



20242400301975

RESOLUCIÓN No. SSPD – 20242400301975 DEL 25/06/2024

EXPEDIENTE: 2022240380300019E

POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE

La Superintendente Delegada para Energía y Gas Combustible, en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 79¹ 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. 20232400325465 del 15 de junio de 2023, previa exposición de las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. La **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT 891800219-1 (**EBSA** o **RECURRENTE**), se encuentra inscrita en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (**RUPS**) con el ID 500, presta el servicio público domiciliario de energía eléctrica en los departamentos de Boyacá, Casanare, Cundinamarca, Norte de Santander, Santander y Sucre, y registra como fecha de inicio de operaciones el 9 de febrero de 1955, según consta en el **RUPS** administrado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (**SSPD**).

1.2. A través del memorando SSPD No. 20222200152093 del 5 de agosto de 2022², la Dirección Técnica de Gestión de Energía (**DTGE**) de la **SSPD** remitió a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible (**DIEGC**) un Memorando de Solicitud de Investigación, recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa sancionatoria contra **EBSA**, por el presunto incumplimiento a lo dispuesto en la normativa aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

1.3. Mediante acto administrativo SSPD No. 20222400346206 del 16 de diciembre de 2022³,

¹ Modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

² Cfr. Folios 1 a 11 de la carpeta No. 1 del expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al expediente, este corresponde al identificado con el No. 2022240380300019E.

³ Cfr. Folios 12 a 19 de la carpeta No. 1 del expediente.

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Sede principal.
Bogotá D.C. Carrera 18 nro. 84-35
Código postal: 110221
PBX 60 (1) 691 3005. Fax 60 (1) 691 3059
sspd@superservicios.gov.co
Línea de atención 60 (1) 691 3006 Bogotá.
Línea gratuita nacional 01 8000 91 03 05
NIT: 800.250.984.6
www.superservicios.gov.co

Dirección Territoriales
Diagonal 92 # 17A – 42, Edificio Brickell Center, piso 3.
Código postal: 110221
Barranquilla. Carrera 59 nro. 75 -134. Código postal: 080001
Bucaramanga. Carrera 34 No. 54 – 92. Código postal: 680003
Cali. Calle 26 Norte nro. 6 Bis – 19. Código postal: 760046
Medellín. Avenida calle 33 nro. 74 B – 253. Código postal: 050031
Montería. Carrera 7 nro. 43-25. Código postal: 050031
Neiva. Calle 11 nro. 5 – 62. Código postal: 230001

notificado⁴ a **EBSA** por correo electrónico certificado en la misma fecha⁵, la **DIEG** inició investigación administrativa sancionatoria y formuló pliego de cargos contra la **RECURRENTE** (Pliego de Cargos).

1.4. Por medio de la Resolución SSPD No. 20232400325465 del 15 de junio de 2023⁶, (**Resolución Sancionatoria**), notificada⁷ por correo electrónico certificado en la misma fecha⁸, el superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible (Despacho) declaró probado el incumplimiento endilgado a la **RECURRENTE** y la sancionó con multa por valor de ochocientos cuarenta y dos millones seiscientos ochenta y nueve mil quinientos cinco pesos m/cte (\$842.689.505).

1.5. Mediante las comunicaciones con radicado SSPD No. 20235292371032 del 30 de junio de 2023⁹ y 20235292389332 del 5 de julio de 2023¹⁰ (remitida por correo electrónico el 30 de junio de 2023), **EBSA** presentó, oportunamente¹¹, escrito de recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

2. IMPUTACIÓN

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20222400346206 del 16 de diciembre de 2022¹², la **DIEG** inició investigación administrativa e imputó el siguiente cargo único a la **RECURRENTE**:

*“La **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, presuntamente incumplió lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 y el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008 al haber calculado incorrectamente el ajuste anual del Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento a Reconocer (PAOMR) durante los años 2018 a 2020”¹³.*

3. FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho declaró probado el **cargo único** imputado, al encontrar que **EBSA** calculó incorrectamente el ajuste anual del Porcentaje de Administración, Operación y mantenimiento a Reconocer (**PAOMR**) durante los años 2018 a 2020, incumpliendo con ello lo establecido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 y el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde a este Despacho resolver el recurso de reposición formulado por la **RECURRENTE** contra la **Resolución Sancionatoria**, para lo cual, este Despacho desarrollará sus argumentos

⁴ Notificación electrónica radicada con No. 20222405886441 del 16 de diciembre de 2022 (Cfr. Folio 20 de la carpeta No. 1 del expediente).

⁵ Cfr. Folios 20 a 30 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶ Cfr. Folios 311 a 341 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁷ Notificación electrónica radicada con No. 20232002083231 del 15 de junio de 2023 (Cfr. Folio 342 de la carpeta No. 2 del expediente).

⁸ Folios 342 a 358 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁹ Cfr. Folios 359 a 375 de la carpeta No. 2 del expediente.

¹⁰ Cfr. Folios 376 a 381 de la carpeta No. 2 del expediente.

¹¹ En la presente actuación administrativa sancionatoria, el término de diez (10) días otorgado por el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 para presentar recurso de reposición, venció el 30 de junio de 2023.

¹² Cfr. Folios 12 a 19 de la carpeta No. 1 del expediente.

¹³ Cfr. Folio 12 de la carpeta No. 1 del expediente.

en el presente acto administrativo, así: **(i)** competencia para conocer y resolver el recurso de reposición; **(ii)** solicitudes realizadas en el recurso de reposición; **(iii)** particularidades del cargo único formulado; **(iv)** valoración de los argumentos, y **(iv)** conclusión.

4.1. COMPETENCIA DEL DESPACHO DE LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE 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 Política. 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 público¹⁴.

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 1994¹⁵, 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 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 domiciliarios y desarrollan actividades complementarias o conexas¹⁶ y, se imponen las sanciones administrativas a que haya lugar, en los términos de los artículos 79¹⁷ 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”¹⁸.

¹⁴ Cfr. 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.

¹⁵ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente No. 11001030600020190009200, sentencia del 29 de octubre de 2019. Consejero Ponente. Álvaro Namén Vargas.

¹⁷ Modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 del 26 de noviembre de 2015. Consejero Ponente. Roberto Serrato Valdez.

En línea con lo anterior, el numeral 11 del artículo 16 del Decreto 1369 de 2020¹⁹ 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 delegó al superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible la función de imponer sanciones a los sujetos vigilados que, dentro de dichos sectores, violen las normas a las que estén sujetos²⁰.

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “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 revoque²¹.

Ahora bien, en el presente caso, la **Resolución Sancionatoria** fue proferida por el Superintendente Delegado 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 interpuesto por **EBSA** mediante los radicados SSPD No. 20235292371032 del 30 de junio de 2023²² y 20235292389332 del 5 de julio de 2023²³.

4.2. SOLICITUD REALIZADA EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Como se indicó líneas arriba, le corresponde a este Despacho resolver el recurso de reposición interpuesto por **EBSA**, por medio del cual solicitó a la **SSPD**:

“PRIMERO: REPONER la Resolución No. SSPD – 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN”, y en su lugar se ABSUELVA a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACÁ S.A., teniendo en cuenta (sic) los argumentos presentados a lo largo de este recurso y de las pruebas obrantes en la actuación administrativa sancionatoria”²⁴.

¹⁹ “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

²⁰ 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”.

²¹ **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.

(...). ”.

²² Cfr. Folios 359 a 375 de la carpeta No. 2 del expediente.

²³ Cfr. Folios 376 a 381 de la carpeta No. 2 del expediente.

²⁴ Cfr. Folio 375 de la carpeta No. 2 del expediente.

4.3. DEL CARGO ÚNICO

4.3.1. MARCO NORMATIVO

De conformidad con el cargo único imputado, la normativa vulnerada es la siguiente:

- **Ley 142 de 1994, artículo 88, numeral 88.1:**

***“Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas.** Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:*

***88.1.** Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada” (Énfasis agregado).*

- **Resolución CREG 119 de 2007²⁵, artículo 2:**

***“Artículo 2. Régimen de libertad regulada.** Las empresas Comercializadoras Minoristas al fijar sus tarifas a los usuarios finales regulados quedan sometidas al régimen de libertad regulada previsto en los artículos 14.10 y 88.1 de la Ley 142 de 1994.*

Toda empresa que realice la actividad de Comercialización Minorista determinará con la fórmula tarifaria general y con la metodología establecida en esta resolución, las tarifas que aplicará a los usuarios finales regulados”.

- **Resolución CREG 097 de 2008²⁶, Anexo General, numeral 10.3.1.2:**

***“10.3.1.2 IAAD_{j,k-1,n} > IAAD_{j,k-2,n}:** Sí cualquiera de los dos Índices Anuales Agrupados de la Discontinuidad (IAAD), para los Niveles de Tensión 2 - 3 en forma agregada y para el Nivel de Tensión 1 en forma independiente, calculado cada uno al mes de diciembre del año k-1, como el promedio de los IAAD del año 2008 hasta el año k-1, es superior al respectivo IAAD calculado doce meses atrás, año k-2, como el promedio de los IAAD del año 2008 hasta el año k-2, el porcentaje de AOM a reconocer en el año k, PAOMR_{j,k}, se determinará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

²⁵ “Por la cual se aprueba la fórmula tarifaria general que permite a los Comercializadores Minoristas de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”.

²⁶ “Por la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local”.

<p>i. Si $PAOMG_{j,04-07} \geq PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} \geq PAOMR_{j,k-1}$</p> $PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMR_{j,04-07}}{2}$
<p>ii. Si $PAOMG_{j,04-07} \geq PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} < PAOMR_{j,k-1}$</p> $PAOMR_{j,k} = \min\left(PAOMD_{j,k-1}; \frac{PAOMD_{j,k-1} + PAOMR_{j,04-07}}{2}\right)$
<p>iii. Si $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} \geq PAOMR_{j,k-1}$</p> $PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMG_{j,04-07}}{2}$
<p>iv. Si $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} < PAOMR_{j,k-1}$</p> $PAOMR_{j,k} = \min\left(PAOMD_{j,k-1}; \frac{PAOMD_{j,k-1} + PAOMG_{j,04-07}}{2}\right)$

Donde:

$PAOMG_{j,04-07}$: Porcentaje de AOM gastado por el OR j , en el periodo 2004-2007.

$PAOMR_{j,04-07}$: Porcentaje de AOM remunerado al OR j , en el periodo 2004-2007.

$PAOMD_{j,k-1}$: Porcentaje de AOM demostrado por el OR j , en el año $k-1$.

$PAOMR_{j,k-1}$: Porcentaje de AOM reconocido al OR j , en el año $k-1$.

$PAOMR_{j,k}$: Porcentaje de AOM a reconocer por el OR j , en el año k " (énfasis agregado).

4.3.2. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

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

"3.2.4. Análisis del Despacho

(...)

(i) Respecto a la aplicación del $PAOMR_{2018-2020}$

En primer lugar, debe señalarse que, el numeral 10.3.1.1. del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, dispuso que para actualizar el **PAOMR**, deben determinarse los Índices Anuales Agrupados de la Discontinuidad (**IAAD**), así:

"(...)

$$IAAD_{j,k-1,n} = \frac{1}{k - k_3} \left[\sum_{y=k_3}^{k-1} \left(\frac{1}{4} \sum_{p=1}^4 ITAD_{j,y,n,p} \right) \right]$$

$$IAAD_{j,k-2,n} = \frac{1}{(k-1) - k_3} \left[\sum_{y=k_3}^{k-2} \left(\frac{1}{4} \sum_{p=1}^4 ITAD_{j,y,n,p} \right) \right]$$

Dónde:

IAAD_{i,k-1,n}: Índice Anual Agrupado de la Discontinuidad del OR *j*, en el año *k-1* y para el nivel de tensión *n*.

IAAD_{j,k-2,n}: Índice Anual Agrupado de la Discontinuidad del OR *j*, en el año *k-2* y para el nivel de tensión *n*.

ITAD_{i,y,n,p}: Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad, que representa el nivel promedio de Discontinuidad del servicio que percibieron todos los usuarios de un OR *j* conectados al Nivel de Tensión *n*, durante el trimestre *p* del año *y*.

y: Años desde *k₃* hasta el año *k-1*.

k₃: Año de referencia igual al 2008.

p: Trimestre de cada año, para el que se elabora el cálculo. (1 de enero a 31 de marzo, 1 de abril a 30 de junio, 1 de julio a 30 de septiembre y 1 de octubre a 31 de diciembre)".

Adicionalmente, la norma transcrita estableció que el cálculo de los **IAAD** depende de los **ITAD**. En ese orden, una inconsistencia en los **ITAD** afectaría el valor de los **IAAD**, lo que a su vez afectaría los cálculos de actualización de **PAOMR**, que finalmente impactarían en la determinación de los cargos por uso.

En el presente caso, mediante las comunicaciones SSPD 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017, SSPD 20185290387332 del 30 de abril de 2018, SSPD 20195290421962 del 30 de abril de 2019 y SSPD 20205290528142 del 4 de mayo de 2020, **EBSA** le informó a la **SSPD** los **ITAD** utilizados para calcular sus **IAAD** durante el periodo comprendido entre 2008 y 2019.

Sin embargo, tras revisar el valor de los **ITAD** de **EBSA** reportados al Formato 9 del Sistema Único de Información (**SUI**), se evidenció que los valores reportados para el segundo y tercer trimestre del año 2011 (en los niveles de tensión 1, 2 y 3) y para el cuarto trimestre del mismo año (en los niveles de tensión 2 y 3) son diferentes a los informados por la **INVESTIGADA**.

A continuación, las Tablas Nos.1 y 2 presentan dicha información, resaltando las diferencias encontradas. Veamos:

Tabla No. 1 - Relación de los ITAD utilizados por EBSA para calcular sus IAAD durante el periodo comprendido entre 2008 y 2020

Año	Nivel de Tensión 1				Niveles de Tensión 2 y 3			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2008	0,00037118	0,00075517	0,00048367	0,00071107	0,00003302	0,00037260	0,00014510	0,00039420
2009	0,00585310	0,00010256	0,00167306	0,00049807	0,00008562	0,00002695	0,00032536	0,00014456
2010	0,00046514	0,00061755	0,00047637	0,00039350	0,00011614	0,00026052	0,00017823	0,00004316
2011	0,00051104	0,00085876	0,00128555	0,00085731	0,00032053	0,00073971	0,00016857	0,00122172
2012	0,00062070	0,00062610	0,00071040	0,00055980	0,00019450	0,00023890	0,00026740	0,00043960
2013	0,00052530	0,00063370	0,00071960	0,00088920	0,00017950	0,00017350	0,00029460	0,00043250
2014	0,00079590	0,00084590	0,00093260	0,00054070	0,00038930	0,00018770	0,00019180	0,00029210
2015	0,00042290	0,00079380	0,00100600	0,00066510	0,00014800	0,00031900	0,00045140	0,00018330
2016	0,00111000	0,00105300	0,00107500	0,00148000	0,00250800	0,00094580	0,00053420	0,00067800
2017	0,00166110	0,00151360	0,00165920	0,00200320	0,00102210	0,00069340	0,00078990	0,00212850
2018	0,00114510	0,00151470	0,00118700	0,00122240	0,00070610	0,00104910	0,00126730	0,00099540
2019	0,00073010	0,00069010	0,00076090	0,00068650	0,00047010	0,00032970	0,00068290	0,00057430
2020	0,00545630				0,00070740			

Fuente: Radicados SSPD 20185290387332, 20195290421962 y 20205290528142 – Elaboración: DIEG

Tabla No. 2 - Relación de los ITAD reportados por EBSA al SUI durante el periodo comprendido entre 2008 y 2020

Año	Nivel de Tensión 1				Niveles de Tensión 2 y 3			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2008	0,00037118	0,00075517	0,00048367	0,00071107	0,00003302	0,00037260	0,00014510	0,00039420
2009	0,00585310	0,00010256	0,00167306	0,00049807	0,00008562	0,00002695	0,00032536	0,00014456
2010	0,00046514	0,00061755	0,00047637	0,00039350	0,00011614	0,00026052	0,00017823	0,00004316
2011	0,00051104	0,00087840	0,00076650	0,00085731	0,00032053	0,00030120	0,00023170	0,00025840
2012	0,00062070	0,00062610	0,00071040	0,00055980	0,00019450	0,00023890	0,00026740	0,00043960

Año	Nivel de Tensión 1				Niveles de Tensión 2 y 3			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2013	0,00052530	0,00063370	0,00071960	0,00088920	0,00017950	0,00017350	0,00029460	0,00043250
2014	0,00079590	0,00084590	0,00093260	0,00054070	0,00038930	0,00018770	0,00019180	0,00029210
2015	0,00042290	0,00079380	0,00100600	0,00066510	0,00014800	0,00031900	0,00045140	0,00018330
2016	0,00111000	0,00105300	0,00107500	0,00148000	0,00025080	0,00094580	0,00053420	0,00067800
2017	0,00166110	0,00151360	0,00165920	0,00200320	0,00102210	0,00069340	0,00078990	0,00212850
2018	0,00116560	0,00151470	0,00118700	0,00122240	0,00070610	0,00104910	0,00126730	0,00099540
2019	0,00073010	0,00069010	0,00076090	0,00068650	0,00047010	0,00032970	0,00068290	0,00057430
2020	0,00545630				0,00070740			

Fuente: Formato 9 del SUI – Elaboración: DTGE

Puesta de presente las inconsistencias señaladas a la **INVESTIGADA**, ésta sostuvo, mediante comunicación SSPD 20185290698112 del 6 de julio de 2018, lo siguiente:

“En cuanto a su solicitud de aclaración de los valores asociados a los Índices Trimestrales Agrupados de la Discontinuidad (ITAD) para el año 2011, en los niveles de tensión 1, 2 y 3, nos permitimos aclarar que (...) **los valores de ese indicador son los registrados en el SUI** (...). Respecto los valores que remitimos por mail en el archivo con radicado 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017, enviado por correo electrónico, equivocadamente se adjuntó un archivo cuya información está errada (...)” (Énfasis agregado).

En ese orden, el Despacho evidencia que, los valores de **ITAD** que sirvieron de base para determinar los **IAAD** del año 2011 de **EBSA**, para los niveles de tensión 1, 2 y 3, son erróneos, lo que a su vez generó que los **IAAD** de dicho año también lo sean.

En segundo lugar, de conformidad con los numerales 10.3.1.1 y 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, el segundo paso para actualizar el **PAOMR** de un **OR**, es promediar los IAAD del año 2008 hasta el año inmediatamente anterior al año en que se pretende actualizar el **PAOMR**. En ese orden, un error en el cálculo de cualquiera de los **IAAD**, generará que dicho promedio también sea erróneo.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la inconsistencia de la información utilizada por la **INVESTIGADA** para calcular el **IAAD** del año 2011, la **SSPD** recalculó los promedios de los **IAAD** de **EBSA** -tomando en consideración los valores cargados al **SUI** del **ITAD** del segundo, tercer y cuarto trimestres de 2011-, encontrando que, a partir del año 2011, se presentan las siguientes diferencias (ver valores resaltados):

Tabla No. 3 - Promedio de los IAAD de EBSA vs. IAAD calculados por la SSPD a partir de la información reportada al SUI por la INVESTIGADA

Años	Nivel de tensión 1		Nivel de tensión 2 y 3	
	IAAD _{EBSA}	IAAD _{SUI}	IAAD _{EBSA}	IAAD _{SUI}
2008	0,0005802732	0,0005802725	0,0002362300	0,0002362300
2009	0,0013059854	0,0013059850	0,0001909263	0,0001909263
2010	0,0010333705	0,0010333700	0,0001771217	0,0001771217
2011	0,0009945698	0,0009633556	0,0002859994	0,0002023306
2012	0,0009215058	0,0008965345	0,0002858195	0,0002188845
2013	0,0008832465	0,0008624371	0,0002831871	0,0002274079
2014	0,0008683220	0,0008504854	0,0002806211	0,0002328104
2015	0,0008500255	0,0008344184	0,0002799716	0,0002381372
2016	0,0008866338	0,0008727608	0,0003784747	0,0002785886
2017	0,0009688979	0,0009564123	0,000456475	0,0003665773
2018	0,0009960254	0,0009851407	0,000506293	0,0004245680
2019	0,0009727649	0,0009627873	0,000506956	0,0004320415

Fuente: SSPD

En tercer lugar, según lo dispuesto en el numeral 10.3 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, el tercer paso para actualizar el **PAOMR** de un **OR** en cualquiera de sus tres niveles de tensión es determinar la relación existente entre el promedio del **IAAD** de los dos años inmediatamente

anteriores. Así, al analizar la relación entre el promedio de los **IAAD** se obtendrá un resultado que será el que determinará la fórmula del **PAOMR** a aplicar.

En ese orden, si el promedio del **IAAD** del año inmediatamente anterior a aquel en que se quiere calcular el **PAOMR** ($IAAD_{j,k-1,n}$) de un **OR**, en los tres niveles de tensión, resulta menor o igual al promedio del **IAAD** del segundo año inmediatamente anterior a aquel en que se quiere calcular el **PAOMR** ($IAAD_{j,k-2,n}$), el **PAOMR** deberá determinarse de conformidad con la siguiente expresión adoptada en el numeral 10.3.1.1 del mencionado Anexo:

$$IAAD_{j,k-1,n} = \frac{1}{k - k_3} \left[\sum_{y=k_3}^{k-1} \left(\frac{1}{4} \sum_{p=1}^4 ITAD_{j,y,n,p} \right) \right]$$

$$IAAD_{j,k-2,n} = \frac{1}{(k-1) - k_3} \left[\sum_{y=k_3}^{k-2} \left(\frac{1}{4} \sum_{p=1}^4 ITAD_{j,y,n,p} \right) \right]$$

$$PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMD_{j,k-1}}{2}$$

Por el contrario, si en alguno de los tres niveles de tensión el promedio del **IAAD** del año inmediatamente anterior a aquel en que se quiere calcular el **PAOMR** ($IAAD_{j,k-1,n}$) de un **OR** resulta mayor, al promedio del **IAAD** del segundo año inmediatamente anterior a aquel en que se quiere calcular el **PAOMR** ($IAAD_{j,k-2,n}$), el **PAOMR** deberá determinarse de conformidad con la siguiente expresión adoptada en el numeral 10.3.1.2 del mencionado Anexo:

i. Si $PAOMG_{j,04-07} \geq PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} \geq PAOMR_{j,k-1}$

$$PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMR_{j,04-07}}{2}$$

ii. Si $PAOMG_{j,04-07} \geq PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} < PAOMR_{j,k-1}$

$$PAOMR_{j,k} = \text{Min} \left(PAOMD_{j,k-1}; \frac{PAOMD_{j,k-1} + PAOMR_{j,04-07}}{2} \right)$$

iii. Si $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} \geq PAOMR_{j,k-1}$

$$PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMG_{j,04-07}}{2}$$

iv. Si $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,k-1} < PAOMR_{j,k-1}$

$$PAOMR_{j,k} = \text{Min} \left(PAOMD_{j,k-1}; \frac{PAOMD_{j,k-1} + PAOMG_{j,04-07}}{2} \right)$$

Para efectos de esta Resolución, se analizó nuevamente la relación existente entre cada uno de los promedios del **IAAD** en la forma explicada anteriormente, tomando en consideración que:

- (i) El valor de los **ITAD** utilizados por la **INVESTIGADA** para calcular su **IAAD** no corresponde a los valores relacionados en el **SUI** para el año 2011;

- (ii) Como se vio en la Tabla No. 3 del presente acto, se recalcularon los valores del promedio de los **IAAD** con base en los **ITAD** reportados al **SUI** mostrando diferencias para todos los años a partir de 2011; y
- (iii) El incumplimiento reprochado se fundamenta en que la **INVESTIGADA** calculó incorrectamente el ajuste anual del **PAOMR** de los años **2018 a 2020**;

No obstante, al comparar los resultados obtenidos por la **SSPD**, con los promedios de **IAAD** calculados por **EBSA**, se observó que aun cuando los valores para dichos años son diferentes entre unos y otros, existe igualdad en la relación que se desprende de cada índice. Veamos:

Tabla No. 4 - Relación IAAD de EBSA vs cálculos de la SSPD

Nivel de Tensión 1						
Cálculo SSPD			Aplicación EBSA			
A	B	C	D	E	F	
2018			2018			
1	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B3-B2)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E3-E2)
2	2016	0,0008727608	0,0000836514	2016	0,0008866338	0,0000822641
3	2017	0,0009564123		2017	0,0009688979	
2019			2019			
4	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B6-B5)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E6-E5)
5	2017	0,0009564123	0,0000287284	2017	0,0009688979	0,0000271275
6	2018	0,0009851407		2018	0,0009960254	
2020			2020			
7	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B9-B8)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E9-E8)
8	2018	0,0009851407	- 0,0000223534	2018	0,0009960254	- 0,0000232604
9	2019	0,0009627873		2019	0,0009727649	
Niveles de Tensión 2 y 3						
2018			2018			
10	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B12-B11)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E12-E11)
11	2016	0,0002785886	0,0000879886	2016	0,0003784747	0,0000780000
12	2017	0,0003665773		2017	0,000456475	
2019			2019			
13	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B15-B14)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E15-E14)
14	2017	0,0003665773	0,0000579907	2017	0,000456475	0,0000498182
15	2018	0,0004245680		2018	0,000506293	
2020			2020			
16	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (B18-B17)	Año	Promedio IAAD	Relación IAAD (E18-E17)
17	2018	0,0004245680	0,0000074735	2018	0,000506293	0,000006631
18	2019	0,0004320415		2019	0,000506956	

Fuente: SUI/ Memorando SSPD 20222200152093 – Elaboración: DIEG

En cuarto lugar, teniendo en cuenta los resultados presentados en la Tabla No. 4, se observa que el cálculo del **PAOMR** de la **INVESTIGADA** de los años 2018 a 2020 debió seguir, con en efecto lo hizo, lo dispuesto en el procedimiento iii) del numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008. Lo anterior, toda vez que, en el presente caso, se cumple la condición descrita en la norma, a saber:

$$\text{iii. Si } PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07} \text{ y } PAOMD_{j,k-1} \geq PAOMR_{j,k-1}$$

Ello, teniendo en cuenta la siguiente información relacionada en el **MESI**:

- (i) El porcentaje de AOM gastado por **EBSA** entre 2004 y 2007 ($PAOMG_{j,04-07}$) fue igual a 2,32%.

(ii) El porcentaje de AOM remunerado a la **INVESTIGADA** entre 2004 y 2007 ($PAOMR_{j,04-07}$) fue igual a 2,34%.

(iii) El porcentaje de AOM demostrado por **EBSA** durante los años 2017, 2018 y 2019 ($PAOMD_{j,k-1}$), equivale a:

Tabla No. 5 – PAOMD_{j,k-1} de EBSA (2017-2019)

AÑO K-1	VALOR DEL PAOMD _{j,k-1}
2017	4,70%
2018	4,65%
2019	4,53%

Fuente: Memorando SSPD 20222200152093 – **Elaboración: DIEG**

(iv) El porcentaje de AOM reconocido a la **INVESTIGADA** durante los años 2017, 2018 y 2019 ($PAOMR_{j,k-1}$) equivale a:

Tabla No. 6 – PAOMR_{j,k-1} de EBSA (2017-2019)

AÑO K-1	VALOR DEL PAOMR _{j,k-1}
2017	2,34%
2018	2,33%
2019	2,33%

Fuente: Memorando SSPD 20222200152093 – **Elaboración: DIEG**

En suma, la referida condición se cumplió de la siguiente forma:

Tabla No. 7 – Condición para aplicar el procedimiento iii)

Año a calcular	Condición	Resultado
2018	SI, $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,2017} \geq PAOMR_{j,2017}$ 2,32% < 2,34% y 4,70% \geq 2,34%	Cumple
2019	SI, $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,2018} \geq PAOMR_{j,2018}$ 2,32% < 2,34% y 4,65% \geq 2,33%	Cumple
2020	SI, $PAOMG_{j,04-07} < PAOMR_{j,04-07}$ y $PAOMD_{j,2019} \geq PAOMR_{j,2019}$ 2,32% < 2,34% y 4,53% \geq 2,33%	Cumple

Fuente: Numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008 – **Elaboración: DIEG**

Ahora bien, la consecuencia de cumplir con la referida condición, es que el procedimiento para determinar el **PAOMR**, debía ser el siguiente:

$$PAOMR_{j,k} = \frac{PAOMR_{j,k-1} + PAOMG_{j,04-07}}{2}$$

Nótese que, según este procedimiento, para calcular el **PAOMR** de un año determinado, se hace necesario el **PAOMR** del año inmediatamente anterior ($PAOMR_{j,k-1}$).

Sin embargo, según el **MESI** y el material probatorio que obra en el expediente, los **PAOMR** de los años 2013 a 2017 reconocidos por **EBSA** en su tarifa, fueron erróneos, según se indica en la siguiente tabla:

Tabla No. 8 - Diferencia PAOMR_{EBSA} VS PAOMR_{SSPD} (2013-2017)

Diferencias entre el valor del PAOMR _{EBSA}			
Año	PAOMR APLICADO POR EBSA	PAOMR QUE DEBIÓ APLICAR	DIFERENCIA
2013	3,03%	2,50%	0,53%
2014	3,03%	2,41%	0,62%
2015	3,03%	2,36%	0,67%

2016	3,03%	2,34%	0,69%
2017	2,68%	2,33%	0,35%

Elaboración: DIEG

Así, tras calcular el valor del **PAOMR** que **EBSA** debió aplicar en los años 2018, 2019 y 2020, y comparar los resultados obtenidos con el valor del **PAOMR** efectivamente aplicado por la **INVESTIGADA**, se observaron las siguientes diferencias:

Tabla No. 9 - Diferencia PAOMR APLICADO POR EBSA vs PAOMR QUE DEBIÓ APLICAR (2018-2020)

	A	B	C	D
	AÑO	PAOMR _{j,k-1}	PAOMG _{j,04-07}	PAOMR _{j,k} (B+C/2)
EBSA	2018	2,68%	2,32%	2,50%
SSPD		2,33%	2,32%	2,33%
EBSA	2019	2,50%	2,32%	2,41%
SSPD		2,33%	2,32%	2,33%
EBSA	2020	2,41%	2,32%	2,37%
SSPD		2,33%	2,32%	2,33%

Fuente: SUI /Radicados SSPD 20185290514612, 20195290421962 y 20205290528142 – **Elaboración: DIEG**

En otras palabras, ya que, el procedimiento iii) (antes citado) para calcular el **PAOMR** de un año determinado dispone que debe tenerse en cuenta el valor del **PAOMR** del año inmediatamente anterior, las irregularidades evidenciadas entre los años 2013 y 2017 (presentadas en la Tabla No. 8), habrían afectado el valor del **PAOMR** de los años 2018 a 2020.

(ii) Respecto a la afectación a la actualización de cargos

En el pliego de cargos se señaló:

“(…) en tanto que presuntamente los **PAOMR** aplicados por **EBSA** entre 2018 y 2020 fueron erróneos, la actualización de cargos por uso también fue errónea, lo que, según el **MESI**, le permitió a **LA INVESTIGADA** haber obtenido en principio, ingresos adicionales equivalentes a:

- (i) Cinco mil doscientos diez millones noventa y dos mil noventa y dos pesos (COP \$5.210.092.092) para el nivel de tensión 1;
- (ii) Ciento veinticinco millones cuatrocientos treinta y cinco mil ciento sesenta y seis pesos (COP \$125.435.166) para el nivel de tensión 2; y
- (iii) Sesenta y cuatro millones doscientos cincuenta y seis mil trescientos noventa y cinco pesos (COP \$64.256.395) para el nivel de tensión 3”.

No obstante, conforme se expondrá en el numeral **3.3.1.2**, del presente acto administrativo, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.3.4.1, del Anexo General de la Resolución CREG 015 de 2018, el Liquidador y Administrador de Cuentas (**LAC**) actualizó los cargos por distribución de los Operadores de Red (**OR**) de los años 2019 y 2020.

Así, aun cuando los **PAOMR** aplicados por la **INVESTIGADA** entre 2018 y 2020 fueron erróneos, la actualización de cargos por uso, fue ajustada por el **LAC** y en ese sentido, en el presente caso, no existió una afectación a la actualización de cargos.

En ese orden, la sanción a imponer versará únicamente sobre el incumplimiento de **EBSA** a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 y el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, al haber calculado incorrectamente el ajuste anual del **PAOMR** durante los años 2018 a 2020²⁷.

²⁷ Cfr. Folios 315 revés a 319 de la carpeta No. 2 del expediente.

4.3.3. ARGUMENTOS DEL RECURSO PRESENTADOS FRENTE AL CARGO ÚNICO

4.3.3.1. En relación con la presunta “Falta de motivación derivada de la ausencia de criterios objetivos para establecer el valor de la multa a imponer”

La **RECURRENTE** refirió que:

“Más allá de la valoración probatoria realizada por la SSPD de cara a la imposición de la sanción, es menester hacer un análisis concreto a la multa impuesta, teniendo en cuenta que el monto establecido de OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (COP \$ 842.689.505) M/ CTE, carece de toda motivación.

En este sentido, si bien la SSPD hace cita de diferentes normas y decisiones de altas cortes, lo cierto es que no hay una aplicación concreta de estos criterios normativos que hayan apuntado a expresar la forma o determinación por la que se llegó a la suma antes consignada, a saber:

1. Es claro que a la luz del numeral 2 artículo 81 de la ley 142 de 1994 la SSPD podrá imponer la sanción de multa dentro de una actuación administrativa.

2. Se hace una mención suscita de los factores generales que se deben tener en cuenta para graduar sanciones, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado como lo es:

“1) el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público; 2) el factor de reincidencia. 3) la prolongación de la infracción durante varios años”.

Sin embargo, no hay una argumentación específica en el aumento o disminución que ello implica en términos de unidades de multa o sumas de dinero en general.

3. Si bien la SSPD concluye a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que:

(...)

Lo cierto, es que la SSPD no puede confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, pues es necesario que el valor de la multa a imponer sea la finalización de un ejercicio que tiene en cuenta el aumento o la disminución de los montos a la luz del principio de proporcionalidad.

Respecto a este último punto, vale la pena traer a colación la posición del H. Consejo de estado respecto al principio de proporcionalidad en materia administrativa, punto en el cual se ha establecido lo siguiente:

(...)

Conforme a lo mencionado, la sanción será proporcional cuando se demuestre la relación de la magnitud de dicha sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, para el presente caso se tiene que la sanción impuesta no resulta proporcional a los hechos que motivaron la imposición de la misma, pues no existe un parámetro que cuantifique el monto de cara a la infracción normativa, la conducta desplegada, o las argumentaciones dadas en ejercicio del derecho de defensa.

En este orden de ideas, debe revocarse la decisión por cuanto la Resolución No. SSPD — 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN”, es nula, en atención a que el monto de la multa al que llegó la SSPD no se hizo bajo un adecuado ejercicio objetivo a la luz de los hechos y circunstancias en que se basó la investigación, lo cual viola flagrantemente el derecho de defensa y contradicción de que le asiste a EBSA dentro del presente expediente”²⁸.

Frente a lo expuesto el Despacho se permite manifestar lo siguiente:

²⁸ Cfr. 369 a 370 de la carpeta No. 2 del expediente.

Primero, sea 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 Ley 142 de 1994, esto es, “según la naturaleza y la gravedad de la falta”, en la cual se encuentran catalogadas los diferentes tipos de sanciones, entre las que se destacan la *amonestación* y la *multa*.

En el presente asunto, 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 razonabilidad²⁹.

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 Administrativo³⁰, implica que la sanción sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa³¹.

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.

(…)”

²⁹ 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.

³⁰ 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”.

³¹ 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).

Precisado 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 de otro tipo de sanción, como amonestación, obedeció a la gravedad de la conducta sancionada, tal y como se explicó en el acápite 4 de la **Resolución Sancionatoria**³².
- (ii) Lo argumentado por **EBSA** para sustentar la supuesta desproporcionalidad de la sanción impuesta no tiene la virtualidad de variar, ni desvirtuar las conclusiones de la **Resolución Sancionatoria**, toda vez que, incluso en sede de recurso se confirma que la conducta desplegada por **EBSA**, esto es, haber calculado incorrectamente el ajuste anual del **PAOMR** durante los años 2018 a 2020, es una conducta grave que afectó de forma directa los derechos de sus usuarios y el régimen regulatorio.
- (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 desarrollen 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 de acuerdo al acervo probatorio allegado y recaudado en el trascurso de la investigación 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.

Por tanto, no es de recibo que la **RECORRENTE** al afirmar que en la **Resolución Sancionatoria** "(...) no hay una aplicación concreta de estos criterios normativos que hayan apuntado a expresar la forma o determinación por la que se llegó a la suma antes consignada" y que "(...) no hay una argumentación específica en el aumento o disminución que ello implica en términos de unidades de multa o sumas de dinero en general", cuando lo cierto es que en la **Resolución Sancionatoria** se exponen detalladamente los criterios de graduación de la sanción.

- (iv) La multa impuesta atendió a los fines previstos en el régimen de servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, garantizando que con la imposición de la multa no se afecte la prestación del servicio, lo cual se observa ocurrió en la resolución que se recurre.

Entonces, de conformidad con lo previsto en el ya citado artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en lo que respecta a la graduación de la sanción impuesta a **EBSA**, se ejerció la facultad sancionatoria

³² Cfr. Folios 338 revés a 340 de la carpeta No. 2 del expediente.

con discrecionalidad, pero no por ello, de forma arbitraria y carente de motivación, como erradamente lo refirió la **RECURRENTE**.

Segundo, es pertinente señalar 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 (...)”³³.

En igual sentido, la alta Corporación ha expuesto:

“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”³⁴.

Bajo dicho contexto, y contrario a lo afirmado por **EBSA**, del contenido de la **Resolución Sancionatoria**, es claro que esta goza de un análisis de los criterios para la graduación de la sanción pecuniaria impuesta, los cuales fueron analizados en el acápite 4 **“SANCIÓN A IMPONER”**-específicamente en los numerales **4.2.1**, **4.2.2** y **4.2.3**-, al tiempo que tuvo en consideración los principios de proporcionalidad y razonabilidad, cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, no se evidencia de alguna manera en la **Resolución Sancionatoria** una *“ausencia de criterios objetivos para establecer el valor de la multa a imponer”*, como erradamente lo manifiesta la **RECURRENTE**; por el contrario, la multa se impuso de acuerdo a los criterios de dosificación establecidos en el ya mencionado numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 y bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, conforme fue expuesto ampliamente líneas arriba.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.2. En relación con la presunta “Falta de motivación derivada de la ausencia (sic) la valoración de pruebas”

Sobre el particular, la **RECURRENTE** expuso:

³³ 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.

³⁴ 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.

“Las sanciones que se imponen por parte de cualquier autoridad administrativa como resultado de una investigación, debe ser el resultado de un ejercicio valorativo de las pruebas allegadas y practicadas en debida forma al expediente, en desarrollo de las garantías procesales a la luz del debido proceso, que ostentan todas las partes dentro de una actuación administrativa sancionatoria.

En este punto, es fundamental señalar que uno de los argumentos expresados por la SSPD en su acto administrativo es precisamente la supuesta ausencia de sustento probatorio en la defensa ejercida por parte de EBSA al interior de la investigación administrativa, según el órgano de inspección, vigilancia y control, a pesar del anuncio de la remisión de las auditorías que contrató EBSA, estas no obran en el expediente y que por tanto no se pueden tomar en consideración.

En primer lugar, es necesario señalar que no le asiste razón a la SSPD, por cuanto en el “ACTO ADMINISTRATIVO POR MEDIO DEL CUAL SE DECIDE SOBRE EL DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS Y SE RECONOCE PERSONERÍA JURÍDICA A UNA APODERADA ESPECIAL”, se ordenó:

“INCORPORAR y TENER COMO PRUEBAS los documentos relacionados en los numerales 2.2.1 y 2.4 de la parte considerativa del presente acto administrativo, así como todos los demás elementos materiales probatorios que a la fecha obran en el expediente No. 2022240380300019, con el valor legal que les corresponda”, dentro de los cuales se encuentran anexados al expediente las siguientes pruebas documentales:

<i>Copia de la auditoría y del cálculo del PAOMR 2018 de EBSA, radicado ante la Superintendencia el 30 de abril de 2018 con anexo informe de auditoría.</i>	<i>Folio 109. Medio magnético. Carpeta denominada “ANEXOS — PRUEBAS”. Archivo en formato PDF No. 21</i>
<i>Copia de la auditoría y del cálculo del PAOMR 2019 de EBSA, radicado ante la Superintendencia el 30 de abril de 2019 con anexo informe de auditoría. (No perder de vista ajuste del ingreso del AOM realizado desde el 1º de abril de 2019)</i>	<i>Folio 109. Medio magnético. Carpeta denominada “ANEXOS - PRUEBAS”. Archivo en formato PDF No. 22</i>
<i>Copia de la auditoría y del cálculo del PAOMR 2020 de EBSA, radicado ante la Superintendencia el 4 de mayo de 2020 con anexo informe de auditoría. (No perder de vista ajuste del ingreso del AOM realizado desde el 1º de abril de 2019)</i>	<i>Folio 109. Medio magnético. Carpeta denominada “ANEXOS — PRUEBAS”. Archivo en formato PDF No. 23</i>
<i>Copia del radicado de la auditoría y los gastos del AOM para 2020 de EBSA, donde se precisa que no se calculó PAOMR ante los cargos aprobados a EBSA bajo la Resolución CREG 015 de 2020.</i>	<i>Folio 109. Medio magnético. Carpeta denominada “ANEXOS — PRUEBAS”. Archivo en formato PDF No. 24</i>

De lo señalado, se advierte que EBSA, sustentó así en debida forma sus argumentos de defensa, al indicar que en efecto calculó su PAOMR desde 2012 con la convicción que estos eran correctos, no solo por la seguridad que se tenía de las auditorías anuales que se le realizaron a la información de Investigada, sino porque, en el 2012 la propia SSPD auditó el cálculo del ITAD aplicado en el 2011, motivos por los cuales, no puede la autoridad años después desconocer sus auditorías y las correcciones que hizo a la Investigada en el 2012, para abruptamente cambiar de posición y señalar que el cálculo del ITAD para el periodo 2011 es incorrecto y repercute en el cálculo del PAOMR de los años subsiguientes.

En segundo lugar, EBSA aportó al expediente administrativo 29 pruebas documentales y un dictamen pericial técnico sobre el cálculo del PAOMR, de los cuales la SSPD no realizó un adecuado ejercicio de valoración a la luz de los postulados de la sana crítica,(sic) lo cual va en contravía del debido proceso y el derecho de defensa de la investigada.

En estos términos a continuación se enlistan los documentos soporte de los argumentos de defensa de la investigada:

(...)

Por otra parte, encontramos que la argumentación bajo la cual se sustenta la sanción impuesta por parte de la SSPD, parte del reporte generado en el SUJ como la única fuente de información para la aplicación del esquema de calidad, manifestando que de este reporte se evidencia el cálculo erróneo del PAOMR por parte de la Investigada, sin embargo, tal afirmación no es sustentada en prueba allegada al expediente.

Al respecto, en torno al cálculo del ajuste anual del “Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento Reconocimiento” (PAOMR), durante los años 2018 — 2020, EBSA si aportó un dictamen técnico, con todas las explicaciones aplicables al caso, que no fue valorado en debida forma por la SSPD.

Es preciso indicar que el perito fue claro en indicar que de cara al cálculo del Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento Reconocido (PAOMR), concluye que:

“(…) los cálculos del PAOMR;x realizados por la SSPD, con la formulación establecida en el numeral 10.3.1 de la Resolución CREG 097 de 2008, se realizaron de manera correcta; sin embargo, los resultados del PAOMR;k son distintos entre los diferentes escenarios, debido a la diferencia de información que se presenta en algunos trimestres del año 2011. En vista de que la variable PAOMR;x-1 es una componente de la ecuación del numeral 10.3.1.1 y del inciso iii, del numeral 10.3.1.2, del anexo general de la Resolución CREG 097 de 2008, se observa que el PAOMR que calcula la SSPD para las diferentes fuentes de información, Tabla 1 y Tabla 2 del Expediente SSPD No. 2022240380300019E, varía a partir del año 2013” (Negrita fuera de texto).

Así mismo, el ingeniero Quintero observó de cara a los cálculos de PAOMR;j,k realizados por la SSPD y la EBSA son correctos dado que se aplican las fórmulas que corresponden de acuerdo con los resultados obtenidos del IAAD a partir del anexo general de la Resolución CREG 097 de 2008.

En este sentido, puede deducirse la flagrante ausencia e inadecuado ejercicio de la valoración probatoria por parte de la SSPD dentro de la Resolución No. SSPD — 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCION”, en casos similares a este se ha pronunciado el H, Consejo de Estado en estos términos:

(…)

Se aclara que no hubo incongruencias en los argumentos de defensa expuestos por EBSA en sus escritos de descargos y alegatos en conclusión, tal como lo indica la autoridad administrativa, pues se trata de expresiones aisladas que claramente son comparadas a la fuerza y sin un criterio objetivo por parte de la misma, ya que, la existencia o no de contradicciones al interior de una argumentación no es un sustento probatorio que pueda tomarse siquiera como indicio, pues lo ordinario y ajustado a derecho es valorar única y exclusivamente las pruebas allegadas al expediente.

En este orden de ideas, debe revocarse la decisión por cuanto la Resolución No. SSPD — 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCION”, es nula, en atención a que las conclusiones a las que llegó la SSPD solo obedece a simples argumentaciones derivadas de la ley que regulan la controversia, sin atención a la aplicación de esta en relación con el adecuado y debido estudio del material probatorio aportado a la respectiva investigación administrativa”³⁵.

Sea inicialmente señalar que, el Despacho comparte con la **RECURRENTE** al afirmar que las sanciones administrativas que imponga la Administración deben fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas a la actuación, las cuales deberán ser valoradas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y exponiendo razonadamente el mérito que le asiste a cada una, conforme lo establecen los artículos 164 y 176 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso “CGP”), que por integración normativa es aplicables a las actuaciones administrativas por remisión expresa de los artículos 1 del mismo Estatuto Procesal y 306 del CPACA, como la que aquí nos ocupa.

³⁵ Cfr. Folios 370 a 372 de la carpeta No. 2 del expediente.

Fue así como, en la presente actuación administrativa, respetando los derechos que le asiste a **EBSA**, aplicando a cabalidad el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el CPACA, con observancia y garantía de los principios que la rigen y luego de la valoración del conjunto de las pruebas bajo la referida regla, se encontró responsable a **EBSA** de la conducta endilgada en el Pliego de Cargos.

Ahora bien, alega la **RECURRENTE** que en la resolución recurrida se señaló que “a pesar del anuncio de la remisión de las auditorías que contrató EBSA, estas no obran en el expediente y que por tanto no se pueden tomar en consideración”, desconociendo la **SSPD** que estas fueron incorporadas al expediente durante el desarrollo de la investigación administrativa.

Al respecto, observa este Despacho que la **RECURRENTE** realiza una lectura parcializada e incompleta de lo expresado en la **Resolución Sancionatoria**, al limitarse a señalar únicamente lo referente a la ausencia de pruebas de auditorías de información, omitiendo por completo el análisis que se efectuó en relación con las pruebas aportadas sobre las auditorías por gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (**AOM**).

Así, en la referida resolución expresamente se señala:

“3.3.5.1.1. Respecto a las auditorías a la información

(...)

En segundo lugar, es pertinente señalar que, aunque **EBSA anuncia la remisión de las auditorías de la información que contrató**, lo cierto es que no obran en el expediente copia de los informes que permitan dar cuenta de lo allí analizado.

(...)

3.3.5.1.2. Respecto a las auditorías de gastos de AOM

(...)

Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con el numeral 10.3 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008 “(...) [a] partir del año 2010 el porcentaje de AOM a reconocer al OR j, PAOMRj,k, se determinará con base en la información anual de los gastos AOM presentados por dicho OR y el comportamiento en los indicadores de calidad de su sistema” (énfasis agregado).

*Significa lo anterior que el **OR** debe calcular el **PAOMR** con base en la información de gastos de Administración, Operación y Mantenimiento Demostrados (**AOMD**) y el comportamiento de sus indicadores de calidad.*

*De allí que, los informes de auditoría de gastos de **AOM** no tengan la virtualidad de desacreditar el cargo único formulado, en la medida en que, en los mismos, no se certifica el **PAOMR** de un **OR**, sino únicamente su **AOMD**, razón por la cual su presentación no exime a los prestadores de incurrir en errores al consolidar el comportamiento de sus indicadores de calidad.*

En otras palabras, este tipo de auditorías no avalan los indicadores de calidad calculados y reportados por EBSA en la medida en que su única función es verificar si el dinero que se reportó para los gastos de AOM efectivamente fue utilizado para ello. Ello puede corroborarse en “[E]STUDIO DE RECOMENDACIONES PARA LA FIJACIÓN DE LOS REQUISITOS A CUMPLIR POR LAS FIRMAS AUDITORAS QUE DEBEN CONTRATAR LOS OPERADORES DE RED PARA LA REVISIÓN DE LA INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS GASTOS DE AOM EN QUE INCURREN”, suscrito por la firma Sistemas 2000 Consultores (...)

*Por lo anteriormente expuesto, la argumentación de la **INVESTIGADA** en este escenario no solo resulta inconducente, sino que además parte de una premisa errónea (la cual es que los cálculos del **ITAD**, el*

IAAD y el PAOMR son respaldados por las auditorías de que trata la Resolución CREG 051 de 2010.), que no logra desvirtuar los cargos aquí probados”³⁶. (Énfasis agregado).

Nótese como en dicha resolución se realizó un estudio integral de los informes de auditoría. Lo que hay que indicar de forma clara y concreta que las razones jurídicas por las cuales las auditorías de gastos de **AOM** no tienen la capacidad de desvirtuar la conducta reprochada – indicadores de calidad-, al tener como única función verificar que los dineros reportados por dichos gastos en realidad hayan sido utilizados para ello y, segundo, se indicó que no se aportó a la investigación auditorías de información por parte la **RECURRENTE**.

Así, al estudiar y valorar cada prueba que obra en el expediente³⁷, este Despacho evidenció que los informes de auditoría de gastos de **AOM** presentados por **EBSA** no tienen la virtualidad de desacreditar los incumplimientos aquí probados toda vez que:

(i) El artículo 2 de la Resolución CREG 043 de 2010³⁸ establece que el Sistema Único de Información (**SUI**) es la única fuente de información para la aplicación del esquema de calidad. Veamos:

“Artículo 2. Información para la aplicación del esquema de incentivos y compensaciones a la calidad del servicio en el SDL. Con excepción de los reportes diarios y mensuales de interrupciones entregados por el OR al LAC, de los cuales tratan los artículos 17 y 19 de esta resolución, la fuente única de reporte y obtención de información para los cálculos de los Índices, Incentivos y Compensaciones será la información reportada por los OR y los Comercializadores al SUI.

(...)” (Énfasis agregado).

(ii) De conformidad con lo establecido en la Resolución SSPD No. 321 de 2003³⁹, 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 (...)”⁴⁰.

En línea con lo anterior, mediante la Circular No. 1 de 2006⁴¹, 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 rectificadas acorde con el procedimiento definido por esta entidad, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar”⁴². (Énfasis agregado).

En ese sentido, la confiabilidad de la información reportada al **SUI** es responsabilidad de los prestadores. Así se desprende del artículo 53 de la Ley 142 de 1994⁴³ y el parágrafo del artículo

³⁶ Cfr. Folios 329 revés a 330 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁷ De conformidad con los artículos 40 y 47 del CPACA.

³⁸ “Por la cual se aclaran disposiciones de la Resolución CREG 097 de 2008 relacionadas con la regulación de calidad del servicio en los Sistemas de Distribución Local y se adoptan disposiciones complementarias a dicha resolución”.

³⁹ “Por la cual se regulan algunos aspectos del Sistema Unico (sic) de Información –SUI”.

⁴⁰ Artículo 2 de la Resolución SSPD No. 321 de 2003.

⁴¹ Con asunto: “Vigilancia y control de la consistencia y calidad de la información reportada al Sistema Unico (sic) de Información, SUI”.

⁴² Numeral 1 de la Circular 1 de 2006, expedida por la SSPD.

⁴³ “Artículo 53. Sistemas de información. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las empresas de servicios públicos para que su presentación al público sea confiable (...)” (Subrayado fuera del texto).

14 de la Ley 689 de 2001⁴⁴, según los cuales las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben organizar, actualizar y garantizar la confiabilidad de la información reportada en esta plataforma.

De manera que, las empresas prestadoras de servicios públicos tienen el deber de reportar oportunamente al **SUI** información consistente y de calidad, al considerarse oficial para que las autoridades como el Ministerio de Minas y Energía, la Unidad de Planeación Minero-Energética, la **CREG** y la **SSPD** puedan continuar cumpliendo sus funciones de planeación, regulación, vigilancia y control.

En ese orden, la **RECURRENTE** no solo podía, sino que además debió tomar como insumo para sus cálculos la información que reportó al **SUI**. Adicionalmente, se precisa que en el curso de la presente actuación administrativa, **EBSA** no logró probar que el valor del Índice Trimestral Agrupado de Discontinuidad (**ITAD**) reportado al **SUI** fuera erróneo.

De ahí que, dado el carácter oficial de la información reportada por **EBSA** y su obligación de actualización, corresponde a este Despacho tomar como cierta la información reportada por **EBSA** al **SUI** -de la cual es responsable-.

(iii) Los informes de auditoría que tuvieron como base normativa la Resolución CREG 051 de 201, modificada por la Resolución CREG 024 de 2012⁴⁵ (auditoría de gastos de **AOM**), son insuficientes para eximir de responsabilidad a **EBSA** en la medida en que solo analizan los costos de **AOM**.

En otras palabras, este tipo de auditorías no avalan los indicadores de calidad calculados y reportados por **EBSA**, puesto que, su única función consiste en verificar si el dinero que se reportó para los gastos de **AOM** efectivamente fue utilizado para este concepto⁴⁶.

Alcance que, como se indicó en la resolución que se recurre, se encuentra contenido en el "[E]STUDIO DE RECOMENDACIONES PARA LA FIJACIÓN DE LOS REQUISITOS A CUMPLIR POR LAS FIRMAS AUDITORAS QUE DEBEN CONTRATAR LOS OPERADORES DE RED PARA LA REVISIÓN DE

⁴⁴ "Artículo 14. Adiciónase el siguiente artículo nuevo a la Ley 142 de 1994. "Artículo nuevo. Del sistema único de información. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar un sistema de información que se surtirá de la información proveniente de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, para que su presentación al público sea confiable, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994. El sistema de información que desarrolle la Superintendencia de Servicios Públicos será único para cada uno de los servicios públicos, actividades inherentes y actividades complementarias de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994, y tendrá como propósitos: 1. Evitar la duplicidad de funciones en materia de información relativa a los servicios públicos. 2. Servir de base a la Superintendencia de Servicios Públicos en el cumplimiento de sus funciones de control, inspección y vigilancia. 3. Apoyar las funciones que deben desarrollar los agentes o personas encargadas de efectuar el control interno, el control fiscal, el control social, la revisoría fiscal y la auditoría externa. 4. Apoyar las funciones asignadas a las Comisiones de Regulación. 5. Servir de base a las funciones asignadas a los Ministerios y demás autoridades que tengan competencias en el sector de los servicios públicos de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994. 6. Facilitar el ejercicio del derecho de los usuarios de obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, conforme a lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley 142 de 1994. 7. Apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.1 de la Ley 142 de 1994, y servir de apoyo técnico a las funciones de los departamentos, distritos y municipios en sus funciones de promoción de la participación de la comunidad en las tareas de vigilancia de los servicios públicos. 8. Mantener un registro actualizado de las personas que presten servicios públicos sometidos al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. **Parágrafo 1. Los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las personas que presten servicios públicos sometidos al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, deben servir de base de información y ser concordantes con el Sistema Único de Información de que trata el presente artículo"** (Subrayado fuera del texto).

⁴⁵ "Por la cual se modifican la Resolución CREG 011 de 2009 y las resoluciones CREG 050 y 051 de 2010".

⁴⁶ En efecto, los informes de auditoría de gastos de **AOM** solo acreditan que los valores que el **OR** incluyó para determinar al cálculo de sus gastos sea consistente.

LA INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS GASTOS DE AOM EN QUE INCURREN⁴⁷ suscrita por suscrito por la firma Sistemas 2000 Consultores, en la cual textualmente se lee:

“3.2. Funciones de las Auditorías:

(...)

-Verificar que la asignación de recursos (conceptos de costos directos de personal, materiales, planta y equipo, edificios, misceláneos y costo de bienes y servicios para la venta) se hayan efectuado en forma directa a las actividades determinantes de los procesos operativos y comerciales y a las actividades de los procesos de apoyo administrativo.

(...)

-Dar el visto bueno o concepto de salvedad sobre la información suministrada por las empresas sobre los costos AOM⁴⁷.

Así las cosas, se resalta que en la presente actuación administrativa la **SSPD** no está cuestionando la utilización del dinero gastado para garantizar los rubros de **AOM** de la **RECURRENTE**, sino las inconsistencias en los indicadores de calidad que llevaron que se cobrara a los usuarios una tarifa por encima de la regulatoriamente permitida.

(iv) El informe del auditor no certifica el **PAOMR** de un Operador de Red (**OR**), sino únicamente su **AOM**, razón por la cual su presentación no exime a los prestadores de incurrir en errores al consolidar el comportamiento de sus indicadores de calidad.

(v) Los informes de autoría –tanto de gastos de **AOM** como de información- no constituyen información oficial y en todo caso pueden ser verificación y cuestionamiento por parte de esta **SSPD**.

Así las cosas, las auditorías allegadas por **EBSA** a la investigación –algunas en listadas en el recurso de reposición- en la medida en que no son materia de cuestionamiento en la presente actuación administrativa, no tienen la capacidad de desvirtuar la conducta endilgada y probada en que incurrió la **RECURRENTE**.

Según la **RECURRENTE** “(...) *calculó su PAOMR desde 2012 con la convicción que estos eran correctos, no solo por la seguridad que se tenía de las auditorías anuales que se le realizaron a la información de Investigada, sino porque, en el 2012 la propia SSPD auditó el cálculo del ITAD aplicado en el 2011, motivos por los cuales, no puede la autoridad años después desconocer sus auditorías y las correcciones que hizo a la Investigada en el 2012, para abruptamente cambiar de posición y señalar que el cálculo del ITAD para el periodo 2011 es incorrecto y repercute en el cálculo del PAOMR de los años subsiguientes*”.

Sobre el particular, se advierte que, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1369 de 2020, la **SSPD** “(...) *es una entidad descentralizada de carácter técnico*” (subrayado agregado), conformada entre otras por las Superintendencias Delegadas, las cuales tienen asignada como una de sus

⁴⁷ Comisión de Regulación de Energía y Gas, y Sistemas 2000 Consultores. (29 de noviembre de 2009). “ESTUDIO DE RECOMENDACIONES PARA LA FIJACIÓN DE LOS REQUISITOS A CUMPLIR POR LAS FIRMAS AUDITORAS QUE DEBEN CONTRATAR LOS OPERADORES DE RED PARA LA REVISIÓN DE LA INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS GASTOS AOM EN QUE INCURREN”. Recuperado el 9 de junio de 2023 de [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/52188526a7290f8505256eee0072eba7/38ad3ac050b2f6d50525785a007a7210/\\$FILE/CIRCULAR062-2009%20ANEXO.PDF](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/52188526a7290f8505256eee0072eba7/38ad3ac050b2f6d50525785a007a7210/$FILE/CIRCULAR062-2009%20ANEXO.PDF)

funciones "(...) *vigilar la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliario*"⁴⁸.

Así, la **SSPD** cuenta con la competencia, el conocimiento y la capacidad técnica para analizar y evaluar el proceso adoptado por los **OR** para fijar sus tarifas a los usuarios finales y con base en ello, establecer la existencia de posibles incumplimientos objeto del ejercicio de las funciones de control.

En esa misma línea, es importante aclarar que dichas facultades no son excluyentes con las auditorías previstas en las Resoluciones CREG 097 de 2008, 051 de 2010 y 025 de 2013, dado que no tienen como finalidad reemplazar las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a la **SSPD**, sino brindar al **OR** mecanismos que le permitan tener mayor confiabilidad en los procesos que regulatoriamente debe desarrollar.

Por ende, no cabe duda que la **SSPD** cuenta con la competencia de realizar auditorías a los **OR** -tanto de información como de gastos de **AOM**-, sin que el ejercicio de esta competencia se constituya en una barrera o impedimento para que en cualquier momento la **SSPD** verifique y evalúe los cálculos de las variables del esquema de calidad adoptado mediante la Resolución CREG 097 de 2008, con el objetivo de validar la correcta aplicación de las metodologías tarifaria y de calidad. Máxime cuando la base de las auditorías es la información presentada por los **OR**, razón por la cual, sus resultados dependen de la rigurosidad con que se ejecuten los procesos internos en cada uno.

En ese orden, para el Despacho no es de recibo que se argumente por **EBSA** que la **SSPD** "(...) *no puede la autoridad años después desconocer sus auditorías y las correcciones que hizo a la Investigada en el 2012, para abruptamente cambiar de posición y señalar que el cálculo del ITAD para el periodo 2011 es incorrecto y repercute en el cálculo del PAOMR de los años subsiguientes*".

Para finalizar, la **RECURRENTE** argumenta que en el dictamen pericial elaborado por el ingeniero Camilo Quintero Montaña se concluyó que "(...) *los cálculos de PAOMR_{j,k} realizados por la SSPD y la EBSA son correctos dado que se aplican las fórmulas que corresponden de acuerdo con los resultados obtenidos del IAAD a partir del anexo general de la Resolución CREG 097 de 2008*".

Frente a este argumento, valga reiterar lo expuesto por el Despacho en la resolución que se recurre, en el sentido que el referido dictamen pericial se limita a describir que en el presente caso se utilizó en debida forma el procedimiento iii) establecido en el numeral 10.3.1.2. del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, cuyo valor del cálculo del **PAOMR** cambiara de acuerdo con la fuente que se utilice para tal fin.

Así mismo, quedó plenamente demostrado que, aun cuando el impacto a los usuarios no se causó en el periodo comprendido entre los años 2019 y 2020, lo cierto es que, **EBSA**, en efecto, calculó "*incorrectamente el PAOMR durante los años 2018 a 2020*", conducta endilgada en la presente actuación administrativa.

Sumado a lo anterior, conforme se indicó líneas arriba, el artículo 2 de la Resolución CREG 043 de 2010 establece que el **SUI** es la única fuente de información para la aplicación del esquema de calidad.

⁴⁸ Cfr. Numeral 15 del artículo 16 del Decreto 1369 de 2020.

En ese sentido, **EBSA** debió realizar el cálculo del **PAOMR** durante los años 2018 a 2020, con fundamento en la información que reportó al **SUI**, y no considerar otra información como en realidad sucedió, con lo cual desconoció el procedimiento establecido para calcular el ajuste anual del **PAOMR**, vulnerando con ello la regulación.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, a todas luces resulta claro que en la **Resolución Sancionatoria** se realizó una adecuada valoración en conjunto de las pruebas existentes en la presente actuación administrativa, bajo las reglas de la sana crítica establecida en el artículo 176 del CGP. Encontrándose errado el argumento de **EBSA**, según el cual “*puede deducirse la flagrante ausencia e inadecuado ejercicio de la valoración probatoria por parte de la SSPD dentro de la Resolución No. SSPD — 20232400325465*”.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.3. En relación con la presunta “Ausencia de daño como fuente de la responsabilidad en materia administrativa sancionatoria”

En este punto, la **RECURRENTE** adujo:

“Del dictamen pericial allegado por el Ingeniero Quintero, y las diferentes pruebas aportadas por parte EBSA, que claramente no fueron valoradas por la SSPD, se puede concluir sin lugar a duda que no existió algún cobro adicional en la tarifa durante los años 2018, 2019 y 2020, como se expone a continuación:

“Resulta pertinente aclarar que, la metodología de la Resolución CREG 097 de 2008, aplicaba hasta marzo de 2019, fecha a partir de la cual el ingreso de las empresas quedaba determinado por la metodología adoptada en la Resolución CREG 15 de 2018. Para alcanzar este objetivo la CREG previó para aquellas empresas que iniciaron la aplicación de la Resolución CREG 015 de 2018, en fecha posterior a abril de 2019, un mecanismo de ajuste que consistió en hacer un balance entre los ingresos obtenidos en aplicación de la Resolución CREG 097 de 2008 y el ingreso regulado resultante de la aplicación de la Resolución CREG 015 de 2018.

Para realizar este balance se debían mantener las condiciones aplicadas en enero de 2019 (PAOMR: 2,5%), sin embargo, la EBSA continuó modificando del PAOMR para los años 2019 (PAOMR: 2,41%) y 2020 (PAOMR: 2,36%), de tal manera que, al realizar el balance para cada uno de los años se obtuvieron los siguientes resultados netos.

Año	Balance
2018	3.402.239.957
2019	-515.059.672
2020	-999.594.683

En este sentido, y como lo afirma la misma SSPD al verificar el “impacto de la infracción sobre la prestación del servicio público”, se concluyó que:

“En tal sentido, quedó demostrado que, para los años 2019 y 2020 no se generaron ingresos adicionales, por lo cual, se tomará en cuenta esta circunstancia para dosificar la sanción”

Sin embargo, se debe explicar que no estamos ante una circunstancia para tener en cuenta al momento de imponer una sanción, por el contrario, se trata de una razón válida que sustentada en parámetros objetivos que no hubo una afectación a los usuarios del servicio de energía.

(...)

En este sentido, sin desconocer las funciones propias de la entidad, esto es las facultades de inspección, vigilancia y control que tiene sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, para el caso en

concreto, lo cierto es que la SSPD (sic) tuvo en cuenta para imponer la sanción aquí recurrida la posible afectación a los usuarios del servicio de energía eléctrica.

Al ser evidente que, no existió algún cobro adicional en la tarifa aplicada por parte de EBSA para los periodos comprendidos durante los años 2018, 2019 y 2020, no se configura un daño o afectación directa a los usuarios del servicio de energía, ello hace que no exista un sustento de responsabilidad que fundamente una sanción y en este orden de ideas, debe revocarse la decisión tomada en la Resolución No. SSPD — 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN”⁴⁹.

De lo anterior es importante señalar que, la responsabilidad de tipo administrativo deriva su fuerza vinculante y obligatoria del ejercicio del poder público administrativo del Estado, mediante el cual ordena el ejercicio de las actividades en interés de la comunidad y sanciona el incumplimiento de la normatividad. Ello tiene como fin proteger y garantizar el funcionamiento de las diferentes actividades sociales, como es el caso de los servicios públicos domiciliarios.

Puntualmente, las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio como expresión del poder punitivo del Estado, se rigen por diversos principios fundamentales, como son los de tipicidad y antijuridicidad. Tratándose de la antijuridicidad, el Consejo de Estado ha establecido que, en materia administrativa sancionatoria, esta no responde a la lesión efectiva de un bien jurídico o la generación de un daño, sino que basta la mera e injustificada puesta en peligro, lo cual ocurre cuando se presenta una transgresión al ordenamiento legal o regulatorio establecido. Veamos:

“(...) Así las cosas, el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva. Cosa distinta, es que el peligro del cual se habla pueda ser concreto (se pide en la norma la efectiva generación de un riesgo) o abstracto; en el último caso, el carácter preventivo de la potestad punitiva confiada a la administración conduce a una construcción no concebible en derecho penal: cobran importancia conductas que “...si consideradas singularmente pueden no ser perjudiciales, en el supuesto en el que se generalicen afectarían con toda probabilidad el bien jurídico protegido, lesionándolo (...).

Por esta razón la doctrina ha afirmado: “...Se diferencia, además, el delito de la contravención [ilícito administrativo] en sus efectos jurídicos, pues el primero termina con la violación de un bien jurídico, y en la contravención con la posibilidad del peligro de violarse el bien jurídico. En el delito hay un daño real, en la contravención un daño potencial, indeterminado (...)”⁵⁰.

En igual sentido, la Doctrina⁵¹ ha sostenido que en materia sancionatoria lo antijurídico es un reproche a la mera conducta, sin que se exija un resultado concreto (a diferencia de lo que ocurre en materia penal), siendo suficiente el hecho de incumplir con la legalidad de una normativa aplicable (desde una connotación de carácter preventiva), para sancionar su trasgresión.

Es así como, la afectación a los usuarios, 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 suficiente asidero para ameritar el ejercicio de las acciones de control por esta entidad.

⁴⁹ Cfr. Folios 373 a 374 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de octubre de 2012, Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁵¹ Jorge Iván Rincón Córdoba, Ley 1437 de 2011 -Comentado y Concordado-, Universidad Externado de Colombia, edición No. 2. Bogotá, 2016.

Por consiguiente, 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 daño.

En el presente caso, aun cuando “(...) *quedó demostrado que, para los años 2019 y 2020 no se generaron ingresos adicionales, por lo cual, se tomará en cuenta esta circunstancia para dosificar la sanción*”, esta circunstancia no impide que la **SSPD** puede ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control, sino que basta con probar la violación al régimen de los servicios públicos domiciliarios para que pueda imponer las sanciones correspondientes, tal y como se encuentra plenamente demostrado en la **Resolución Sancionatoria** que, en efecto, ocurrió por parte de **EBSA**.

Bajo el contexto jurídico precedente, la afirmación de la **RECURRENTE** según la cual como “(...) *no existió algún cobro adicional en la tarifa aplicada por parte de EBSA para los periodos comprendidos durante los años 2018, 2019 y 2020, no se configura un daño o afectación directa a los usuarios del servicio de energía, ello hace que no exista un sustento de responsabilidad que fundamente una sanción y en este orden de ideas, debe revocarse la decisión tomada en la Resolución No. SSPD — 20232400325465 “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN”*”, resulta totalmente infundada y desacertada.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.4. En relación con que presuntamente “La Conducta imputada es atípica para los años 2019 y 2020”

La **RECURRENTE** señaló lo siguiente:

“El cambio regulatorio de la Resolución CREG 015 de 2018 y el consecuente cambio en la fórmula para calcular los ingresos del AOM, implica que EBSA hizo (sic) un ajuste a sus ingresos desde el 1º de abril de 2019, -conforme lo establecido en la Resolución CREG 036 de 2019-, lo que deviene en la antijuridicidad de la conducta para los años 2019 y 2020.

Lo anterior en el entendido que la compañía no tuvo un ingreso adicional, por el contrario, la EBSA en aplicación de la metodología establecida para el cálculo del ajuste al ingreso mensual, descontó adicionalmente, en su detrimento 3.822.409.250 COP⁵².

Sobre el particular, el Despacho puntualiza que en el sub examine no se trasgredió el principio de tipicidad, toda vez que se dio cabal cumplimiento a los elementos que en consonancia con el principio de legalidad orientan el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, establecidos por la Corte Constitucional⁵³, a saber: **(i)** que la conducta sancionable este descrita de manera específica y precisa en la ley, **(ii)** que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley y **(iii)** que exista correlación entre la conducta y la sanción.

Elementos que, como se señaló en la **Resolución Sancionatoria**, en el presente caso se satisfacen a cabalidad, como se explica a continuación:

- **La conducta sancionada se encuentra descrita de manera específica y precisa en las normas endilgadas en el cargo**

⁵² Cfr. Folio 374 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁵³ Cfr. Folio 320 de la carpeta No. 2 del expediente.

La conducta descrita en el cargo endilgado cuya inobservancia se sancionó consiste en “haber calculado incorrectamente el ajuste anual del Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento a Reconocer (PAOMR) durante los años 2018 a 2020”, 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 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994 los **OR**, condición que ostenta la **RECURRENTE**, se encuentran sujetos al régimen de libertad regulada, por lo que deberán aplicar lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (**CREG**) sobre el régimen tarifario.

Es así como, la **CREG** mediante la Resolución 119 de 2007, el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, la Resolución CREG 043 de 2010⁵⁴, estableció las condiciones para calcular el ajuste anual del **PAOMR** por los **OR**.

Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 26 de la Resolución CREG 015 de 2018, las disposiciones allí contenidas no eran aplicables por los **OR** de forma automática con la entrada en vigencia -lo cual ocurrió el 3 de febrero de 2018-, sino que cada **OR** en particular debía implementarla solo hasta cuando el acto administrativo que aprobara los ingresos y cargos del mercado de comercialización correspondiente (conjunto de usuarios conectados a un mismo Sistema de Distribución Local (**SDL**) o Sistema de Transmisión Regional (**STR**) quedara en firme. Expresamente señala dicha norma:

“Artículo 26. Vigencia y derogatorias. La presente resolución entra en vigencia una vez se publique en el Diario Oficial. No obstante lo anterior, su aplicación para cada mercado de comercialización inicia una vez quede en firme el acto administrativo que aprueba los ingresos y cargos con base en lo dispuesto en la presente resolución para el OR respectivo”. (Subrayado agregado).

Agregado a lo anterior, el numeral 1.3.3 del Anexo General de la resolución en cita estableció que los ingresos aprobados empezarían aplicarse “a partir del primer día calendario del mes siguiente al de la entrada en vigencia de cada resolución particular”.

Para el caso particular de **EBSA**, la **CREG** aprobó ingresos y cargos mediante la Resolución CREG 177 de 2019, frente a la cual se interpuso recurso de reposición que fue resuelto a través de la Resolución CREG 119 de 2020⁵⁵, publicada en el Diario Oficial de la CREG el 30 de junio de 2020, siendo esta la fecha en la cual la Resolución CREG 177 de 2019 -que aprobó los cargos de **EBSA**- quedó en firme, de conformidad con el numeral 2 del artículo 87 del CPACA, sobre lo cual se referirá posteriormente el Despacho en el numeral **4.3.3.5**. de este acto administrativo.

Lo anterior indudablemente implica que, **EBSA** solo podía aplicar la metodología adoptada en la Resolución CREG 015 de 2018 desde el 1 de julio de 2020, por lo que hasta el 30 de junio de 2020 – día anterior- debió realizar el cálculo al ajuste anual del **PAOMR** conforme a lo dispuesto en la Resolución CREG 097 de 2008, como, en efecto, ocurrió⁵⁶. Situación que no se desdibujó o cambió por el hecho que Liquidador y Administrador de Cuentas (**LAC**) hubiese tenido que reajustar el **PAOMR** con fundamento en lo dispuesto en la Resolución CREG 015 de 2018, una vez se cumplió la señalada condición para su aplicación.

⁵⁴ “Por la cual se aclaran disposiciones de la Resolución CREG 097 de 2008 relacionadas con la regulación de calidad del servicio en los Sistemas de Distribución Local y se adoptan disposiciones complementarias a dicha resolución”.

⁵⁵ “[p]or la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 177 de 2019 que aprobó las variables requeridas para calcular los ingresos de la actividad de distribución de energía eléctrica de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.”.

⁵⁶ Al efecto, se remite a lo señalado en la **Resolución Sancionatoria**. Cfr. Folios 321 a 322 de la carpeta No. 2 del expediente.

En resumen, la conducta para el periodo objeto de investigación -años 2018 a 2020- se encontraba descrita de forma clara y precisa en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, en el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007, el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, la Resolución CREG 043 de 2010⁵⁷; cumpliéndose de esta manera con el primer elemento de la tipicidad de la conducta exigido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- **La sanción se encuentre determinada en la norma aplicable y exigible**

En lo que refiere a la determinación de la sanción impuesta a **EBSA** en la presente investigación administrativa sancionatoria, 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 “violan las normas a las que deben estar sujetas”, que, para el caso en concreto, correspondía a la transgresión del artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 y el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, 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, la cual corresponde exactamente a la informada a la **RECURRENTE** en el Pliego de Cargos, y aplicada en la **Resolución Sancionatoria**.

En armonía con lo expuesto, se cumplió en su integridad con este segundo elemento del principio de tipicidad.

- **La existencia de relación entre la conducta y la sanción**

Como se ha visto hasta el momento, la conducta sancionada por el Despacho está determinada a cabalidad en la normativa aplicable y exigible a los **OR**, condición que tiene **EBSA**, así como es claro que el contenido material de la sanción que se le impuso en la presente investigación administrativa, se encuentra expresamente consagrada en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, hecho que se informó desde el Pliego de Cargos como una de las posibles sanciones que podría imponer la **SSPD** en caso que, una vez desarrollado el proceso, encontrara probado el cargo

⁵⁷ “Por la cual se aclaran disposiciones de la Resolución CREG 097 de 2008 relacionadas con la regulación de calidad del servicio en los Sistemas de Distribución Local y se adoptan disposiciones complementarias a dicha resolución”.

endilgado-. Encontrando el Despacho satisfecho este tercer elemento del principio de tipicidad exigido por la jurisprudencia.

En ese orden, es claro que en la presente investigación administrativa se cumplieron a cabalidad los 3 elementos del principio de tipicidad que ha exigido la jurisprudencia para su formación, siendo errado señalar que existió una inobservancia del mismo como lo pretende la **RECURRENTE**.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.5. En relación con la “**Presunción de legalidad de las Resoluciones 177 de 2019 y 119 de 2020**”

La **RECURRENTE** manifestó:

“En el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2019 hasta la fecha, los cálculos de ingreso del AOM de EBSA se hicieron bajo la metodología de la Resolución CREG 015 de 2018, lo que implica que en observancia de las Resoluciones 177 de 2019 y 119 de 2020, estas últimas estén cobijados por una presunción de legalidad, que no puede ser desconocida por la Superservicios en los términos del artículo 88 del C.P.A.C.A.”⁵⁸.

Sobre este punto, es pertinente recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA⁵⁹, en nuestro ordenamiento jurídico los actos administrativos gozan del atributo de presunción de legalidad, el cual no es otra cosa que su permanencia en el ordenamiento jurídico mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, este atributo no implica que siempre el acto administrativo tenga fuerza vinculante y produzca plenos efectos jurídicos de forma automática e inmediata con su expedición, sino que por el contrario, su aplicabilidad está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Publicidad, bien sea a través del mecanismo de la publicación para aquellos de carácter general, en los términos del artículo 65 del CPACA, modificado por el artículo 15 de la Ley 2080 de 2021, o por el mecanismo de notificación para los denominados de carácter particular y concreto, según lo dispone el artículo 66 del CPACA. Veamos:

“Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Cuando se trate de actos administrativos electrónicos a que se refiere el artículo 57 de esta Ley, se deberán publicar en el Diario Oficial o gaceta territorial conservando las garantías de autenticidad, integridad y disponibilidad.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica, o cualquier canal digital habilitado por la entidad, o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

⁵⁸ Cfr. Folio 374 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁵⁹ **“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.** (Subrayado agregado).

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz (...)". (Subrayado agregado).

"Artículo 66. Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes". (Subrayado agregado).

- b) Firmeza del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 CPACA, el cual el acto administrativo adquiere dicha condición cuando se presenta uno de las siguiente situaciones:

"Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo".

En concordancia con lo expuesto, el artículo 75 ibídem⁶⁰ dispone que contra los actos administrativos de carácter general no procede ningún recurso, salvo que una norma especial disponga su procedencia.

- c) Acaecimiento del plazo o la condición que el acto administrativo expresamente haya fijado para su aplicación.

En definitiva, el acto administrativo de carácter general o particular y concreto, solo adquiere su fuerza vinculante a partir del cumplimiento de las reglas previamente señaladas, y no desde cuando fue expedido por la autoridad administrativa, aun cuando desde su expedición gocen de la presunción de legalidad de que trata el ya mencionado artículo 88 del CPACA. En pocas palabras, la fuerza vinculante del acto administrativo no se materializa solo con la presunción de legalidad que le otorga la ley, sino que debe cumplir los requisitos previamente expuestos.

Ahora bien, tal y como se señaló en la **Resolución Sancionatoria** y en el numeral **4.3.3.4.** del presente acto administrativo, la Resolución CREG 015 de 2018, en su artículo 26, estableció que, si bien su vigencia era a partir de su publicación en el Diario Oficial, su aplicación en cada mercado de comercialización solo se iniciaba una vez quedara en firme el acto administrativo que aprobara los ingresos y cargos para el **OR**.

Fue por ello que, mediante la Resolución CREG 177 de 2019, la **CREG** aprobó a **EBSA** los ingresos y cargos de comercialización, la cual quedó en firme el 30 de junio de 2022, fecha en la que fue publicada la Resolución CREG 119 de 2020, por medio de la cual se resolvió el recurso

⁶⁰ Artículo 75 del CPACA señala que "No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

de reposición presentado contra la primera. Luego, **EBSA** inició la aplicación de las Resoluciones CREG 015 de 2018, CREG 177 de 2019 y CREG 119 de 2020 a partir del 1 de julio de 2020.

De esta manera, se equivoca **EBSA** al señalar que los “*cálculos de ingreso del AOM de EBSA se hicieron bajo la metodología de la Resolución CREG 015 de 2018*” desde el 1 de abril de 2019, puesto que, es claro que para esta fecha aplicaba la metodología para calcular el ajuste anual del **PAOMR** establecida en la Resolución CREG 097 de 2008, y no la contenida en la Resolución CREG 015 de 2018; sin que, de ninguna manera, ello implique un desconocimiento de la presunción de la legalidad de las Resoluciones CREG 177 de 2019 y 119 de 2020.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.6. En relación con que presuntamente operó la “Caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD”

En criterio de la **RECURRENTE**, en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la potestad sancionatoria de la **SSPD**. Textualmente señaló:

“Se demostró que la ocurrencia del fenómeno de la caducidad en los términos del artículo 52 del C.P.A.C.A., pues en el escenario más amplio la caducidad debía computarse desde el 1° de abril de 2019, - pues hasta el 31 de marzo de 2019 EBSA aplicó la metodología establecida en la Resolución CREG 097 de 2008-, por lo que la caducidad en cualquier escenario operó 1° de abril de 2022”⁶¹.

Al respecto, es necesario inicialmente indicar que **EBSA** realiza el análisis del fenómeno de la caducidad de la potestad sancionatoria de la **SSPD**, establecida en el artículo 52 del CPACA, a partir de una interpretación errada tanto del tipo de conducta endilgada y sancionada en la presente investigación administrativa sancionatoria, como de la fecha de aplicación de las Resoluciones CREG 097 de 2008 y CREG 015 de 2018, según se pasa exponer:

En primer lugar, la conducta objeto de sanción a **EBSA** en la presente investigación consistió en calcular incorrectamente el ajuste anual del **PAOMR** establecido por la **CREG** durante el periodo comprendido entre los años 2018 a 2020, la cual, como se señaló en la **Resolución Sancionatoria**, es una conducta de carácter continuado al ser imposible fraccionarla en el tiempo.

En este punto, es dable recordar que, el Consejo de Estado en providencia proferida el 12 de julio de 2018, en un caso similar de metodología para definir las tarifas, señaló que “(...) *en cuanto a la violación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, hay que decir que esta normativa consagra la metodología para definir las tarifas para el costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor. La diferencia que surge entre la empresa accionante y la autoridad demandante, en lo que versa a este punto, tiene que ver con la forma de interpretar dicho precepto*” y agregó que “*Esto significa que su violación, a partir de esa circunstancia específica, no puede ser vista como una sucesión de actos reiterativos, sino como una conducta de ejecución continuada, pues la hermenéutica de la norma alcanza de manera uniforme el tiempo en el que se aplique tal criterio, valga decir, aceptado en este caso por PALMIRANA como el derrotero único que debió gobernar su relación con los usuarios y suscriptores en lo que atañe al componente tarifario en cuestión*”⁶². (Énfasis agregado).

⁶¹ Cfr. Folio 374 revés de la carpeta No. 2 del expediente.

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 25000-23-24-000-2012-00277-01. Julio 12 de 2018.

Igualmente, se destaca que la conducta investigada fue desplegada de forma permanente e ininterrumpida entre los años 2018 y 2020, dado que el ajuste anual del **PAOMR** a calcular dependía del valor del **PAOMR** calculado para el año inmediatamente anterior, es decir, para el cálculo del valor del año 2020 se debía tener como base el valor del año 2019 y así sucesivamente.

En segundo lugar, conforme se explicó amplia y detalladamente en el numeral **4.3.3.5.** del presente acto administrativo, la Resolución CREG 015 de 2018 expresamente determinó un régimen para su aplicación por parte de los **OR**, consistente en que solo aplicaba cuando el acto administrativo que aprobara los ingresos y cargos para el mercado de comercialización correspondiente, quedara en firme; por lo que, mientras ello sucedía, la Resolución CREG 097 de 2008 seguía siendo aplicable.

Por su parte, como ha sido ampliamente señalado, la Resolución CREG 177 de 2019, por medio de la cual se aprobaron los ingresos y cargos a la empresa **EBSA**, quedó en firme el 30 de junio de 2020, por ser esta la fecha en la cual fue publicada la Resolución CREG 119 de 2020 que resolvió el recurso de reposición presentado contra la primera.

En ese entendido, para el caso objeto de estudio, resulta claro que la Resolución CREG 097 de 2008 fue aplicada hasta el 30 de junio de 2020, y que a partir de la dicha fecha -1 de julio de 2020- **EBSA** empezó aplicar las disposiciones contenidas en la Resolución CREG 015 de 2018, por ser esta la fecha en la cual se materializó la condición al que se encontraba sujeta su aplicación. Por ende, resulta errado señalar por parte de **EBSA** que “*hasta el 31 de marzo de 2019 EBSA aplicó la metodología establecida en la Resolución CREG 097 de 2008*”.

Se concluye entonces que, el 30 de junio de 2020 al finalizar la aplicación de la Resolución CREG 097 de 2008, se constituyó como la fecha en la cual cesó la conducta cuestionada y desplegada por **EBSA** para el periodo investigado, siendo solo a partir de esta fecha cuando se empezó a contabilizar el término para que operara el fenómeno jurídico de la caducidad establecido en el artículo 52⁶³ del CPACA, y no desde el “*1° de abril de 2019*” como lo alega la **RECURRENTE**.

Así las cosas, la **Resolución Sancionatoria** fue expedida y debidamente notificada a **EBSA** el 15 de junio de 2023⁶⁴, encontrándose que, para ese momento, la **SSPD** contaba con la competencia para sancionar la conducta endilgada en la presente actuación administrativa al no haber transcurrido más de 3 años desde la fecha en que la misma cesó.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

⁶³ “**Artículo 52. caducidad de la facultad sancionatoria.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria” (énfasis agregado).

⁶⁴ Cfr. Folios 311 a 358 de la carpeta No. 2 del expediente.

4.3.3.7. En relación con la presunta “Inexistencia de la infracción”

En relación con esto, la **RECURRENTE** sostuvo lo siguiente:

“EBSA calculó correctamente el PAOMR para el año 2018, pues se demostró como el cálculo realizado por EBSA es correcto y de hecho fue objeto de auditorías de varias firmas y hasta de la propia Superintendencia en el año 2012, donde se ordenaron correcciones en ese entonces que EBSA acogió lo que de suyo deviene en que la Compañía si calculó correctamente el ITAD de 2011, - base de la investigación-, el cual fue incluso auditado por la Superintendencia”⁶⁵.

Frente a lo manifestado por la **RECURRENTE** el Despacho se permite manifestar:

Primero, tal y como lo manifestó el Despacho en el numeral **3.2.4.** de la **Resolución Sancionatoria**, mediante las comunicaciones con radicado SSPD No. 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017, 20185290514612 del 28 de mayo de 2018, 20185290387332 del 30 de abril de 2018, 20195290421962 del 30 de abril de 2019 y 20205290528142 del 4 de mayo de 2020, **EBSA** informó a la **SSPD** los **ITAD** utilizados para calcular sus Índices Anuales Agrupados de la Discontinuidad (**IAAD**) durante el periodo comprendido entre 2008 y 2019.

A partir de la revisión de la información contenida, el Despacho evidenció que el valor del **ITAD** reportado al **SUI**, a través del formato 9, para el segundo, tercer y cuarto semestre de 2011 – niveles de tensión 1, 2 y 3- y para el cuarto trimestre de dicha anualidad –niveles de tensión 2 y 3-, son diferentes a los que informó la **RECURRENTE** en las citadas comunicaciones, tal y como se puede observar en las siguientes tablas, las cuales corresponden a las mismas relacionadas en la **Resolución Sancionatoria**:

Tabla No. 1 - Relación de los **ITAD** utilizados por **EBSA** para calcular sus **IAAD** durante el periodo comprendido entre 2008 y 2020

Año	Nivel de Tensión 1				Niveles de Tensión 2 y 3			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2008	0,00037118	0,00075517	0,00048367	0,00071107	0,00003302	0,00037260	0,00014510	0,00039420
2009	0,00585310	0,00010256	0,00167306	0,00049807	0,00008562	0,00002695	0,00032536	0,00014456
2010	0,00046514	0,00061755	0,00047637	0,00039350	0,00011614	0,00026052	0,00017823	0,00004316
2011	0,00051104	0,00085876	0,00128555	0,00085731	0,00032053	0,00073971	0,00016857	0,00122172
2012	0,00062070	0,00062610	0,00071040	0,00055980	0,00019450	0,00023890	0,00026740	0,00043960
2013	0,00052530	0,00063370	0,00071960	0,00088920	0,00017950	0,00017350	0,00029460	0,00043250
2014	0,00079590	0,00084590	0,00093260	0,00054070	0,00038930	0,00018770	0,00019180	0,00029210
2015	0,00042290	0,00079380	0,00100600	0,00066510	0,00014800	0,00031900	0,00045140	0,00018330
2016	0,00111000	0,00105300	0,00107500	0,00148000	0,00250800	0,00094580	0,00053420	0,00067800
2017	0,00166110	0,00151360	0,00165920	0,00200320	0,00102210	0,00069340	0,00078990	0,00212850
2018	0,00114510	0,00151470	0,00118700	0,00122240	0,00070610	0,00104910	0,00126730	0,00099540
2019	0,00073010	0,00069010	0,00076090	0,00068650	0,00047010	0,00032970	0,00068290	0,00057430
2020	0,00545630				0,00070740			

Fuente: Radicados SSPD 20185290387332⁶⁶, 20195290421962⁶⁷ y 20205290528142⁶⁸ – Elaboración: DIEG

⁶⁵ Cfr. Folio 374 revés de la carpeta No. 2 del expediente.

⁶⁶ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ documento denominado “5. Radicado 20185290387332 del 30-04-2018.pdf”) de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁷ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ documento denominado “13. Radicado 20195290421962 del 30-04-2019.pdf”) de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁸ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ documento denominado “14. Radicado 20205290528142 del 4-05-2020.pdf”) de la carpeta No. 1 del expediente.

Tabla No. 2 - Relación de los **ITAD** reportados por **EBSA** al **SUI** durante el periodo comprendido entre 2008 y 2020

Año	Nivel de Tensión 1				Niveles de Tensión 2 y 3			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2008	0,00037118	0,00075517	0,00048367	0,00071107	0,00003302	0,00037260	0,00014510	0,00039420
2009	0,00585310	0,00010256	0,00167306	0,00049807	0,00008562	0,00002695	0,00032536	0,00014456
2010	0,00046514	0,00061755	0,00047637	0,00039350	0,00011614	0,00026052	0,00017823	0,00004316
2011	0,00051104	0,00087840	0,00076650	0,00085731	0,00032053	0,00030120	0,00023170	0,00025840
2012	0,00062070	0,00062610	0,00071040	0,00055980	0,00019450	0,00023890	0,00026740	0,00043960
2013	0,00052530	0,00063370	0,00071960	0,00088920	0,00017950	0,00017350	0,00029460	0,00043250
2014	0,00079590	0,00084590	0,00093260	0,00054070	0,00038930	0,00018770	0,00019180	0,00029210
2015	0,00042290	0,00079380	0,00100600	0,00066510	0,00014800	0,00031900	0,00045140	0,00018330
2016	0,00111000	0,00105300	0,00107500	0,00148000	0,00025080	0,00094580	0,00053420	0,00067800
2017	0,00166110	0,00151360	0,00165920	0,00200320	0,00102210	0,00069340	0,00078990	0,00212850
2018	0,00116560	0,00151470	0,00118700	0,00122240	0,00070610	0,00104910	0,00126730	0,00099540
2019	0,00073010	0,00069010	0,00076090	0,00068650	0,00047010	0,00032970	0,00068290	0,00057430
2020	0,00545630				0,00070740			

Fuente: Formato 9 del **SUI** – **Elaboración: DTGE**⁶⁹

Nótese como en las referidas comunicaciones el valor del **ITAD** en el nivel de tensión 1 para el segundo y tercer trimestre de 2011 y en los niveles de tensión 2 y 3 para el segundo, tercer y cuarto trimestre de dicha anualidad (tabla No. 1), difiere del valor reportado en el **SUI** para cada nivel de tensión en los mismos trimestres (tabla No. 2).

Segundo, se reitera que, aunque en la comunicación SSPD No. 20185290514612 del 28 de mayo de 2018⁷⁰, la **RECURRENTE** manifestó que había corregido el valor de los **ITAD** para el año 2011 y la información concuerda con la reportada al **SUI**, analizadas las comunicaciones SSPD No. 20195290421962 del 30 de abril de 2019⁷¹ y 20205290528142 del 4 de mayo de 2020⁷² el Despacho observa que, persistente la inconsistencia en la información para los mismos trimestres del año 2011 en los niveles de tensión descritos en precedencia. Veamos:

Tabla No. 3 – Diferencia valores **ITAD** de **EBSA** en el nivel de tensión 1 para el año 2011.

Año	Información reportada al SUI				Información contenida en las comunicaciones SSPD 20195290421962 y SSPD 20205290528142			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011	0,00051104	0,00087840	0,00076650	0,00085731	0,00051104	0,00085876	0,00128555	0,00085731

Elaboración: Despacho

Tabla No. 4 – Diferencia valores **ITAD** de **EBSA** en los niveles de tensión 2 y 3 para el año 2011.

Año	Información reportada al SUI				Información contenida en las comunicaciones SSPD 20195290421962 y SSPD 20205290528142			
	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011	0,00032053	0,00030120	0,00023170	0,00025840	0,00032053	0,00073971	0,00016857	0,00122172

Elaboración: Despacho

Tercero, como se indicó en el numeral **4.3.3.2.** del presente acto administrativo, las auditorías que realizó la **SSPD** a **EBSA**, para nada implicaron una aceptación o aprobación de los indicadores

⁶⁹ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ documento denominado "16. Cálculos y análisis MESI EBSA (AOM) 2022") de la carpeta No. 1 del expediente.

⁷⁰ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ carpeta denominada "7. Radicado 20185290514612 del 28-05-2018", libro Excel denominado "201852905146120001_Plantilla") de la carpeta No. 1 del expediente.

⁷¹ Cfr. Folio 11 (medio magnético/ archivo en formato PDF denominado "13. Radicado 20195290421962 del 30-04-2019") de la carpeta No. 1 del expediente.

⁷² Cfr. Folio 11 (medio magnético/ archivo en formato PDF denominado "14. Radicado 20205290528142 del 4-05-2020") de la carpeta No. 1 del expediente.

de calidad, sino que estaban dirigidas a verificar que el dinero que se reportó para los gastos de **AOM** en realidad fueron utilizados para dicho concepto.

Así las cosas, se equivoca la **RECURRENTE** al alegar que “*calculó correctamente el PAOMR para el año 2018, pues se demostró como el cálculo realizado por EBSA es correcto y de hecho fue objeto de auditorías de varias firmas y hasta de la propia Superintendencia en el año 2012*”.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.8. En relación con la presunta “*Violación al principio de non bis in ídem*”

En este tema, la **RECURRENTE** sostuvo:

“(iii) La Compañía ya fue sancionada por la SSPD por presuntamente calcular erróneamente el ITAD y el IAAD para 2011 y supuestamente no coincidir este con la información reportada en el SUI, para los años 2012 a 2017, a pesar de ser un solo hecho generador respecto del ITAD y el IAAD de 2011.

“(iv) La única diferencia con el expediente anterior, sin perjuicio de la violación al principio de non bis in ídem que se expone más adelante, es que acá la SSPD no puede perder de vista la expedición de la Resolución CREG 15 de 2018 y ante dicho cambio regulatorio, es evidente que para el caso concreto, la normatividad aplicable es la Resolución CREG 15 de 2018 y aquellas que la modificaron y aplicaron, no la Resolución CREG 097 de 2008, tal como procederé a explicar a continuación”⁷³.

Posteriormente, agregó:

“EBSA no puede ni debe ser sancionada dos veces por el mismo hecho generador, esto es el presunto error en el cálculo del ITAD de 2011 y la inconsistencia en el reporte de la información del SUI, pues con ello se ignora que la Compañía fue sancionada en el año 2018 por el mismo hecho generador y con base en las mismas comunicaciones”⁷⁴.

Frente a lo argumentado, el Despacho puntualiza que el derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, está conformado por tres grandes elementos, entre los que se encuentran las garantías de audiencia y defensa, y dentro de las cuales está inmersa la garantía del *non bis in ídem*. Esta última entendida como aquella que tiene toda persona “*(...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”, e instituida bajo los pilares de “*seguridad jurídica y la justicia material*”⁷⁵.

Justamente, la Corte Constitucional ha señalado que se vulnera este derecho cuando concurren identidad en la causa, identidad en el objeto e identidad en la persona. Textualmente ha indicado:

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

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

⁷³ Cfr. Folio 360 revés de la carpeta No. 2 del expediente.

⁷⁴ Cfr. Folio 374 revés de la carpeta No. 2 del expediente.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 870 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos"⁷⁶. (Énfasis agregado).

El ámbito de aplicación del referido derecho constitucional, comprende los individuos que se encuentren inmersos en actuaciones no solo judiciales, sino también administrativas, como la que nos ocupa, constituyéndose como un límite al ejercicio de los poderes del Estado, en especial el *ius puniendi*⁷⁷.

Ahora bien, alega la **RECURRENTE** que en el caso *sub examine* se configura una vulneración al *non bis in ídem*, por cuanto, a su juicio, se presenta el "*mismo hecho generador, esto es el presunto error en el cálculo del ITAD de 2011 y la inconsistencia en el reporte de la información del SUI, pues con ello se ignora que la Compañía fue sancionada en el año 2018*".

Sobre el particular, el Despacho evidencia que en el análisis de la **RECURRENTE** se presenta una equivocada interpretación tanto en la identidad del objeto como en la identidad en la causa para su configuración, dado que la presente investigación se refiere a un periodo totalmente diferente al contemplado en la investigación administrativa bajo el expediente No. 2018240350600072E. Así, mientras que esta última investigación se refirió al periodo comprendido entre los años 2012 a 2017, la presente se refiere únicamente a los años 2018 y 2020.

Asimismo, recuérdese que, en el presente caso, se endilga a **EBSA** el incumplimiento consistente en haber realizado incorrectamente el cálculo en el ajuste anual del **PAOMR** durante los años 2018 a 2020, y no respecto del cálculo del indicador **ITAD** para el año 2011 en los niveles de tensión 1, 2 y 3.

En definitiva, son diferentes los hechos en que se fundamentaron las dos investigaciones y no podría considerarse que ambas son un mismo asunto; encontrándose que analizadas individualmente las conductas los resultados sean disímiles en cada una de ellas, sin que ninguna manera se pueda considerar una vulneración a la garantía del *non bis in ídem*.

Finalmente, en relación a la aplicación de la Resolución CREG 015 de 2018, el Despacho reitera lo señalado en los numerales **4.3.3.4.** y **4.3.3.5.** del presente acto administrativo y remite a lo allí expuesto.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.9. En relación con la presunta "Violación a la confianza legítima"

En relación a este tema, la **RECURRENTE** manifestó:

"EBSA calculó su PAOMR desde 2012 con la convicción de que sus cálculos eran correctos, no solo por las auditorías anuales que se le realizaron a la información de la Compañía, sino porque, en el 2012 la propia SSPD auditó el cálculo del ITAD de 2011, por lo que, no puede la Superintendencia años después desconocer la auditoría y las correcciones que hizo EBSA en el 2012, para abruptamente

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁷ Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado que, "(...) la jurisprudencia constitucional ha extendido el principio *non bis in ídem* a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable". (Corte Constitucional. Sentencia C- 870 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

*cambiar de posición y señalar que el cálculo del ITAD de 2011 es incorrecto y repercute en el cálculo del PAOMR de los años subsiguientes*⁷⁸.

Frente a lo argumentado, tal y como se indicó en la **Resolución Sancionatoria**, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de confianza legítima surge o se desprende de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe⁷⁹, cuya protección debe manifestarse a favor de los administrados⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corporación Constitucional también ha señalado que el principio de confianza legítima no es absoluto, y ha establecido como reglas para que un sujeto pueda ampararse en este **“la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior”**⁸¹ y que **“esa confianza previa en la que descansa la posición jurídica del individuo se vea violentada mediante signos o hechos externos producidos de forma sorpresiva”**⁸², es decir que, la administración haya creado **“expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones”**⁸³ (Énfasis agregado)..

Entonces, advierte el Despacho que en el presente caso no existe ninguna posición o actuación precedente de la **SSPD** u otra autoridad administrativa que hubiera validado la forma errónea como **EBSA** estaba calculando el ajuste anual al **PAOMR** entre los años 2018 y 2020.

El hecho de que la **SSPD** haya llevado a cabo actividades de verificación del cálculo del **ITAD**⁸⁴, dispuesto de una dirección FTP para almacenar información para el cálculo de los indicadores de calidad⁸⁵, realizado jornadas de verificación de la información reportada por **EBSA**⁸⁶ y solicitado información y aclaraciones respecto las variables, índices y tarifas aplicadas por **EBSA**, de ninguna manera pueden entenderse como validación o aprobación a la forma como **EBSA** calculaba sus indicadores de calidad. Puesto que, el desarrollo de dichas actividades obedeció única y exclusivamente al ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que legal y

⁷⁸ Cfr. Folio 374 revés de la carpeta No. 2 del expediente.

⁷⁹ *“La confianza legítima es un principio que, como lo ha destacado la Corte, deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades”.* (Corte Constitucional, T-020-2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo).

⁸⁰ Al respecto la Corte Constitucional ha indicado que *“En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación”.* (Énfasis del texto original). (Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández).

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸² Mesa Valencia, Andrés F (2013). El principio de la fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia. Universidad de Antioquia: Bogotá, p. 35.

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁴ Cfr. Folio 109 (medio magnético/ carpeta denominada “19. Copia de la comunicación 20132200381031 del 2 de julio de 2013 proferida por la SSPD dirigida a EBSA.”) de la carpeta No.1 del expediente.

⁸⁵ Cfr. Folio 109 (medio magnético/ carpeta denominada “20. Copia de la comunicación 20132200405011 del 5 de julio de 2013 proferida por la SSPD dirigida a EBSA.”) de la carpeta No.1 del expediente.

⁸⁶ Adelantadas por la SSPD mediante las comunicaciones con radicado SSPD No. 20182200649231 del 9 de mayo de 2018, 20182200809311 del 31 de mayo de 2018 y 20182201013301 del 29 de junio de 2018.

constitucionalmente le han sido asignadas a esta entidad, encaminadas, precisamente, a determinar el cumplimiento de la regulación sobre la materia.

Por el contrario, como quedó plenamente demostrado en la investigación, **EBSA**, a pesar de las jornadas de verificación y múltiples solicitudes de la **SSPD**, no realizó las correcciones debidas para lograr calcular el ajuste anual de su **PAOMR** de los años 2018 a 2020, conforme la regulación vigente.

Así, no es viable sostener que cualquier expectativa de los administrados se determine como un imperativo de invariabilidad de las actuaciones de la Administración, como la aquí expuesta por la **RECURRENTE**, ni justifique el incumplimiento evidenciado en las obligaciones del prestador; solo aquellas expectativas que se consideren debidamente fundadas y razonables respecto de la actuación realizada por la Administración, permitirían predicar que en las actuaciones subsiguientes, aquella está obligada a no contradecir los actos previamente realizados, y en efecto, garantizar las condiciones que le generaron una confianza legítima al sujeto administrado, lo cual en el presente caso irrefutablemente no ocurrió.

En ese sentido, no es de recibo para el Despacho la afirmación de **EBSA**, según la cual “*no puede la Superintendencia años después desconocer la auditoría y las correcciones que hizo EBSA en el 2012, para abruptamente cambiar de posición y señalar que el cálculo del ITAD de 2011 es incorrecto y repercute en el cálculo del PAOMR de los años subsiguientes*”.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

4.3.3.10. En relación con la presunta “Violación al debido proceso”

La **RECURRENTE** consideró que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto, en su criterio, la imputación del cargo y los hechos que lo fundamentaron no cumplieron con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. Concretamente expuso:

“En la expresión del hecho jurídicamente relevante, sustento del cargo único, se observa que su redacción no fue realizada con rigor precisión y claridad. En este sentido, la imputación de cargos y los hechos base para ella, no se encuentra conforme a lo señalado en el artículo 47 del C.P.A.C.A., pues en los cargos no se identifica con precisión desde que fecha y hasta que fecha presuntamente EBSA calculó erróneamente el PAOMR, sin perder de vista la expedición de la Resolución CREG 015 de 2018 y aquellas que la modifican y adicionan, lo que de suyo afecta el derecho de defensa y contradicción de la Investigada ante dicha imprecisión en la imputación”⁸⁷.

Sobre el particular, es pertinente señalar que le asiste razón a la **RECURRENTE** al señalar que el artículo 47 del CPACA impone la obligación a la autoridad administrativa de señalar en el acto administrativo por medio del cual se inicia investigación y fórmula pliego de cargos, con claridad y precisión, entre otros, “*los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación las disposiciones presuntamente vulneradas*”; requisitos que, valga indicar, deben ser cumplidos a cabalidad, so pena de que se vulnere el derecho a la defensa y contradicción establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a los investigados.

En el caso objeto de estudio, revisado y analizado el contenido del Pliego de Cargos (acto administrativo SSPD No. 20222400346206 del 16 de diciembre de 2022⁸⁸), el Despacho

⁸⁷ Cfr. Folios 374 revés a 375 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁸⁸ Cfr. Folios 12 a 19 de la carpeta No. 1 del expediente.

evidencia que los requisitos en mención se cumplieron satisfactoriamente, contrario a lo indicado por la **RECURRENTE**, por cuanto:

- a) En el Pliego de Cargos se describió de forma clara, precisa y detallada que el hecho jurídicamente investigado consistió en “**haber calculado incorrectamente el ajuste anual del Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento a Reconocer (PAOMR) durante los años 2018 a 2020**”.
- b) En el Pliego de Cargos se informaron las circunstancias de hecho que dieron origen al cargo imputado. Textualmente se indicaron las siguientes:

(...)

2.2.1. A través de la comunicación SSPD 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017 **LA INVESTIGADA** allegó a la **SSPD** un “informe de auditoría correspondiente al cálculo del AOM de EBSA como TRANSMISOR y DISTRIBUIDOR”.

2.2.2. A través de la comunicación SSPD 20185290387332 del 30 de abril de 2018, **EBSA** presentó ante la **SSPD** la información utilizada para calcular el ajuste anual del Porcentaje de Administración, Operación y Mantenimiento a Reconocer (**PAOMR**) para el periodo comprendido entre mayo de 2018 y abril de 2019.

2.2.3. Mediante el oficio SSPD 20182200649231 del 9 de mayo de 2018, la **DTGE** requirió a **LA INVESTIGADA** para que aclarara inconsistencias encontradas en el cálculo de los valores históricos del **PAOMR** de **EBSA**, en los siguientes términos:

“La Dirección Técnica de Gestión de Energía, en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, consagradas en el artículo 15 numerales 8, 10 y 14 del Decreto 990 de 2002, en el marco del proceso de verificación de la información asociada a la Circular CREG 011 de 2017, identificó presuntas inconsistencias dentro del cálculo del valor del Porcentaje de AOM a reconocer por el OR en el año 2018 (PAOM EBSA₂₀₁₈), de acuerdo con lo siguiente:

Dentro de la pestaña “Resumen” que hace parte del archivo Excel remitido por EBSA S.A. E.S.P. mediante radicado SSPD No. 20185290387332 del 30 de abril de 2018, esta Dirección identificó una presunta inconsistencia dentro de los índices Trimestrales Agrupados de la Discontinuidad (ITAD), para los niveles de tensión 1, 2 y 3, para el año 2016, los cuales no corresponden con los reportados dentro del Formulario 9 del Sistema Único de Información (SUI).

Adicionalmente, es importante mencionar una presunta inconsistencia dentro de la actualización de las variables $CD_{i,3,k}$, $CD_{i,2,k}$ y $CDM_{i,1,k}$, toda vez que de acuerdo con lo evidenciado en la pestaña “Cambios”, celdas S16, S17 y S18, los valores acá consignados son iguales a los de las celdas R16, R17 y R18.

Teniendo en cuenta lo anterior y debido a que esto pudiera generar dentro del cálculo del valor del Porcentaje de AOM a reconocer en el año 2018, esta Superintendencia solicita remitir una aclaración a propósito de las presuntas inconsistencias mencionadas”.

2.2.4. A través de las comunicaciones SSPD 20185290514612 del 28 de mayo de 2018 y SSPD 20185290526672 del 29 de mayo de 2018, **LA INVESTIGADA** dio respuesta al anterior requerimiento, señalando:

“Efectivamente por error de transcripción en la hoja de resumen de los valores del Índice Agrupado de la Discontinuidad (ITAD) transcrito para el año 2016 no corresponden con los reales, y por tanto adjunto remitimos la pestaña “Resumen” corregida en el archivo Excel adjunto.

(...)

Debido a que igualmente en la pestaña cambios transcribimos erradamente los valores reales de los Cargos máximos $CD_{j,3}$, $CD_{j,2}$, $CDM_{j,1}$, se corrige el error en la pestaña “Cambios” del archivo Excel anexo.

Es importante aclarar que solo fue un error de y (sic) transcripción ya que los valores Cdj reales se están aplicando en las tarifas”.

2.2.5. A través del oficio SSPD 20182201013301 del 29 de junio de 2018, la DTGE solicitó a EBSA aclarar:

“(…) los valores asociados a los Índices Trimestrales Agrupados de la Discontinuidad (ITAD) para el año 2011, en los Niveles de tensión 1, 2 y 3, reportados mediante radicado SSPD No. 20175290709662 del 1 de septiembre del año 2017, toda vez que estos difieren de los que actualmente se encuentran reportados en el Sistema Único de Información (SUI), tal como se muestra a continuación:

Tabla 1 – ITAD 2011 Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P

NIVEL DE TENSION 1				
Años	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011	0,00051104	0,00085876	0,00128555	0,00085731
AGREGADO NIVELES 2 Y 3				
Años	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011	0,00032053	0,00073971	0,00016857	0,00122172

Fuente: Radicado SSPD No. 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017

Tabla 2- ITAD 2011 Sistema Único de Información

IDENTIFICADOR EMPRESA	NOMBRE EMPRESA	TRIMESTRE	VARIANTE	NIVEL DE TENSION 1	NIVEL DE TENSION 2 Y 3
500	Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.	2	Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad	0.0008784	0.0003012
500	Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.	3	Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad	0.0007665	0.0002317
500	Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.	4	Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad	0,000857	0.0002584

Fuente: Formulario 9 – Sistema Único de Información

Por otro lado, teniendo en cuenta el radicado SSPD No. 20185290628002 del 21 de junio de 2018, mediante el cual la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. remitió como respuesta a la solicitud de aclaración a propósito de las variables $CD_{j,3,k}$, $CD_{j,2,k}$ y $CDM_{j,1,k}$ (...) esta Dirección Técnica se permite reiterar dicha solicitud, toda vez que una hoja de Excel impresa no constituye de manera satisfactoria una aclaración respecto a ninguna de estas variables, razón por la cual se solicita, de manera detallada, el cálculo de cada una de estas.

Así mismo, nos permitimos solicitar aclaración inmediata y detallada respecto de cada una de las diferencias identificadas entre la hoja de cambios impresa, remitida mediante Radicado SSPD No. 20185290628002 del 21 de junio de 2018 y la información contenida en el Radicado SSPD No. 20185290514612 del 28 de mayo de 2018, toda vez que se identificaron valores distintos para las variables $CD_{j,3,k}$, $CD_{j,2,k}$ y $CDM_{j,1,k}$ en las columnas correspondientes a “Modificación 2011”, “Modificación 2012”, “Modificación 4”, “Modificación 2015”, “Modificación 2016”, “Modificación 5”, “Modificación Sept 2017”, “Modificación Enero 2018”, “Modificación 6” y “Modificación 2018”. Lo anterior sin perjuicio de las medidas de carácter administrativo sancionador que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios considere pertinentes de acuerdo con las facultades otorgadas por la ley”.

2.2.6. Por medio de la comunicación SSPD 20185290698112 del 6 de julio de 2018, LA INVESTIGADA dio respuesta al anterior requerimiento, en los siguientes términos:

“En cuanto a su solicitud de aclaración de los valores asociados a los Índices Trimestrales Agrupados de la Discontinuidad (ITAD) para el año 2011, en los niveles de tensión 1, 2 y 3, nos permitimos aclarar que este indicador para EBSA comenzó a regir a partir de II trimestre del año 2011, **los valores de este indicador son los registrados en el SUI**, corresponde con los citados en su comunicación y los presentamos en la tabla siguiente con el fin de aclarar que no se incluye el I trimestre del año 2011, por no estar vigente el Esquema de Incentivos de calidad del servicio definidos en la Resolución CREG 097-2008. Respecto los valores que remitimos por mail en el archivo con radicado 20175290709662 del 1 de septiembre de 2017, enviado por correo electrónico, **equivocadamente se adjuntó un archivo cuya información está errada e incluso no contiene la información del año 2017; sin embargo, en el correo del 25 de mayo de 2018, y al parecer radicado en la SSPD el 28 del**

mismo mes, dando respuesta al radicado SSPD 20182200649231 adjuntamos archivo que contiene la información correcta.

Nivel de tensión 1				
Años:	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011		0.00087840	0.00076760	0.00086731

Nivel de tensión 2 y 3				
Años:	Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4
2011		0.00030120	0.00023170	0.00026840

Respecto las diferencias entre la hoja impresa con radicado 20185290628002 del 21 de junio de 2018 y la información contenida en el archivo adjunto al radicado SSPD 20185290514612, presentamos excusas por no haber enviado el archivo corregido y con esta comunicación lo anexamos (Circular 011-2017 Anexo OR 2017 F SSPD.xls). Además, dando alcance a nuestra respuesta del 21 de junio de 2018, anexamos archivo con los cálculos de los CD correspondientes (Actualización AOM 2018)".

2.2.7. Mediante las comunicaciones SSPD 20195290421962 del 30 de abril de 2019 y SSPD 20205290528142 del 4 de mayo de 2020, **EBSA** informó a la **SSPD** el **PAOMR** aplicado durante los años 2019 y 2020, respectivamente y presentó la información utilizada para calcularlo.

2.2.8. Con base en la información recopilada, la **DTGE** verificó los datos históricos de los valores asociados a los Índices Trimestrales Agrupados de la Discontinuidad (**ITAD**) de los niveles de tensión 1, 2 y 3 utilizados por **LA INVESTIGADA** para actualizar el componente de Administración, Operación y Mantenimiento (**AOM**) de los trimestres II, III y IV del año 2011, encontrando que la información allegada por **EBSA** mediante las comunicaciones antes referidas, diferiría de la cargada al **SUI**⁸⁹.

- c) En los numerales **2** y **2.1.** del Pliego de Cargos se precisó que las normas presuntamente vulneradas por la **RECURRENTE** eran el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 y el numeral 10.3.1.2 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008.

De modo que, inversamente a lo argumentado por **EBSA**, el Pliego de Cargos, en efecto, contiene con claridad y precisión: **(i)** las circunstancias de hecho; **(ii)** el hecho jurídicamente relevante que se investiga -la conducta-; **(iii)** las normas infringidas, y **(iv)** la temporalidad de la conducta investigada -año 2018 a 2020-. Con lo cual se cumplieron a cabalidad los requisitos dispuestos en el ya mencionado artículo 47 del CPACA, y se garantizó claridad y certeza a **EBSA** sobre la investigación, para ejercer su derecho a la defensa.

Por último, respecto de la aplicación de la Resolución CREG 015 de 2018 alegada por la **RECURRENTE**, por ser un argumento que el Despacho acotó ampliamente en los numerales **4.3.3.4.** y **4.3.3.5.** de este acto administrativo, reitera íntegramente lo señalado y remite a lo allí expuesto.

Por las razones expuestas, los argumentos aquí estudiados y expuestos por la **RECURRENTE** no están llamados a prosperar.

5. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que la conducta endilgada a **EBSA**, mediante el cargo único imputado en la presente actuación administrativa sancionatoria, quedó ampliamente demostrada con las pruebas

⁸⁹ Cfr. Folios 12 revés a 14 de la carpeta No. 1 del expediente.

obrantes en el expediente, con fundamento en las cuales se le sancionó, y que los argumentos expuestos en el recurso de reposición -aquí analizados- no lograron probar alguna circunstancia o hecho que la desvirtuara, o exonerara la responsabilidad de la **RECURRENTE** en la misma, el Despacho no revocará la **Resolución Sancionatoria**, como lo solicitó la **RECURRENTE**, sino que, por el contrario, procederá a confirmarla en su integridad.

En mérito de lo expuesto, la superintendente Delegada para Energía y Gas Combustible,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO REPONER a favor de la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT 891800219-1, la decisión administrativa contenida en la Resolución SSPD No. 20232400325465 del 15 de junio de 2023, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, **CONFIRMAR** en su integridad la Resolución SSPD No. 20232400325465 del 15 de junio de 2023, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT 891800219-1, por un valor de **OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$ 842.689.505)**.

PARÁGRAFO: Una vez se encuentre en firme la presente Resolución, el valor de la multa impuesta deberá ser pagado 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, deberá descargar el formato de pago disponible en el portal web www.superservicios.gov.co, menú Servicios vigilados > Trámites y Servicios Prestadores > Pagos, o acceder al siguiente enlace en un navegador web: www.superservicios.gov.co/Empresas-vigiladas/Contribuciones-y-pagos/Plataforma-de-pagos?a=8939.

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 de la misma al correo evleiton@superservicios.gov.co, indicando que la misma corresponde al cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT 891800219-1, a través de su apoderada especial, a los correos electrónicos gerencia@ebsa.com.co⁹⁰,

⁹⁰ Correo electrónico autorizado por la **RECURRENTE** para efecto de notificación personal por medio electrónico, según se encuentra registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa expedido por la Cámara de Comercio de Tunja (Boyacá), cuya última renovación se realizó el 27 de marzo de 2024 (consultado el 18 de junio de 2024).

litigiosciviles@goh.law⁹¹ y notificaciones@godoyhoyos.com⁹², con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta decisión no procede ningún recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA MILENA TÉLLEZ GUTIÉRREZ
SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE

Revisó: Ariel Lozano Gaitán - Director de Investigaciones para Energía y Gas (Ad Hoc).
Luis Fernando Fontecha Saavedra – Coordinador del GASGC de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Proyectó: Nathaly Alexandra Rubio Casanova - Abogada de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.

⁹¹ De acuerdo con: **(i)** El escrito de descargos radicado en la SSPD 20235290079532 del 6 de enero de 2023 (Cfr. Folio 65 revés de la carpeta No. 1 del expediente); **(ii)** comunicación SSPD 20235291298642 del 5 de abril de 2023 (Cfr. Folio 126 de la carpeta No. 1 del expediente), y **(iii)** comunicación SSPD 20235291339012 del 11 de abril de 2023 (Cfr. Folio 129 de la carpeta No. 1 del expediente).

⁹² Correo electrónico autorizado **GOH** para efecto de notificación personal por medio electrónico, según se encuentra registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, cuya última renovación se realizó el 27 de marzo de 2024 (consultado el 18 de junio de 2024).