*(...)*

<sup>124</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-1026/01 y C-125/03. “(...) las diferentes sanciones que puede fijar la SSPD dependen de la naturaleza y gravedad de la falta cometida. Una de las sanciones que puede imponer la Superintendencia, cuando la naturaleza y gravedad de la falta lo amerite, es la multa, que tiene como límite, el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. La multa debe graduarse atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y a si el administrado es reincidente o no.”

Consejo de Estado. Rad. No. 76001233100020030352401. 10 de julio de 2014. CP. Martha Briceño de Valencia.

<sup>125</sup> Artículo 36 del CPACA: **“Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”**.

<sup>126</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. 10 de julio de 2014. Expediente 76001233100020030352401 [19191].

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

Visto lo anterior, frente a las circunstancias particulares del presente caso, el Despacho encuentra que:

- (i) La razón por la cual se impuso una sanción en la modalidad de multa y no otro tipo de sanción, como la amonestación, tal como **LA RECURRENTE** lo sugiere, obedeció a la gravedad de las conductas sancionadas, tal y como se explicó en el acápite 4 de la **Resolución Sancionatoria**<sup>127</sup>.
- (ii) Lo argumentado por **ALCANOS** para sustentar la supuesta desproporcionalidad de la sanción impuesta no tiene la virtualidad de variar las conclusiones de la **Resolución Sancionatoria**, toda vez que, incluso en sede de recurso se confirma que:
  - **Respecto al cargo primero:** La conducta desplegada por **ALCANOS**, esto es, no haber aplicado de forma inmediata la **OTT** a los usuarios regulados de los estratos 1 y 2, y no haber ofrecido dicha figura a los demás estratos socioeconómicos; constituye un grave incumplimiento a la regulación, si se tiene en cuenta que su inmediatez estaba directamente encaminada a minimizar los riesgos que pudieran afectar la prestación del servicio como consecuencia de las condiciones que presentaba el mercado en su momento. En ese sentido, la conducta incumplida debía materializarse inmediatamente entrara en vigor la Resolución CREG 048 de 2020, es decir, a partir del 13 de abril de 2020.
  - **Respecto al cargo segundo:** La conducta desplegada por **LA RECURRENTE**, esto es, facturar con base en consumos promedios a varios de sus usuarios entre el 25 de abril y el 31 de mayo de 2020, sin haber acreditado que ello no correspondía a su acción u omisión; es una falta grave y presenta una trascendencia importante si se tiene en cuenta la cantidad de usuarios a quienes facturó por promedio, afectándolos en su derecho a tener la medición real de su consumo.

Con lo anterior queda claro que, contrario a como lo menciona **ALCANOS**, con las conductas desplegadas sí se impactó la buena marcha del servicio público de gas combustible por redes de tubería.

- (iii) La **SSPD** goza de **facultad discrecional** para determinar la sanción a imponer a los sujetos vigilados que transgredan el régimen de los servicios públicos, en atención a la gravedad y naturaleza de sus infracciones y a los elementos particulares y propios de cada actuación, lo cual fue debidamente analizado en la **Resolución Sancionatoria**. Así, siempre y cuando se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad y se desarrolle los criterios de dosificación, la **SSPD** está facultada para imponer sanciones discrecionalmente, de acuerdo con la evaluación de las conductas sancionadas.

De esta manera, la sanción de multa impuesta en la presente actuación administrativa se expidió con observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y además, exponiendo de manera precisa el régimen jurídico aplicable a la graduación y dosificación de la misma, de acuerdo con los criterios previstos en el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, sin que, contrario a como lo pretende mostrar **LA RECURRENTE**, la no reincidencia pueda ser considerada como un criterio atenuante de la sanción, por cuanto es la reincidencia un agravante de la misma.

- (iv) No es de recibo que **LA RECURRENTE** manifieste que "*No es proporcional imponer una sanción por una conducta que no se acreditó, que no constituye ninguna violación a la regulación vigente, que no ha generado ningún tipo de daño ni afectación al servicio público*", por cuanto es claro que la **SSPD** puede imponer sanciones a los prestadores por el hecho de vulnerar las disposiciones normativas del sector de los servicios públicos domiciliarios a las que se encuentran sujetos, sin que se requiera la lesión de un bien jurídico o la generación de un

<sup>127</sup> Folios 535 (reverso) a 536 de la carpeta No. 3 del expediente.

daño (antijuridicidad formal), tal y como se expuso a lo largo del presente acto administrativo.

No obstante, las conductas desplegadas por **LA RECURRENTE** no solo constituyeron una vulneración a la normativa, sino que se encuentra plenamente probado que **LA RECURRENTE** incurrió en las conductas reprochadas, con lo cual afectó los derechos de los usuarios a: (i) obtener los beneficios que estableció el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia ocasionada por el COVID 19 -cargo primero- y, (ii) la facturación de su consumo real, como elemento principal del precio del servicio que paga el usuario- cargo segundo-, todo lo cual constituyó una falta grave cometida por **LA RECURRENTE**.

Entonces, de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en lo que respecta a la graduación de la sanción impuesta a **ALCANOS**, se ejerció la facultad sancionatoria con discrecionalidad, pero no por ello, de forma arbitraria, caprichosa o incurriendo en un error de derecho por violación de la referida norma, como erradamente lo refirió **LA RECURRENTE**.

Por lo señalado, los argumentos aquí estudiados no están llamados a prosperar.

#### 4.7. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que las conductas imputadas a **ALCANOS** quedaron ampliamente demostradas con las pruebas que reposan en el expediente, con fundamento en las cuales se le sancionó, y que los argumentos expuestos en el recurso de reposición no lograron probar alguna circunstancia que condujera a la modificación, aclaración o modulación de la misma, este Despacho procederá a confirmar íntegramente la Resolución SSPD No. 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR** las peticiones elevadas por la empresa **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT. 891.101.577-4, mediante comunicaciones con radicados SSPD No. 20215293048852 y 20215293049662 del 12 de octubre de 2021.

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en su integridad la Resolución SSPD No. 20212400529575 del 27 de septiembre de 2021, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a la empresa **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.101.577-4, por un valor de **NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SESENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA PESOS (\$998.160.270)**.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** el contenido de la presente resolución a la empresa **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.101.577-4, por medio de su apoderado especial, a los correos electrónicos: acastaneda@x100legal.co, fforero@x100legal.co<sup>128</sup> y alcanos@alcanosesp.com<sup>129</sup>, con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

**ARTÍCULO CUARTO: INFORMAR** a la empresa **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.101.577-4, que una vez se encuentre en firme la presente Resolución, el valor de la multa impuesta deberá ser cancelado mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia, o mediante transferencia electrónica realizada a la cuenta corriente No.141011460 del Banco BBVA a nombre de la “*Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*”.

Para ello, el prestador debe descargar el formato de pago disponible en el portal web [www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co), menú Servicios vigilados > Trámites y Servicios Prestadores > Pagos o acceder al siguiente enlace en un navegador web: <https://www.superservicios.gov.co/servicios-vigilados/tramites-servicios/formatos-pago>.

<sup>128</sup> Cfr. Folio 583 de la carpeta No. 3 del expediente.

<sup>129</sup> De conformidad con la autorización que obra a folio 36 de la carpeta única del expediente.

El pago de la sanción deberá acreditarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo. En caso de adelantar el pago mediante transferencia electrónica, la misma se deberá acreditar enviando copia del soporte al correo [evleiton@superservicios.gov.co](mailto:evleiton@superservicios.gov.co) indicando que la misma corresponde al cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución.

**ARTÍCULO QUINTO:** La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO ALEJANDRO OSSA URREA**

**SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE**

**Proyectó:** Luis Fernando Fontecha Saavedra, Adriano Martínez Aycardi y Juan Sebastián Téllez Salcedo- Abogados de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.

**Revisó:** Viviana Vargas Vergara – Abogada de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.  
Miguel Angel Lozada Urrego - Director de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.