



RESOLUCIÓN SSPD - 20222400478995 DEL 17-05-2022

EXPEDIENTE: 2019240350600007E

POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.

LA SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1369 de 2020, y la Resolución SSPD No. 20191000044745 del 22 de octubre de 2019, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución SSPD No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021, previa exposición de las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. El 12 de diciembre de 2017, la Dirección Técnica de Gestión de Energía (en adelante “DTGE”) de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante “SSPD”) suscribió con la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.**, identificada con el NIT 828.000.191-2 (en adelante “EMSERPUCAR” o “LA RECURRENTE”) un Programa de Gestión¹ con los objetivos de:

*“(…) Asegurar que la empresa **EMSERPUCAR**, realice el cargue de información al SUI que permita realizar una adecuada vigilancia a la correcta aplicación de subsidios.*

Garantizar una correcta aplicación de la metodología tarifaria y el cumplimiento de los requisitos para ingresar al esquema de calidad vigente.

Verificar el cumplimiento por parte de EMSERPUCAR, del reporte en el SUI de la información de las interrupciones presentadas en los transformadores y circuitos de su sistema.

Contar en el SUI con la información financiera de la empresa bajo los nuevos marcos normativos².

1.2. No obstante, en el informe de seguimiento al Programa de Gestión correspondiente al tercer trimestre del año 2018, la **DTGE** evidenció que “(…) el porcentaje de cumplimiento hasta el tercer trimestre de 2018 fue de un 18%, y el porcentaje de cumplimiento esperado era de 92% para el mismo periodo³, concluyendo que “(…) **EMSERPUCAR S.A. ESP.**, no cumplió con un alto porcentaje de los compromisos acordados en el Programa de Gestión suscrito con esta Superintendencia⁴ y por lo tanto dio “(…) por terminado el Programa de Gestión acordado con la empresa **EMSERPUCAR S.A. ESP** (...)”⁵.

1.3. En consecuencia, mediante memorando SSPD No. 20192200074013 del 23 de julio de 2019⁶, la **DTGE** remitió a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible (en adelante “DIEG”) un Informe Técnico de Gestión, recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa contra **LA RECURRENTE**, por el presunto incumplimiento de lo previsto en las siguientes normas:

¹ El Programa de Gestión puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/servicios-vigilados/energia-gas-combustible/empresa-municipal-de-servicios-publicos-de-cartagena-de->

² Cfr. Folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente. Cuando en el presente acto administrativo se hace referencia al Expediente, éste corresponde al identificado con el No. 2019240350600007E.

³ Cfr. Folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁴ Cfr. Folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁵ Cfr. Folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶ Cfr. Folios 1 a 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

- Ley 142 de 1994⁷, artículos 88.1, 89.1 y 99.6.
- Ley 143 de 1994⁸, artículo 42 y parágrafo 1 del artículo 46.
- Resolución CREG 091 de 2007⁹, artículo 44.
- Resolución CREG 119 de 2007¹⁰, artículo 4.
- Resolución CREG 097 de 2008¹¹, artículo 4, y numeral 11.2.6.3 del Anexo General de la misma Resolución.
- Resolución CREG 186 de 2010¹², artículo 3.
- Resolución CREG 180 de 2014¹³, artículo 21.
- Resolución SSPD No. 20171300042935 de 2017¹⁴, Artículo 3.
- Resolución SSPD No. 20181000024475 de 2018¹⁵, Artículo 1.
- Circular SSPD – CREG No. 002 de 2003¹⁶, anexo B.

1.4. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400000076 del 20 de septiembre de 2019¹⁷, notificado por correo electrónico certificado en la misma fecha¹⁸, la **DIEG** inició investigación y formuló pliego de cargos a **EMSERPUCAR**.

1.5. Mediante comunicación enviada por correo electrónico el 11 de octubre de 2019 y radicada con el número SSPD 20195291164182 del 16 de octubre de 2019¹⁹, **LA RECURRENTE** presentó oportunamente escrito de descargos²⁰.

1.6. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400915511 del 24 de octubre de 2019²¹, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha²², la **DIEG** incorporó unas pruebas al expediente y corrió traslado a **EMSERPUCAR** para presentar alegatos.

1.7. Mediante comunicación SSPD No. 20195291204972 del 24 de octubre de 2019²³, **LA RECURRENTE** aportó otras pruebas documentales al expediente.

1.8. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400992161 del 15 de noviembre de 2019²⁴, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha²⁵, la **DIEG** incorporó dichas pruebas al expediente.

⁷ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

⁸ "Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética".

⁹ "Por la cual se establecen las metodologías generales para remunerar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica y las fórmulas tarifarias generales para establecer el costo unitario de prestación del servicio público de energía eléctrica en Zonas No Interconectadas".

¹⁰ "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", modificada por la Resolución CREG 191 de 2014 "Por la cual se modifica y complementa la Resolución CREG 119 de 2007".

¹¹ "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".

¹² "Por la cual se da cumplimiento a lo establecido en el Artículo 1° de la Ley 1428 de 2010 por la cual se modifica el artículo 3 de la Ley 1117 de 2006 en relación con la aplicación de los subsidios a los usuarios de estratos 1 y 2 de los servicios de Energía Eléctrica y Gas Combustible por redes de tubería". Modificada por la Resolución CREG 186 de 2013 "Por la cual se modifica la Resolución CREG 186 de 2010" y ampliada mediante las Resoluciones CREG 186 de 2014 "Por la cual se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1739 de 2014, en relación con la aplicación de los subsidios a los usuarios de estratos 1 y 2 de los servicios de energía eléctrica y gas combustible por redes de tubería", CREG 241 de 2015 "Por la cual se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1753 de 2015, en relación con la aplicación de los subsidios a los usuarios de estratos 1 y 2 de los servicios de energía eléctrica y gas combustible por redes de tubería", CREG 152 de 2018 "Por la cual se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 125 de la Ley 1940 de 2018, en relación con la aplicación de los subsidios a usuarios de estratos 1 y 2 de los servicios de energía eléctrica y gas combustible por redes de tubería".

¹³ "Por la cual se establecen los criterios generales para determinar la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional".

¹⁴ "Por la cual se modifica la Resolución SSPD 20161300013475 de 2016".

¹⁵ "Por la cual se establecen los plazos para el cargue de información financiera y el informe de Auditoría Externa de Gestión y Resultados – AEGR a 31 de diciembre de 2017".

¹⁶ "Reporte Oficial de Información Básica de Circuitos e Interrupciones, Información Comercial y de Compensaciones".

¹⁷ Cfr. Folios 26 a 37 de la carpeta No. 1 del expediente.

¹⁸ Cfr. Folio 52 de la carpeta No. 1 del expediente.

¹⁹ Cfr. Folios 57 a 138 de la carpeta No. 1 del expediente.

²⁰ El término de quince (15) días para presentar descargos vence el 11 de octubre de 2019.

²¹ Cfr. Folios 139 a 142 de la carpeta No. 1 del expediente.

²² Cfr. Folio 143 de la carpeta No. 1 del expediente.

²³ Cfr. Folios 151 a 175 de la carpeta No. 1 del expediente.

²⁴ Cfr. Folios 176 a 178 de la carpeta No. 1 del expediente.

²⁵ Cfr. Folio 179 de la carpeta No. 1 del expediente.

1.9. Mediante comunicación enviada por correo electrónico el 13 de noviembre de 2019 y radicada con el número SSPD 20195291305492 del 16 de noviembre de 2019²⁶, **EMSERPUCAR** presentó, extemporáneamente, sus alegatos de conclusión²⁷.

1.10. Mediante acto administrativo SSPD No. 20202400218611 del 17 de abril de 2020²⁸, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha²⁹, la **DIEG** decretó una prueba de oficio.

1.11. Mediante comunicación SSPD No. 20205290475722 del 25 de abril de 2020³⁰, **LA RECURRENTE** dio respuesta al anterior requerimiento.

1.12. Mediante acto administrativo SSPD No. 20202400664131 del 14 de julio de 2020³¹, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha³², la **DIEG** decretó otra prueba de oficio requiriendo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante "**CREG**") una información.

1.13. Mediante comunicación SSPD No. 20202400924041 del 18 de septiembre de 2020³³, comunicada por correo electrónico certificado en la misma fecha³⁴, la **DIEG** reiteró a la **CREG** el requerimiento decretado en el acto administrativo anterior.

1.14. Mediante comunicación SSPD No. 20205292022252 del 24 de septiembre 2020³⁵, la **CREG** dio respuesta al anterior requerimiento.

1.15. Revisada la información allegada por la **CREG**, se encontró que dicha comunicación no coincidía con la información solicitada, por lo que, mediante comunicación SSPD No. 20202400954931 del 28 de septiembre de 2020³⁶ comunicada por correo electrónico certificado en la misma fecha³⁷, la **DIEG** solicitó a la **CREG** remitir la información correspondiente a la respuesta al requerimiento realizado mediante el acto administrativo SSPD No. 20202400664131 del 14 de julio de 2020.

1.16. Mediante las comunicaciones SSPD No. 20205292055692 del 29 de septiembre de 2020³⁸ y No. 20205292233502 del 23 de octubre de 2020³⁹, la **CREG** dio respuesta al anterior requerimiento.

1.17. Mediante acto administrativo SSPD No. 20212400016061 del 29 de enero de 2021⁴⁰, comunicado por correo electrónico certificado el 1 de febrero de 2021⁴¹, la **DIEG** incorporó dichas pruebas al expediente y le corrió traslado de estas a **LA RECURRENTE**.

1.18. Mediante la comunicación SSPD No. 20215290188752 del 3 de febrero de 2021⁴², **EMSERPUCAR** se pronunció sobre las pruebas incorporadas mediante el acto administrativo precitado, y allegó unas pruebas documentales al expediente.

1.19. Mediante acto administrativo SSPD No. 20212400070851 del 3 de marzo de 2021⁴³, comunicado por correo electrónico certificado en la misma fecha⁴⁴, la **DIEG** incorporó dichas pruebas al expediente.

²⁶ Cfr. Folios 186 a 188 de la carpeta No. 1 del expediente.

²⁷ El término de diez (10) días para presentar alegatos venció el 8 de noviembre de 2019.

²⁸ Cfr. Folios 189 a 191 de la carpeta No. 1 del expediente.

²⁹ Cfr. Folio 198 de la carpeta No. 1 del expediente.

³⁰ Cfr. Folios 202 a 246 de la carpeta No. 2 del expediente.

³¹ Cfr. Folios 247 a 249 de la carpeta No. 2 del expediente.

³² Cfr. Folio 250 de la carpeta No. 2 del expediente.

³³ Cfr. Folio 266 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁴ Cfr. Folios 267 y 269 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁵ Cfr. Folios 280 a 283 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁶ Cfr. Folio 284 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁷ Cfr. Folios 285 y 287 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁸ Cfr. Folios 298 a 301 de la carpeta No. 2 del expediente.

³⁹ Cfr. Folios 302 a 307 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁴⁰ Cfr. Folios 315 a 317 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁴¹ Cfr. Folio 320 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁴² Cfr. Folios 351 a 372 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁴³ Cfr. Folios 373 a 376 de la carpeta No. 2 del expediente.

MSB

1.20. Mediante Resolución SSPD No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021⁴⁵ (en adelante la "**Resolución Sancionatoria**"), notificada por correo electrónico certificado el 5 de agosto de 2021⁴⁶, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante "el Despacho") declaró probados los incumplimientos endilgados a **LA RECURRENTE** y la sancionó con una multa por valor de doscientos ochenta y dos millones cuatrocientos setenta y siete mil novecientos noventa y nueve pesos (\$282.477.999).

1.21. Mediante comunicación SSPD No. 20215292228712 del 18 de agosto de 2021⁴⁷, **EMSERPUCAR** presentó oportunamente recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

1.22. Mediante acto administrativo SSPD No. 20222401461111 del 31 de marzo de 2022⁴⁸, el Despacho incorporó y decretó pruebas en sede de recurso de reposición.

1.23. Mediante la comunicación SSPD No. 20225291361442 del 7 de abril de 2022⁴⁹, **LA RECURRENTE** remitió unas pruebas de conformidad con lo requerido en el acto administrativo mencionado en el numeral anterior.

2. IMPUTACIÓN

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20192400000076 del 20 de septiembre de 2019⁵⁰, la **DIEG** inició investigación administrativa sancionatoria e imputó los siguientes cargos a **LA RECURRENTE**:

"CARGO PRIMERO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 al no cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 11.2.6.3 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, necesarios para dar aplicación al Esquema de Incentivos y Compensaciones.

CARGO SEGUNDO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001 y el Anexo B de la Circular SSPD – CREG No. 0002 de 2003. Lo anterior, al haber cargado la información relacionada con las interrupciones de los indicadores DES y FES en los Formatos B1 "Información de Alimentadores" y B2 "Información de Transformadores", carente de veracidad, confiabilidad y calidad en el Sistema Único de Información – SUI, entre los años 2008 y 2018.

CARGO TERCERO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001, el numeral 4 de la Circular SSPD – CREG No. 0002, así como el Anexo B de la misma Resolución. Lo anterior, al no haber reportado oportunamente la información relacionada con las interrupciones de los indicadores DES y FES en los Formatos B1 "Información de Alimentadores" y B2 "Información de Transformadores" en el Sistema Único de Información – SUI, entre enero y abril de 2019.

CARGO CUARTO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001, la Resolución SSPD No. 20171300042935 del 30 de marzo de 2017 y la Resolución SSPD No. 20181000024475 del 12 de marzo de 2018. Lo anterior al no haber reportado en el Sistema Único de Información – SUI la información financiera correspondiente a las vigencias 2016 y 2017.

CARGO QUINTO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007, modificada por las Resoluciones CREG 097 de 2009 y CREG 057 de 2009, al no haber solicitado a la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible –CREG la aprobación de los cargos de distribución ni el reconocimiento del costo base de comercialización, necesarios para integrarse al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

⁴⁴ Cfr. Folio 378 de la carpeta No. 2 del expediente.

⁴⁵ Cfr. Folio 396 a 413 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁴⁶ Cfr. Folio 414 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁴⁷ Cfr. Folio 421 a 463 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁴⁸ Cfr. Folios 464 a 467 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁴⁹ Cfr. Folios 471 a 498 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁵⁰ Cfr. Folios 26 a 37 de la carpeta No. 1 del expediente.

CARGO SEXTO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 al no aplicar correctamente la metodología tarifaria para el cálculo del costo unitario, establecida en el artículo 4 de la citada Resolución.

CARGO SÉPTIMO: La **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.** presuntamente vulneró lo dispuesto en los artículos 89.1 y 99.6 de la Ley 142 de 1994, al no aplicar correctamente el esquema de subsidios y contribuciones, en los términos establecidos en el artículo 3 de la Resolución CREG 186 de 2010, modificada por la Resolución CREG 186 de 2013⁵¹.

3. FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria** el Despacho declaró probados los cargos imputados a **EMSERPUCAR**, al comprobar que esta: **(i)** incumplió los requisitos para entrar al Esquema de Incentivos y Compensaciones dentro del plazo establecido en la regulación (cargo primero), **(ii)** no cargó la información financiera y de los formatos B1 y B2 en el Sistema Único de Información (en adelante "**SUI**"), en los términos establecidos y con calidad, veracidad y confiabilidad (cargos segundo, tercero y cuarto), **(iii)** no aplicó correctamente la metodología tarifaria para el cálculo del **CU** (cargo sexto), y **(iv)** no aplicó correctamente el esquema de subsidios y contribuciones (cargo séptimo). Se precisa que el cargo quinto imputado fue archivado.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

En ese orden de ideas, el Despacho desarrollará sus argumentos en el presente acto administrativo, así: **(i)** Competencia para conocer y resolver el recurso de reposición; **(ii)** Marco normativo aplicable a las infracciones sancionadas; **(iii)** Fundamentos de la Resolución Sancionatoria; **(iv)** Pruebas en sede de recurso; **(v)** Valoración de los argumentos propuestos por **EMSERPUCAR** contra la **Resolución Sancionatoria**; y **(vi)** Conclusión.

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

El artículo 2 de la Constitución Política constituye el primer fundamento constitucional implícito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, al contemplar como fines esenciales del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ello implica que la Administración debe propender por el mantenimiento de las condiciones que permitan el disfrute de los derechos de las personas, para lo cual deberá utilizar, si es del caso, las facultades sancionatorias inherentes al ejercicio del poder público⁵².

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

Por otra parte, el artículo 370 también constitucional, establece que le 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

⁵¹ Cfr. Folios 36 (reverso) a 37 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁵² 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.

y desarrollan actividades complementarias, y se imponen las sanciones administrativas a que haya lugar, en los términos de los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994.

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

"(...) el legislador le otorgó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades especiales de vigilancia y control, además de plenos poderes sancionatorios por la violación o desconocimiento del ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos, todo lo anterior en el marco de actuación de lo dispuesto para el ejercicio y ejecución de sus competencia y funciones misionales. Cabe resaltar que la potestad sancionatoria implica la existencia de un procedimiento previo que respete el derecho de defensa y contradicción y que como resultado del mismo se llegue a la imposición de medidas en el marco del derecho de "punición" o "castigo"⁵³.

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

A su turno, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios delegó al Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible la función de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que, dentro de dichos sectores, violen las normas a las que deban estar sujetos⁵⁴.

En concordancia, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 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 revoque⁵⁵.

En el presente caso, la **Resolución Sancionatoria** fue proferida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en razón a que por medio de la Resolución SSPD No. 20191000044745 del 22 de octubre de 2019, aceptó un impedimento y asignó a su Despacho la competencia para conocer los actos administrativos en cuya fase instructiva o previa hubiera intervenido Diego Alejandro Ossa Urrea en calidad de Director Técnico de Gestión de Energía y deba intervenir como Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible⁵⁶.

Por lo anterior, le corresponde a este Despacho, en el marco de la competencia legal ya estudiada, conocer y resolver el recurso de reposición formulado por **EMSERPUCAR** mediante la comunicación SSPD No. 20215292228712 del 18 de agosto de 2021.

4.2. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS INFRACCIONES SANCIONADAS

Conforme a lo indicado en la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho encontró probado que **LA RECURRENTE** incumplió las siguientes normas:

⁵³ Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 de noviembre 26 de 2015.

⁵⁴ 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".

⁵⁵ Ley 1437 de 2011 **"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. (...)"

⁵⁶ Diego Alejandro Ossa Urrea intervino al suscribir el Informe Técnico de Gestión No. 20192200074013 del 23 de julio de 2019, el cual dio origen a la presente actuación administrativa.

4.2.1. Cargo primero

- **Ley 143 de 1994, artículo 6:**

"Artículo 6. Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

(...)

En virtud del principio de calidad, el servicio prestado debe cumplir los requisitos técnicos que se establezcan para él" (énfasis agregado).

- **Resolución CREG 097 de 2008, Anexo General, numeral 11.2.6.3:**

"11.2.6.3 Requisitos para la aplicación del esquema de incentivos y compensaciones.

La aplicación del Esquema de Incentivos y Compensaciones se iniciará para cada OR una vez cumpla con los requisitos establecidos en este numeral y se haya expedido la Resolución de que trata el numeral 11.2.6.1.

Sin perjuicio de lo anterior, el OR contará con un plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Resolución, para cumplir con estos requisitos. De no ser así, se considerará que el OR está incumpliendo la regulación de calidad del servicio.

El OR informará a la CREG el cumplimiento de los siguientes requisitos con base en los resultados de la auditoría que para el efecto debe contratar, como se indica en el numeral 11.2.5.4 de este Capítulo.

- a) Vinculación de usuarios a transformadores y circuitos. Este requisito debe estar cumplido de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 070 de 1998 y solicitado en la circular conjunta SSPD – CREG No. 002 de 2003 o demás que la complementen, modifiquen o sustituyan.*
- b) Sistema de Gestión de la Distribución descrito en el numeral 11.2.5.1.*
- c) Telemedición en elementos de corte y maniobra instalados en la cabecera de circuito.*
- d) Permiso al LAC para tener acceso directo a la Base de Datos de Interrupciones registradas en el Sistema de Gestión de la Distribución de cada OR.*
- e) Sistema de Medición y Procedimientos de Registro y Reporte del OR certificados.*

Mientras el OR comienza a aplicar el Esquema de Incentivos y/o Compensaciones deberá continuar aplicando la regulación de calidad del servicio establecido en la Resolución CREG 070 de 1998 y demás resoluciones que la modifican, complementan o sustituyen" (énfasis agregado).

4.2.2. Cargos segundo y tercero

- **Ley 142 de 1994, artículo 53:**

*"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 prestación al público sea confiable.***

En todo caso, las evaluaciones que los auditores externos hagan a las empresas de servicios públicos, deberán ser publicadas por lo menos anualmente en medios masivos de comunicación en el territorio donde prestan el servicio, si los hubiere. Esta evaluación debe ser difundida ampliamente entre los usuarios.

Las entidades encargadas de prestar los servicios públicos domiciliarios deberán informar periódicamente de manera precisa, la utilización que dieron a los subsidios presupuestales" (Énfasis agregado).

- **Ley 689 de 2001, artículo 14:**

"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.

(...)

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, deberán servir de base de información y ser concordantes con el Sistema Único de Información de que trata el presente artículo” (énfasis agregado).

- **Circular SSPD – CREG 0002 de 2003, numeral 4:**

“4. Periodicidad del reporte de la información:

➤ Información a reportar por el Operador de Red (Anexo B):

- La información de mayo de 2003 en adelante, **se debe reportar a más tardar el 15 del mes siguiente” (énfasis agregado).**

- **Circular SSPD – CREG 0002 de 2003, anexo B:**

“ANEXO B

Información a reportar por el Operador de Red

Formato B.1. Información de Alimentadores

Este formato consiste en un archivo plano tipo csv, que cumple con las especificaciones establecidas en el Anexo A y que contiene las siguientes columnas y en el orden expuesto a continuación:

Código Circuito o línea	Subestación	Usuarios	Demanda de energía	Potencia Promedio Mensual	Voltaje Nominal	Grupo	Longitud Red	Releé de Recierre	Alimentador Radial	Normalmente Abierto	Longitud	Latitud	Altitud	Propiedad (S/N)	Tipo (A/S)	Menores a 1 Minuto		Declaración de Fuerza Mayor		Otras Exclusiones		Programadas		No Programadas	
																Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26

(...)

Formato B.2. Información de Transformadores

Este formato consiste en un archivo plano tipo csv, que cumple con las especificaciones establecidas en el Anexo A y que contiene las siguientes columnas y en el orden expuesto a continuación:

Código Transformador	Código Circuito o línea	Grupo	Capacidad del Transformador	Demanda de energía	Usuarios	Longitud	Latitud	Altitud	Propiedad	Aéreo	Menores a 1 Minuto		Declaración de Fuerza Mayor		Otras Exclusiones		Programadas		No Programadas	
											Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.	Int.	Min.
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21

(...)” (énfasis agregado).

4.2.3. Cargo cuarto

- **Ley 142 de 1994, artículo 53:**

“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 prestación al público sea confiable.**

En todo caso, las evaluaciones que los auditores externos hagan a las empresas de servicios públicos, deberán ser publicadas por lo menos anualmente en medios masivos de comunicación en el territorio

donde prestan el servicio, si los hubiere. Esta evaluación debe ser difundida ampliamente entre los usuarios.

Las entidades encargadas de prestar los servicios públicos domiciliarios deberán informar periódicamente de manera precisa, la utilización que dieron a los subsidios presupuestales" (énfasis agregado).

- **Ley 689 de 2001, artículo 14:**

"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.

(...)

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, deberán servir de base de información y ser concordantes con el Sistema Único de Información de que trata el presente artículo" (énfasis agregado).

- **Resolución SSPD No. 20171300042935 de 2017, artículo 3:**

"Artículo 3. Modificar el parágrafo del artículo decimo el Capítulo V de la Resolución número 20161300013475 del 19 de mayo de 2016, el cual quedará así:

(...)

La información financiera correspondiente al cierre contable del año 2016, requerida en la presente resolución, deberá ser reportada por los prestadores de acuerdo al grupo al que pertenezcan, a más tardar en las siguientes fechas:

Grupo	Fecha
1- NIF plenas (Incluye Res. 37/17 CGN y voluntarias)	Del 30 de mayo al 2 de junio de 2017
Resolución 414/14 CGN	Del 5 al 9 de junio de 2017
2- Pymes	Del 12 al 16 de junio de 2017
3 - Microempresas	Del 20 al 23 de junio de 2017

(...)" (Énfasis agregado).

- **Resolución SSPD No. 20181000024475 de 2018, artículo 1:**

"Artículo 1. Los plazos para el cargue de la información financiera correspondiente al año 2017, son los siguientes:

Grupo	Fecha
Grupo 1- NIF plenas (incluye Res. 37/17 CGN) y grupo 3 - Microempresas	Del 27 de abril al 6 de mayo de 2018
Resolución 414/14 CGN - Pymes	Del 7 al 15 de mayo de 2018

(...)" (énfasis agregado).

4.2.4. Cargo sexto

- **Ley 142 de 1994, artículo 88.1:**

"Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de la 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 2007, artículos 2 y 4:**

“Artículo 2. 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.

(...)

Artículo 4. Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica. El costo Unitario de Prestación del Servicio consta de un componente variable de acuerdo con el nivel de consumo, expresado en \$/kWh y un componente fijo, expresado en \$/factura según se indica a continuación:

$$CUV_{n,m,i,j} = G_{m,i,j} + T_m + D_{n,m} + Cv_{m,i,j} + PR_{n,m,i,j} + R_{m,i}$$

$$CUf_{m,j} = Cf_{m,j}$$

(...) (énfasis agregado).

4.2.5. Cargo séptimo

- **Ley 142 de 1994, artículo 89.1:**

“Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

(...)

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley” (énfasis agregado).

- **Ley 142 de 1994, artículo 99.6:**

“Artículo 99. Forma de subsidiar. Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:

(...)

99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierto siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1” (énfasis agregado).

- **Resolución CREG 186 de 2010⁵⁷, artículo 3:**

“Artículo 3°. Cálculo del porcentaje de subsidio. El porcentaje de subsidio de las tarifas de los usuarios de estratos 1 y 2 de los servicios de energía eléctrica y de gas combustible por red de tubería se calculará de la siguiente forma:

⁵⁷ El artículo 1 de la Resolución CREG 198 de 2019 amplió la vigencia de la Resolución CREG 186 de 2010, hasta el 31 de diciembre de 2020.

$$\%S_{mc,e} = \left(1 - \frac{\text{Tarifa}_{mc,e}^{(0-CS)}}{C_{mc}} \right) \times 100\%$$

PARÁGRAFO. El subsidio expresado en pesos, que se discriminará en la factura del usuario, se determinará con la siguiente fórmula:

$$\text{Subsidio}_{mc,e} = \frac{\%S_{mc,e} \times C_{mc} \times \text{consumousuario}_{mc,e}^{(0-CS)}}{100}$$

Donde:

$\text{consumousuario}_{mc,e}^{(0-CS)}$	Corresponde al Consumo facturado de cero hasta el consumo de subsistencia del usuario del estrato e, en el mes de cálculo.
---	--

(...)⁵⁸.

4.3. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

4.3.1. Cargo primero

En relación con el **primer cargo** por el que fue sancionada **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

"3.2.3. Circunstancias de hecho

a) Para la fecha de suscripción del Programa de Gestión, esto es, el 12 de diciembre de 2017, **EMSERPUCAR** no había iniciado la aplicación del Esquema de Incentivos y Compensaciones previsto en la Resolución CREG 097 de 2008, en la medida en que no había acreditado el cumplimiento de los requisitos del numeral 11.2.6.3 de su Anexo General dentro el plazo de dieciocho (18) meses establecido para ello, contados desde el 6 de octubre de 2008, fecha en la cual entró en vigencia la referida Resolución.

b) En consecuencia, se incluyeron en el Programa de Gestión las siguientes acciones específicas a realizar por **LA INVESTIGADA** en relación con la aplicación de dicho esquema:

Tabla No. 1. Anexo 2 del Programa de Gestión: Matriz de seguimiento al Programa de Gestión

OBJETIVO	ACTIVIDADES	INDICADOR DE CUMPLIMIENTO DE LA ACTIVIDAD	META PARCIAL INDICADOR	META INDICADOR	FECHA INICIO ACTIVIDAD	FECHA FINAL ACTIVIDAD
Realizar la vinculación usuario - transformador - circuito de la infraestructura de distribución operada por la empresa.	1. Gestionar la adquisición del módulo GIS de georreferenciación de la red el cual cumpla con los requisitos establecidos en la resolución 097 de 2008, emanada de la CREG. 2. Realizar levantamiento y georreferenciación de la red de media y baja tensión, de los transformadores de distribución y de los usuarios. 3. Sobre la georreferenciación, realizar la vinculación usuario - transformador - circuito.	(No. de usuarios vinculados y georreferenciados)/(No. de usuarios totales de la empresa) (No. de transformadores vinculados y georreferenciados)/(No. de transformadores totales de la empresa).	Gestionar la instalación de un sistema de gestión de distribución el cual incluya el GIS y el SCADA.	100%	Día hábil siguiente a la aprobación del programa de gestión por parte de la SSPD	11 de octubre de 2018

⁵⁸ El artículo 2 de la Resolución 186 de 2010 determina la forma en la cual las variables o componentes deben entenderse. Así, para la fórmula definida en el artículo 3 las variables se entienden de la siguiente manera:

Mc	Mes para el cual se calcula la tarifa.
$\%S_{mc,e}$	Porcentaje de Subsidio para el estrato e, calculado para el mes de cálculo mc.
C_{mc}	Costo de Prestación del Servicio para el mes de cálculo mc.
$\text{Tarifa}_{mc}^{(0-CS)}$	Tarifa a aplicar en el mes de cálculo para el estrato e, en el rango de consumo entre cero (0) y el CS.

Implementar telemedición en los elementos de corte y maniobra instalados en la cabecera de los circuitos de la empresa.	1. Gestionar la instalación del módulo SCADA adecuado para el tamaño de la red el cual cumpla con los requisitos establecidos en la Resolución 097 de 2008, emanada de la CREG. 2. Implementar el sistema de comunicaciones entre las subestaciones y el SCADA. 3. Realizar comunicación y pruebas entre el SCADA y los elementos telecontrolados.	(No. de circuitos telecontrolados)/(No. de total de circuitos de la empresa)	Gestionar la instalación de un sistema de gestión de distribución el cual incluya el GIS y el SCADA.	90%	Día hábil siguiente a la aprobación del programa de gestión por parte de la SSPD	30 de junio de 2018
---	--	--	--	-----	--	---------------------

Fuente: Programa de Gestión⁵⁹

c) Sin embargo, tras revisar los resultados del cumplimiento de los compromisos adquiridos por **LA INVESTIGADA**, se evidenció que, para el 30 de septiembre de 2018, **EMSERPUCAR** no contaba con un sistema o software "SCADA", necesario para implementar su Sistema de Gestión de la Distribución. Veamos:

Tabla No. 2. Porcentaje de cumplimiento de implementación del tópico técnico y de calidad concertado en el Programa de Gestión suscrito entre la DGTE y EMSERPUCAR

OBJETIVO	ACTIVIDAD(ES)	INDICADOR DE CUMPLIMIENTO DE LA ACTIVIDAD	META PARCIAL INDICADOR	META INDICADOR	FECHA INICIO ACTIVIDAD	FECHA FINAL ACTIVIDAD	PORCENTAJE CUMPLIMIENTO III TRIMESTRE 2018
TÉCNICOS Y DE CALIDAD							0%
Implementar telemedición en los elementos de corte y maniobra instalados en la cabecera de los circuitos de la empresa.	1. Realizar compra del módulo SCADA adecuado para el tamaño de la red el cual cumpla con los requisitos establecidos en la resolución 097 de 2008, emanada de la CREG. 2. Implementar el sistema de comunicaciones entre las subestaciones y el SCADA. 3. Realizar comunicación y pruebas entre el SCADA y los elementos telecontrolados.	(No. de circuitos telecontrolados)/(No. de total de circuitos de la empresa)	Gestionar la instalación de un sistema de gestión de distribución el cual incluya el GIS y el SCADA.	90%	Día hábil siguiente a la aprobación del programa de gestión por parte de la SSPD	30 de junio de 2018	0%

Fuente: Tercer informe de seguimiento al programa de gestión⁶⁰

d) Posteriormente, mediante comunicación SSPD No. 20192200289501 del 30 de abril de 2019⁶¹, la **DTGE** requirió a la **CREG** para que informara si **LA INVESTIGADA** había allegado el Informe de Auditoría donde constara la implementación de todos los requisitos necesarios para la puesta en marcha del Esquema de Incentivos y Compensaciones.

e) Mediante comunicación SSPD No. 20195290453592 del 7 de mayo de 2019⁶², la **CREG** informó que a la fecha de expedición de dicha respuesta **EMSERPUCAR** no había ingresado aún al referido esquema.

3.2.4. Análisis del cargo imputado

De acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente, para la fecha de apertura de la presente investigación administrativa, esto es, el 20 de septiembre de 2019, **LA INVESTIGADA** no había ingresado el Esquema de Incentivos y Compensaciones previsto en la Resolución CREG 097 de 2008, en la medida en que no había acreditado ante la **CREG** los requisitos establecidos del numeral 11.2.6.3 del Anexo General de dicha Resolución.

En ese sentido, el 6 de abril de 2010 era la fecha límite para que **LA INVESTIGADA** hubiera ingresado al mencionado esquema. Transcurridos más de siete años desde dicha fecha y con el fin de que la empresa lograra entrar al esquema, se fijaron unos objetivos en el Programa de Gestión, los cuales fueron también incumplidos.

⁵⁹ Página 15 del Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁰ Cfr. folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

Al respecto, mediante la comunicación SSPD No. 20195291164182 del 16 de octubre de 2019, **EMSERPUCAR** presentó escrito de descargos, argumentando frente a este incumplimiento lo siguiente:

“A partir de los compromisos adquiridos por EMSERPUCAR E.S.P, es necesario manifestar que la fecha que propuso la entidad para dar cumplimiento y posterior aplicación al Esquema de Incentivos y Compensaciones era irrisoria de acuerdo a (sic) la capacidad técnica y presupuestal.

Es de resaltar que EMSERPUCAR E.S.P en su planta de personal de cargos no cuenta con un profesional en ingeniería eléctrica y/o áreas afines que oriente los procesos para el cumplimiento a la normatividad que regula el sector. Es por ello que, frente a las acciones propuestas por la SSPD se propusieron fechas que de antemano, y por el desconocimiento del proceso, eran imposibles de cumplir por la insuficiencia de recursos económicos para sufragar en menos de un (01) año la adquisición de un sistema de medición como el SCADA”.

Adicionalmente, afirmó haber celebrado “(...) el contrato de prestación de servicios profesionales N° 006 con la empresa DESARROLLO, INGENIERÍA MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DIMICO S.A.S” y al respecto, adujo:

“El contratista se obligó a “Realizar la vinculación usuario-transformador-circuito de la infraestructura de distribución de energía eléctrica operada por EMSERPUCAR S.A ESP (...). Con fundamento en el trabajo de campo que realizó el contratista, se obtuvo un diagnóstico de lo que se requería para gestionar la instalación del módulo SCADA y GIS (...) arrojando que el resultado de la inversión para la implementación del sistema SCADA oscilaba en \$1.916.342.317 millones de pesos.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que, al momento de suscripción del Programa de Gestión, EMSERPUCAR E.S.P desconocía todo el andamiaje presupuestal y de carácter técnico que debía adquirir para dar cumplimiento al compromiso adquirido. De otra parte, el presupuesto de ingresos en los cuatro servicios para la vigencia 2018 correspondía a \$5.900.000.000 M/Cte y para el 2019 \$7.271.683.661 M/Cte, lo que nos permite concluir que la inversión a realizar para dar cumplimiento a la normatividad presuntamente vulnerada debería hacerse al menos con el presupuesto de cinco vigencias”.

*Lo primero que debe precisar el Despacho, es que es absolutamente inconcebible e irresponsable que en este momento **LA INVESTIGADA** manifieste que adquirió compromisos en el Programa de Gestión desconociendo el alcance de los mismos, no solo porque el desconocimiento de “todo el andamiaje presupuestal y de carácter técnico” se da más de siete años después de cuando se debía atender la obligación regulatoria, sino que ello evidencia la falta de interés de la empresa en comprometerse realmente con una mejora en la prestación del servicio público a su cargo.*

*Resulta pertinente recordar que, al momento de suscribir el Programa de Gestión, **EMSERPUCAR** se comprometió a dar cumplimiento, entre otros aspectos, a lo estipulado en el numeral cuarto del acápite “CONDICIONES”, el cual advierte:*

***“CUARTO. Recursos. EMSERPUCAR se compromete a gestionar y obtener los recursos necesarios para el cumplimiento de todos los compromisos aquí acordados, sin que sea posible alegar como excusa frente a su incumplimiento la ausencia de éstos”**⁶³ (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

*Considerando lo anterior, no es de recibo del Despacho que **LA INVESTIGADA** aduzca el desconocimiento de las gestiones presupuestales y técnicas necesarias para ingresar al Esquema de Incentivos y Compensaciones previsto en la Resolución CREG 097 de 2008 como justificación de su incumplimiento, pues lo cierto es que la suscripción del Programa de Gestión entre **EMSERPUCAR** y la **SSPD** da cuenta del conocimiento por parte de la empresa respecto a las condiciones pactadas en el mismo, incluyendo su compromiso de gestionar y obtener los recursos necesarios para el cumplimiento de lo acordado, sin que fuere posible eventualmente alegar como excusa la carencia de dichos recursos.*

*Adicionalmente, en el marco de lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 143 de 1994, se tiene que los costos de inversión de las redes de interconexión, trasmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido los costos de oportunidad de capital, administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad, serán cubiertos por los cargos asociados con el acceso y el uso del Sistema Interconectado Nacional (en adelante “**SIN**”).*

Adicionalmente, el artículo 45 de la Ley ibidem estableció que:

⁶³ Página 8 del Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

“Artículo 45. Los costos de distribución que servirán de base para la definición de tarifas a los usuarios regulados del servicio de electricidad, por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas tendrán en cuenta empresas eficientes de referencia según áreas de distribución comparables, teniendo en cuenta las características propias de la región, tomarán en cuenta los costos de inversión de las redes de distribución, incluido el costo de oportunidad de capital y los costos de administración, operación y mantenimiento por unidad de potencia máxima suministrada. Además, tendrán en cuenta niveles de pérdidas de energía y potencia característicos de empresas eficientes comparables” (Énfasis agregado).

A partir de lo anterior, se evidencia que las inversiones que debían realizar los **OR** con ocasión a las disposiciones contenidas en la Resolución CREG 097 de 2008 se encuentran cubiertas por un esquema de eficiencia, economía y distribución equitativa, el cual busca proteger financieramente la gestión de las empresas, y habría permitido a **EMSERPUCAR** recuperar las inversiones necesarias para dar cumplimiento a la regulación.

De esta manera, no es dable desconocer la existencia de un incumplimiento de la regulación durante más de nueve (9) años por parte de **LA INVESTIGADA**, pues lo cierto es que, para el 6 de abril de 2010, los prestadores del servicio de distribución regional y local de energía eléctrica debían cumplir con los requisitos necesarios para ingresar al Esquema de Incentivos y Compensaciones, y para el 20 de septiembre de 2019 **EMSERPUCAR** aún no lo había hecho.

Así las cosas, el Despacho concluye que **LA INVESTIGADA** vulneró la obligación contenida en el numeral 11.2.6.3 del Anexo General de la Resolución CREG 097 de 2008, así como el principio de calidad previsto en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, al no cumplir con los requisitos necesarios para ingresar al esquema de calidad exigible, sin que los argumentos aquí estudiados hayan logrado desvirtuar su incumplimiento, razón por la cual éstos serán desestimados⁶⁴.

4.3.2. Cargos segundo y tercero

En relación con el **segundo y tercer cargo** imputado a **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

“3.3.3. Circunstancias de hecho

a) En ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, la **DTGE** consultó el estado de la información reportada por **EMSERPUCAR** en el **SUI** correspondiente a los Formatos B1 “Información de Alimentadores” y B2 “Información de Transformadores”, evidenciando que, entre enero de 2008 y diciembre de 2018, ésta reportó dichos formatos con la variable “no aplica”, como se evidencia a continuación:

Tabla No. 3. Número de Formatos B1 y B2 (Años 2008 a 2018) cuyo Estado es “Certificado No Aplica”.

FORMATO	Estado: Certificado No Aplica										
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
INFORMACIÓN BÁSICA DE CIRCUITOS E INTERRUPCIONES - ALIMENTADORES	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12
INFORMACIÓN BÁSICA DE CIRCUITOS E INTERRUPCIONES - TRANSFORMADORES VARIOS MERCADOS	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12

Fuente: Informe Técnico de Gestión⁶⁵.

b) En consecuencia, en el Programa de Gestión se acordó que **LA INVESTIGADA** corregiría la información de interrupciones del servicio en los Formatos B1 y B2 desde el año 2015 a la fecha de suscripción de aquél, solicitando la reversión en caso de haberse certificado como “no aplica”⁶⁶.

c) No obstante, el 30 de septiembre de 2018, la **DTGE** emitió el Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión, según el cual “(...) la empresa no ha dado cumplimiento a este objetivo hasta que cumpla con el correcto cargue de la información”⁶⁷.

d) Posteriormente, la **DTGE** identificó que, para los meses de enero a abril de 2019, **EMSERPUCAR** no realizó los reportes de información de los citados Formatos B1 y B2, como se observa en la siguiente tabla:

⁶⁴ Cfr. Folio 398 (reverso) a 400 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁶⁵ Cfr. Folio 6 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁶ Página 16 del Programa de Gestión el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁷ Páginas 10 y 11 del Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

Tabla No. 4. Estado de cargue de **EMSERPUCAR** respecto de los Formatos B1 y B2 - enero a abril de 2019

FORMATO 2019		Estado: Pendiente
INFORMACIÓN BÁSICA DE CIRCUITOS E INTERRUPCIONES - ALIMENTADORES	E	4
INFORMACIÓN BÁSICA DE CIRCUITOS E INTERRUPCIONES - TRANSFORMADORES VARIOS MERCADOS	E	4

Fuente: Informe Técnico de Gestión⁶⁸.

e) A la fecha de remisión del Informe Técnico de Gestión por parte de la **DTGE**⁶⁹, **LA INVESTIGADA** aún no había corregido la información de los Formatos B1 y B2 en el **SUI** desde el año 2008 hasta el 2018, ni realizado el reporte de la misma para los meses de enero a abril de 2019.

3.3.4. Análisis de los cargos imputados

En el caso concreto, se observa que aun cuando **LA INVESTIGADA** debió reportar las interrupciones mensuales por circuito de su mercado, durante el período comprendido entre los años 2008 y 2018 cargó al **SUI** la información correspondiente a los Formatos B1 y B2 en la variable “no aplica”, incumpliendo su obligación de reportar información **consistente y de calidad**, con lo cual vulneró lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001 y el Anexo de la Circular SSPD – CREG No. 0002 de 2003.

Al respecto, **EMSERPUCAR** indicó:

“(…) la Dirección de Investigaciones al formular el cargo segundo y tercero presenta contradicción en su redacción, pues en la descripción de los hechos que le sirven de causa a la presente investigación manifiesta que **EMSERPUCAR E.S.P** no reporta información consistente y de calidad. Sin embargo, el suscrito considera que la información requerida por la SSPD se obtiene del sistema SCADA, el cual (...) aún no se ha adquirido por parte de la empresa, motivo por el cual, reportar la información como no aplica obedece a que aún no se encuentra el esquema de incentivos y compensaciones aprobado por la CREG, de manera que, la información que se reporta a la plataforma SUI es veraz pues en efecto no aplica al no tener los equipos de medición para hacerlo⁷⁰ (Énfasis agregado).

Frente a lo argumentado, sea lo primero señalar que el objetivo del sistema SCADA es centralizar la información necesaria para monitorear y controlar las redes eléctricas de distribución, por lo cual su operatividad depende de los activos energéticos que sean monitoreados. No obstante, la implementación de este sistema no riñe con la posibilidad de que los operadores empleen las herramientas que consideren idóneas (teniendo en cuenta su condición económica, tecnológica y operativa) para llevar un control de las interrupciones que se presentan en su sistema de distribución. De hecho, al iniciar el esquema de incentivos y compensaciones adoptado mediante la Resolución CREG 097 de 2008, era posible implementar herramientas manuales para el cumplimiento de las obligaciones regulatorias.

Dicho esto, el Despacho precisa que la defensa de **LA INVESTIGADA** se refiere únicamente a la conducta reprochada en el cargo segundo, es decir, aquel referente al reporte carente de veracidad, confiabilidad y calidad de la información relacionada con las interrupciones de los indicadores **DES** y **FES** en los Formatos B1 “Información de Alimentadores” y B2 “Información de Transformadores”.

Pues bien, contrario a lo argumentado por **LA INVESTIGADA**, certificar la información correspondiente a los formatos B1 “Información de Alimentadores” y B2 “Información de Transformadores” en la variable “no aplica”, implica que entre enero de 2008 y diciembre de 2018 no se presentaron interrupciones en la prestación del servicio, situación que no resulta acorde con la realidad de los sistemas de eléctricos.

Precisamente, la regulación de calidad del servicio de energía reconoce tal hecho y establece un margen de interrupciones permitidas a los prestadores, dadas las condiciones de su mercado y la infraestructura de la red. Por lo tanto, que **LA INVESTIGADA** no reportara en el **SUI** la información correspondiente a las interrupciones de los indicadores de calidad **DES** y **FES** para el periodo antes referido, da cuenta de su incumplimiento de la normativa reprochada, máxime cuando dicha información tiene relación directa con la calidad del servicio, obligación principal de todos los prestadores.

De otra parte, se advierte que, entre los meses de enero y abril de 2019, **LA INVESTIGADA** incumplió con el deber de cargar **oportunamente** la información de los referidos formatos, con lo cual, se vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001, el numeral 4 y el anexo B de la Circular SSPD – CREG No. 0002 de 2003.

⁶⁸ Cfr. Folio 6 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁶⁹ Esto es 23 de julio de 2019.

⁷⁰ Cfr. Folio 135 de la carpeta No. 1 del expediente.

Pues bien, es preciso recordar que la información reportada por los prestadores en el **SUI** debe cumplir con los requisitos de **consistencia, calidad y oportunidad** en el cargue, toda vez que la ausencia de estas características impide a la **SSPD** desarrollar sus funciones conforme lo establece la regulación.

Precisamente, los numerales 1 y 2 de la Circular Externa SSPD No. 000001 del 25 de enero de 2006⁷¹, ponen de presente la importancia de reportar información veraz, consistente y de calidad por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con el fin de asegurar la buena marcha del servicio, así como la protección de los derechos de los usuarios. Adicionalmente, tal información es fundamental para que otras autoridades como la **CREG**, el Ministerio de Minas y Energía y la Unidad de Planeación Minero Energética, desarrollen sus funciones de regulación y planeación.

De igual forma, los reportes de información al **SUI** cuentan con unos plazos estipulados por la regulación, lo cuales deben ser cumplidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, toda vez que estos términos "(...) constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley establece para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse (...) Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables"⁷². Igualmente, por cuanto el "(...) cumplimiento de los términos desarrolla el principio de seguridad jurídica que debe gobernar los procesos y actuaciones"⁷³.

Así las cosas, el Despacho concluye que **LA INVESTIGADA** vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001 y el numeral 4 y Anexo B de la Circular SSPD – CREG No. 0002 de 2003, al haber cargado al **SUI** información relacionada con las interrupciones de los indicadores DES y FES carente de veracidad, confiabilidad y calidad en el Sistema Único de Información –SUI, entre los años 2008 y 2018, y al no haber reportado oportunamente la información relacionada con las interrupciones de dichos indicadores entre enero y abril de 2019; sin que los argumentos aquí estudiados, hayan logrado desvirtuar su incumplimiento, razón por la cual éstos serán desestimados⁷⁴.

4.3.3. Cargo cuarto

En relación con el **cuarto cargo** imputado a **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

"3.4.3. Circunstancias de hecho

a) En ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, la **DTGE** identificó que **LA INVESTIGADA** no había llevado a cabo las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la nueva normativa en materia financiera, esto es, las Normas Internacionales de la Información Financiera (en adelante "**NIIF**") para las vigencias 2016 y 2017.

b) En consecuencia, en el Anexo 2 del Programa de Gestión quedaron estipulados los siguientes objetivos en relación con la información financiera que **EMSERPUCAR** debía reportar:

"(...)

- Realizar el cargue y certificación al SUI de los formularios A1, A2, A3, A4, B y C, según la clasificación seleccionada por el prestador, que evidencie las acciones emprendidas por el prestador para dar aplicación al Decreto 2420 del 2015 a los nuevos marcos normativos de información financiera.
- Realizar el cargue y certificación al SUI de los formularios y formatos contenidos en las Resoluciones SSPD 20141300033795 del 30 de julio de 2014 y SSPD 20151300020385 del 29 de julio de 2015, para los preparadores de información financiera de acuerdo con el grupo en que se clasifique y la fecha de transición correspondiente.
- Realizar el cargue y certificación al SUI de los formatos bajo cargue masivos contenidos en la Resolución SSPD 20151300028355 del 29 de julio de 2015 o la taxonomía 2016 Individual Grupos 2, Voluntarios G1 y Resolución 414 CGN según Resolución SSPD 20161300013475, para los preparadores de información financiera de acuerdo con el grupo en que se clasifique referente a estados financieros de cierre de transición⁷⁵.

⁷¹ "Vigilancia y control de la consistencia y calidad de información reportada al Sistema Único de Información – SUI".

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-012/02, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. Folio 401 a 402 de la carpeta No. 3 del expediente.

⁷⁵ Páginas 16 a 18 del Anexo 2 "Matriz de Seguimiento al Programa de Gestión" el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

c) De acuerdo con el Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión⁷⁶, **EMSERPUCAR** solicitó la modificación del plan contable del año 2014, necesaria para cargar la información del Estado de Situación Financiera de Apertura, y continuar con el proceso de implementación de las **NIIF**.

d) No obstante, la **DTGE** encontró que la referida solicitud no cumplía con los requisitos necesarios para aprobar la reversión del plan contable del año 2014, conforme al marco normativo definido por la SSPD en la Resolución No. 20121300035485 del 14 de noviembre de 2012, vigente hasta octubre del año 2017.

e) En consecuencia, dado que **LA INVESTIGADA** no realizó la reversión del plan contable del año 2014, tampoco cargó la información del Estado de Situación Financiera de Apertura, ni continuó con el proceso de implementación de las **NIIF**, lo que le ha impedido cargar la información financiera en el **SUI** correspondiente a las vigencias 2016 y 2017.

3.4.4. Análisis del cargo imputado

A la luz de lo dispuesto en las Resoluciones SSPD No. 20151300020385 de 2015, No. 20161300013475 de 2016 y No. 20171300042935 de 2017, para reportar la información financiera correspondiente a los años 2016 y 2017, **EMSERPUCAR** debía certificar el proceso de convergencia a **NIIF** y el cargue del Estado de Situación Financiera de Apertura al **SUI** a más tardar el 31 de diciembre de 2015.

Asimismo, según lo dispuesto en las Resoluciones No. 20171300042935 de 2017 y No. 20181000024475 de 2018, para el Grupo 414 al que pertenece **LA INVESTIGADA**⁷⁷, el reporte de la información financiera correspondiente al cierre contable de los años 2016 y 2017 debía realizarse a más tardar el 9 de junio de 2017 y el 15 de mayo de 2018, respectivamente.

En el presente caso, **EMSERPUCAR** no reportó la información contable de los años 2016 y 2017, pues al no solicitar la reversión en debida forma de la información del plan contable de 2014, no fue posible validar el cargue del Estado de Situación Financiera de Apertura y dar inicio a la transición al nuevo marco **NIIF**, configurándose con ello, el incumplimiento reprochado en la presente actuación administrativa.

Al respecto, **LA INVESTIGADA** indicó:

"Para el cumplimiento de este compromiso **EMSERPUCAR E.S.P** celebró para la vigencia 2018 contrato de prestación de servicios profesionales con la sociedad comercial **CBC CONSULTORES S.A.S**, cuyo objeto fue: "Prestar los servicios profesionales de asesoría y acompañamiento en la implementación del régimen de contabilidad pública en convergencia con estándares internacionales de información financiera **NIIF PYMES**, para el cumplimiento del programa de gestión celebrado el 12 de diciembre de 2017 entre la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Cartagena del Chairá y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Sobre el particular, el año pasado fue implementado en la empresa el proceso contable de acuerdo a (sic) los estándares internacionales de información financiera **NIFF** (sic) **PYMES**.

Del mismo modo, mediante oficio **DG-SEC-0279-2018** del 06 de junio de 2018, **EMSERPUCAR E.S.P** solicitó al Grupo del Sistema Único de Información de la SSPD, la reversión del Formato 11 – Hoja de trabajo, a efectos de dar cumplimiento a la Resolución 20101300048765 del 14 de diciembre de 2010, y de esa manera la plataforma permitiera el cargue del plan de cuenta 2014, de la solicitud formulada a la SSPD no se había obtenido respuesta, hasta la fecha de notificación del presente pliego de cargos"⁷⁸.

Asimismo, señaló que mediante oficio **DG-SEC-0280-2018** del 6 de junio de 2018, solicitó que "(...) fuese habilitado el link donde se reportan los planes únicos de cuentas hasta la vigencia 2016 (...) con el objetivo de reportar la información contable conforme al proceso de convergencia **NIIF**"⁷⁹.

Respecto al argumento relacionado con las acciones adelantadas para dar cumplimiento a la normatividad contable, con fundamento en la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales con la sociedad comercial **CBC CONSULTORES S.A.S.**, es importante precisar que si bien el Despacho valora los esfuerzos de **EMSERPUCAR** al gestionar la asesoría para la implementación de las **NIIF** a la luz de lo dispuesto en las normas de contabilidad e información

⁷⁶ Página 12 del Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁷⁷ De acuerdo con la clasificación realizada por la Contaduría General de la Nación, la cual puede ser consultada a través del siguiente enlace: http://www.contaduria.gov.co/entidades-sujetas-al-ambito-de-la-resolucion-no-414-2014-y-sus-modificaciones/-/document_library/LbCWtDomfeW2/view_file/396541

⁷⁸ Cfr. Folios 135 a 136 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁷⁹ Cfr. Folio 136 de la carpeta No. 1 del expediente.

financiera y de aseguramiento de la información aceptadas en Colombia, lo cierto es que para el momento en que se formuló el cargo, la información financiera correspondiente a las vigencias 2016 y 2017 no había sido reportada al **SUI**.

Ahora bien, respecto a la solicitud de reversión del plan contable del año 2014 presentada por **LA INVESTIGADA** ante la **SSPD**, no es de recibo para el Despacho que esta alegue no haber recibido respuesta alguna, dado que para el 30 de septiembre de 2018, fecha de corte del tercer y último informe de seguimiento al Programa de Gestión⁸⁰, la **DTGE** había dado respuesta en el sentido de advertir que dicha solicitud no cumplía con los requisitos necesarios para aprobar la reversión del plan contable referido, y en ese sentido señaló que “En la última reunión (...) se le informó la manera como debía solicitar la información (...)”⁸¹ (Énfasis agregado).

En igual sentido, de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, el Despacho no encuentra que **EMSERPUCAR** hubiese presentado ante la **SSPD** una nueva solicitud de reversión del plan contable del año 2014, omitiendo con ello la modificación del mismo y afectando por tanto la validación de cargue del Estado de Situación Financiera de Apertura, requisito indispensable para dar inicio a la transición al nuevo marco de las **NIIF**. Así, del anterior incumplimiento se desprende a su vez la falta de reporte de la información financiera correspondiente a las vigencias 2016 y 2017 en el **SUI**.

De esta manera, como se mencionó previamente, los reportes de información al **SUI** tienen unos plazos estipulados por la regulación, los cuales deben ser cumplidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por cuanto estos términos “Constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley establece para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse (...). Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables”⁸².

Finalmente, en relación con el argumento presentado por **LA INVESTIGADA** según el cual solicitó la habilitación de la plataforma para cargar el plan contable de la vigencia del año 2016, se reitera que el hecho de que **EMSERPUCAR** no hubiese efectuado la reversión y posterior modificación del plan contable del año 2014, siendo ésta necesaria para validar el cargue del Estado de Situación Financiera de Apertura, el cual a su vez era requisito para iniciar la transición al nuevo marco **NIIF**, dio lugar a que no se efectuara el reporte de la información financiera correspondiente a las vigencias 2016 y 2017 en el **SUI**, por lo que no se podía habilitar la respectiva plataforma.

Así las cosas, el Despacho concluye que **LA INVESTIGADA** vulneró lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 689 de 2001, la Resolución SSPD No. 20171300042935 del 30 de marzo de 2017 y la Resolución SSPD No. 20181000024475 del 12 de marzo de 2018, al no haber reportado en el **SUI** la información financiera correspondiente a las vigencias 2016 y 2017; sin que los argumentos aquí estudiados, hayan logrado desvirtuar su incumplimiento, razón por la cual éstos serán desestimados”⁸³.

4.3.4. Cargo sexto

En relación con el **sexto cargo** imputado a **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

“3.5.3. Circunstancias de hecho

a) En ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, la **DTGE** realizó una visita administrativa a **EMSERPUCAR** los días 26 y 27 de julio de 2016⁸⁴, encontrando que aunque la empresa se inscribió en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (en adelante “**RUPS**”) indicando su ingreso al **SIN** en calidad de comercializador y distribuidor, no contaba con la aprobación de los cargos de distribución ni el reconocimiento del costo base de comercialización por parte de la **CREG**.

b) En consecuencia, la **DTGE** realizó las respectivas observaciones y recomendaciones, solicitando a **EMSERPUCAR** llevar a cabo el proceso de solicitud de aprobación de cargos de distribución y costo base de comercialización ante la **CREG**⁸⁵.

c) Mediante comunicación SSPD No. 20172200990691 del 26 de julio de 2017⁸⁶, la **DTGE** solicitó a la **CREG** información sobre posibles acercamientos o solicitudes de aprobación de cargos de distribución y del costo base de comercialización que hubiera realizado **EMSERPUCAR**.

⁸⁰ Página 12 del Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-012 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸³ Cfr. Folio 402 (reverso) a 403 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

⁸⁴ Acta de visita con fecha del 26 y 27 de julio de 2016, la cual puede ser consultada en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁸⁵ Cfr. Folio 11 (reverso) de la carpeta No. 1 del expediente.

⁸⁶ Cfr. medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

d) En respuesta al anterior requerimiento, mediante comunicación SSPD No. 20175290672002 del 22 de agosto de 2017⁸⁷, la **CREG** manifestó:

"(...) la última actuación con la que cuenta es del año 2015 en donde mediante comunicación con radicado S-2015-005007, copia de la cual se anexa con la presente comunicación, se le informa que de acuerdo con la regulación existen dos posibilidades ante la integración del Sistema Interconectado Nacional, SIN, de una red que pertenecía a las ZNI".

e) En consecuencia, y en aras de ajustar a la regulación la entrada al **SIN** por parte de **EMSERPUCAR**, la **DTGE** acordó con la empresa, en el marco del Programa de Gestión, diferentes compromisos que ésta debía cumplir en relación con los objetivos tarifarios, tales como⁸⁸:

- Obtener la aprobación de los cargos de distribución y de comercialización por parte de la **CREG**.
- Diseñar e implementar un procedimiento para el cálculo del **CU**, el cual permita verificar puntos de control, fuentes de información y oportunidad de entrega de información que contenga instructivos para el cálculo de cada componente de éste.

f) No obstante, se encontró que, al 30 de septiembre de 2018, fecha de corte del tercer y último informe, **EMSERPUCAR** no había dado cumplimiento a los anteriores compromisos, mediante los cuales se pretendía subsanar y corregir, entre otras, las inconsistencias generadas por la omisión de la empresa frente al cabal cumplimiento del proceso de transición al **SIN**.

g) Mediante comunicación SSPD No. 20192200302991 del 7 de mayo de 2019⁸⁹, la **DTGE** solicitó a la **CREG** información sobre posibles solicitudes de aprobación de cargos de distribución y del costo base de comercialización por parte de **EMSERPUCAR**.

h) En respuesta a lo anterior, mediante comunicación SSPD No. 20195290491562 del 16 de mayo de 2019⁹⁰, la **CREG** manifestó:

"(...)

1. Con la comunicación radicada en la CREG bajo el número E-2018-000542 del 23 de enero de 2018, **Emserpucar solicitó a la Comisión la aprobación de Cargos y costos de distribución con base en la Resolución CREG 097 de 2008**.

(...)

3. **Dado que la información suministrada por Emserpucar tenía inconsistencias, mediante la comunicación radicada en la CREG bajo el número S-2018-002700, esta Comisión le solicitó corregir la información para proceder a realizar la publicación de que trata el parágrafo 2 del artículo 19 de la citada resolución, en un plazo de cinco (5) días.**

(...)

5. Con las comunicaciones radicadas en la CREG bajo los números E-2018-007592 y E-2018-008819, **la empresa dio respuesta extemporánea al requerimiento**.

6. Con el radicado I-2018-003932 **la Comisión promulgó el auto de desistimiento de la solicitud que fue comunicado con el radicado S-2018-003944**.

(...)

1. Con la comunicación radicada en la CREG bajo el número E-2018-005326, **Emserpucar entregó la información de los formatos de la circular CREG 007 de 2015 relacionada con la Resolución CREG 180 de 2014, para solicitar la aprobación del costo base de comercialización y riesgos de cartera.**

2. Con la comunicación S-2018-004027 la CREG dio respuesta en el sentido de que, **para ser comercializador incumbente, requiere previamente la aprobación de cargos de distribución, o de lo contrario, para ser comercializador entrante, en el artículo 23 de la Resolución CREG 180 de 2014 se plantea el mecanismo a seguir. (...)** (Énfasis agregado).

(...)

⁸⁷ *Ibídem*.

⁸⁸ Cfr. Anexo 2 del Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁸⁹ Cfr. medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁹⁰ *Ibídem*.

3.6.3. Circunstancias de hecho

Corresponden a las mismas circunstancias descritas en el numeral 3.5.3 del presente acto administrativo.

3.6.4. Análisis del cargo imputado

La Resolución CREG 119 de 2007 establece la fórmula tarifaria general del **SIN** para todos los comercializadores minoristas. En particular, el artículo 2 de la mencionada Resolución dispone (en concordancia con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994), que las empresas que desarrollen la actividad de comercialización, al fijar las tarifas a sus usuarios finales regulados, se someterán a un régimen de libertad regulada, debiendo aplicar la fórmula tarifaria general establecida por la **CREG** en el artículo 4 de dicha Resolución, o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan, a saber:

"Artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007: Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica. El Costo Unitario de Prestación del Servicio consta de un componente variable de acuerdo con el nivel de consumo, expresado en \$/kWh, y un componente fijo, expresado en \$/factura, según se indica a continuación:

$$CUV_{n,m,i,j} = G_{m,i,j} + T_m + \boxed{D_{n,m}} + \boxed{Cv_{m,i,j}} + PR_{n,m,i,j} + R_{m,i}$$

$$CUf_{m,j} = \boxed{Cf_{m,j}}$$

(...)" (Énfasis agregado).

Por su parte, en el párrafo del artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007, se establecen las siguientes precisiones que deben seguir los prestadores de las **ZNI** que se han integrado físicamente al **SIN** como un mercado independiente, para liquidar la fórmula tarifaria general, mientras la **CREG** aprueba la solicitud de los cargos de la empresa:

- El componente de la actividad de generación debe ser sustituido por los costos de compra de energía en el **SIN**.
- Los costos de transmisión deberán ser reemplazados por los cargos dispuestos para el Sistema de Transmisión Regional (en adelante "**STR**").
- Para el cargo de distribución se deberá agregar el cobro por conceptos de cargos de distribución de niveles superiores que realice el **OR** al cual se conecta la **ZNI**.
- El cargo de comercialización deberá corresponder con el aprobado para las **ZNI**, mientras que los demás cargos de la fórmula tarifaria general del **SIN** podrán ser aplicados por el prestador del servicio, el mes siguiente a la interconexión.

Conforme lo expuesto, se observa que un error en el cálculo de cualquiera de las variables que conforman la fórmula tarifaria general del **SIN** y en particular en los Componentes de Distribución (Costo por Uso del Sistema de Distribución ($D_{n,m}$) o Comercialización (Costo Base de Comercialización ($Cf_{m,i}$) y Margen de Comercialización ($Cv_{m,i}$))⁹¹, da lugar a que el Costo Unitario de Prestación del Servicio (en adelante "**CU**") cobrado a los usuarios sea errado, razón por la cual, su determinación debe seguir íntegramente el procedimiento descrito en la regulación.

En igual sentido, el desconocimiento de cualquiera de los procesos dispuestos en la normativa aplicable, representa una escisión entre la tarifa efectivamente cobrada y la que debió ser recaudada por el operador.

Así pues, ya que **EMSERPUCAR** no contaba con la aprobación del Costo Base de Comercialización, ni de los Cargos de Distribución por parte de la **CREG**, debió aplicar la fórmula en comento con las pautas previamente señaladas, desde la fecha de la interconexión física al **SIN** -agosto de 2008⁹²-, y hasta tanto existiera un pronunciamiento por parte del Regulador respecto a la aprobación de cargos.

Sin perjuicio de ello, para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 20 de septiembre de 2019 (fecha en la que se formuló el cargo bajo estudio), el **CU** cobrado por **EMSERPUCAR** a sus usuarios no atendió a las especificaciones regulatorias, en la medida en que **LA INVESTIGADA** no

⁹¹ Sea pertinente en este punto señalar que de conformidad con el concepto 2180 de 2009 de la **CREG**, "(...) [e]l componente D (Distribución) representa el costo por el uso del sistema de distribución, que está compuesto por todos los elementos como conductores, transformadores, y postes utilizados para llevar la energía eléctrica desde el STN hasta los usuarios finales", mientras que "(...) [e]l componente CV (Comercialización), que incluye los costos variables por energía de la actividad de comercialización, varía principalmente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC)".

⁹² Fecha en la cual **EMSERPUCAR** se inscribió como comercializadora y distribuidora del servicio público de energía eléctrica en el **SIN**.

aplicó las particulares de la fórmula tarifaria adoptadas mediante la Resolución CREG 119 de 2007, complementada por la Resolución CREG 091 de 2007.

Ahora bien, aunque **LA INVESTIGADA** sostuvo que "(...) el cargo sexto no está llamado a prosperar, como quiera que, **EMSERPUCAR E.S.P** ha aplicado a sus usuarios la fórmula tarifaria general establecida en la Resolución CREG 119 de 2007, la cual es aceptada por la CREG ante la imposibilidad de no contar con la aprobación de cargos y el costo base de comercialización", para el Despacho es claro que, ante la ausencia de aprobación de cargos y costos, **EMSERPUCAR** debió aplicar la fórmula tarifaria general adoptada mediante el artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007 tomando en consideración las particularidades dispuestas en el párrafo del artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007.

Sin embargo, conforme al material probatorio que obra en el expediente, es posible concluir que ello no fue así, lo que controvierte la argumentación presentada por la empresa. Veamos:

- (i) **Respecto al componente de distribución:** En el acta de la visita realizada por la **DTGE** a **LA INVESTIGADA** el 26 y 27 de julio de 2016, se manifestó que la empresa aplicaba en su tarifa el valor del DTUN⁹³ del componente aprobado para el Área de Distribución de Energía Eléctrica Oriente y no los cargos por uso del Sistema de Distribución y el cobro adicional por los cargos de distribución en que incurrió la empresa **Electrificadora del Caquetá S.A E.S.P.**, con ocasión a la interconexión. Veamos:

"(...) si bien el DTUN es el componente aprobado para la ADD a la que pertenece la **EMSERPUCAR** y su aplicación es correcta dentro del cálculo de los costos unitarios de prestación del servicio, la empresa debe calcular su propio componente de **DISTRIBUCIÓN**, referente a los activos de distribución de nivel de tensión 1 y 2 (...)"⁹⁴.

- (ii) **Respecto al componente de comercialización:** Aunque ante la ausencia de aprobación del Costo Base de Comercialización, el componente de comercialización de la tarifa aplicada por **EMSERPUCAR** debía corresponder con el componente de comercialización aprobado para las **ZNI**, **LA INVESTIGADA** omitió dicha obligación, al aplicar las disposiciones contenidas en la Resolución CREG 031 de 1997 y la Resolución CREG 180 de 2014.

- (iii) **Irregularidades generales de la fórmula tarifaria aplicada por LA INVESTIGADA:** Finalmente, del material probatorio que obra en el expediente, el Despacho evidencia irregularidades conjuntas en los Componentes de Comercialización y Distribución que afectaron la correcta aplicación de la fórmula tarifaria general, así:

- Mediante la comunicación No. 20165290643552 del 21 de septiembre de 2016, **EMSERPUCAR** allegó a la **SSPD** un archivo Excel con las variables y la descripción de las fórmulas del cálculo tarifario realizado para enero de 2014, donde se evidenció que, el Componente de Comercialización reconocido en la fórmula tarifaria de **LA INVESTIGADA** no correspondió al aprobado para las **ZNI** y al componente de distribución no incluyó el cobro adicional por los cargos de distribución en que incurrió la Empresa **Electrificadora del Caquetá S.A. E.S.P.**, con ocasión de la interconexión.
- Mediante la comunicación No. 20165290895432 del 30 de diciembre de 2016⁹⁵, la **INVESTIGADA** dio respuesta al oficio **SSPD** No. 20162200744701 del 10 de noviembre de 2016⁹⁶, manifestando que "(...) adoptar[ía] las medidas administrativas y operativas para subsanar las deficiencias y mejoras relacionadas con el aspecto tarifario del servicio de energía (...)".
- Uno de los objetivos del programa de gestión suscrito entre **EMSERPUCAR** y la **SSPD** el 12 de diciembre de 2017 fue "garantizar la correcta aplicación de la metodología tarifaria"⁹⁷ para lo cual se impuso la obligación de diseñar e implementar el procedimiento para el cálculo del **CU** de tarifas.

⁹³ Cargo por Uso Único (Dtun).

⁹⁴ Página 13 del acta de la visita realizada por la **DTGE** a **LA INVESTIGADA**, el 26 y 27 de julio de 2016, la cual puede ser consultada en medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁹⁵ Cfr. Folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁹⁶ Donde la **DTGE** manifestó: "(...) Según consta en el acta de visita y aceptada mediante firma por parte del representante legal de **EMSERPUCAR E.S.P.**, y efectuada a la empresa durante los días 26 y 27 de julio, y como está establecido en el capítulo III del TÓPICO TARIFARIO, numerales 7, 9 y 10, de dicha acta, la empresa deberá justificar documentalmente las razones o gestión adelantada relacionada con el presunto incumplimiento en la aplicación de la regulación relacionada con el cálculo del componente de distribución".

⁹⁷ Página 8 del Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

Además, en dicho documento, la **DTGE** señaló que el problema era la “incorrecta aplicación de la metodología tarifaria definida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas⁹⁸ y las necesidades advertidas fueron:

“Garantizar el cumplimiento del régimen tarifario del servicio de energía eléctrica por parte de la empresa, mediante el trámite de apropiación de cargos de distribución y comercialización ante el regulador.

Obtener con la periodicidad definida en la regulación, la información tarifaria aplicada por el prestador en su mercado.

Propender por la apropiación de la empresa de los procedimientos regulatorios para el cálculo de la tarifa regulada”.

- El 18 de septiembre de 2018, la **DTGE** determinó que **EMSERPUCAR** incumplió los compromisos adquiridos en el programa de gestión, relacionados con la metodología tarifaria, en los siguientes términos:

“Respecto al **PROCEDIMIENTO DE ESTRUCTURA TARIFARIA** allegado por la empresa a través del radicado 20185290075592 del 31 de enero de 2018, se tienen los siguientes comentarios:

En la reunión de seguimiento del 30 de mayo de 2018, se le indicó a la empresa que lo enviado era la transcripción de la Resolución CREG 119 de 2007 y la metodología para el cálculo del Componente de Comercialización y de Pérdidas están desactualizados ya que la CREG los modificó mediante las resoluciones CREG 180 y 191 de 2014 y la Resolución CREG 173 de 2011.

Se les mencionó que en el procedimiento no incluyeron la información para el cálculo de los cargos de Distribución por Nivel de Tensión establecidos en la Resolución CREG 097 de 2009 y próximamente en la Resolución CREG 015 de 2018.

También se explicó en dicha reunión, la expectativa que tiene la SSPD con este procedimiento ya que el objetivo es garantizar que cualquier colaborador de la empresa cuente con instructivos de cada componente que permitan el correcto cálculo del Cu y la tarifa y así **garantizar el cumplimiento del proceso**. La SSPD sugirió que el documento contenga en detalle la fuente de cada variable con el objeto de poder ejercer control sobre el procedimiento.

Finalmente se indicó que la socialización del procedimiento realizada en la empresa, no es válida ya que se socializa un procedimiento que está regulatoriamente desactualizado y que no es lo suficientemente específico y detallado que permita calcular la tarifa.

Con radicado 20185290679972 del 3 de julio de 2018, la empresa remite el procedimiento para el cálculo del Costo Unitario de Prestación del Servicio (Cu). Las observaciones a la revisión del documento, se encuentran como comentarios dentro del mismo. En general, fue elaborado con base en regulación que no está vigente, no presenta coherencia ni consistencia en algunos componentes y las fuentes de la información no son lo suficientemente claras.

Adicionalmente en la actividad definida en el programa, se solicitó la elaboración de un procedimiento conformado por instructivos que garanticen paso a paso y de manera clara y detallada el cálculo de las variables de cada uno de los componentes del CU. Así mismo, debe generarse un procedimiento e instructivo para el cálculo de la tarifa.

Se debe tener presente que un procedimiento establece a grandes rasgos la forma en la cual se elaborará una actividad: este debe contar con datos de entrada, responsables y productos a entregar. Mientras que el instructivo define paso a paso la forma en que se realizará la actividad relacionada en el procedimiento.

La Superintendencia considera que esta actividad aún no se cumple ya que **no garantiza un correcto cálculo del CU ni de la tarifa**” (Énfasis agregado)⁹⁹.

⁹⁸ Anexo 1 del Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

⁹⁹ Páginas 7 a 9 del Tercer Informe de Seguimiento al Programa de Gestión, el cual puede ser consultado en el medio magnético – CD que obra a folio 23 de la carpeta No. 1 del expediente.

En ese orden de ideas, se concluye que **LA INVESTIGADA** no aplicó la metodología tarifaria dispuesta por la **CREG**, toda vez que no siguió los procedimientos indicados por el Regulador para calcular el **CU** cuando no se cuenta con los cargos y costos aprobados.

En otras palabras, a partir del material probatorio obrante en el expediente, el Despacho concluye que **EMSERPUCAR** vulneró lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 2 de la Resolución CREG 119 de 2007 al no aplicar correctamente la metodología tarifaria para el cálculo del **CU**, establecida en el artículo 4 de la citada Resolución entre el 1 de agosto de 2008 y el 20 de septiembre de 2019; sin que los argumentos aquí estudiados, hayan logrado desvirtuar su incumplimiento, razón por la cual éstos serán desestimados¹⁰⁰.

4.3.5. Cargo séptimo

Finalmente, en relación con el **séptimo cargo** imputado a **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

“3.7.3. Circunstancias de hecho

Corresponden a las mismas circunstancias descritas en el numeral **3.5.3** del presente acto administrativo.

3.7.4. Análisis del cargo imputado

El artículo 368 de la Constitución Política faculta al Estado para que conceda subsidios a las personas con menores ingresos, con el fin de garantizar el acceso a los servicios públicos domiciliarios, y de esta forma cubrir sus necesidades básicas. Veamos:

“Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

Visto lo anterior y conforme a lo expuesto en el cargo quinto formulado, **LA INVESTIGADA** desde su interconexión física al **SIN** -agosto de 2008- (y al menos hasta la apertura de la presente investigación) no contaba con la aprobación de los cargos de distribución, costo base de comercialización y riesgos de cartera, necesarios para una adecuada aplicación de la metodología tarifaria para el cálculo del **CU** trasladado al usuario final, razón por la cual, le correspondía aplicar la fórmula tarifaria general con las precisiones adoptadas mediante el parágrafo del artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007, obligación que tal como se probó en acápite anteriores, fue incumplida.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el cálculo de la Tarifa Aplicada (“en adelante **TA**”) depende directamente de la correcta liquidación de las variables propias del **CU**, un error en el cálculo de cualquiera de las variables que integran los Componentes de Comercialización ($C_{v,m,i,j}$ y $C_{f,m,i}$) o Distribución ($D_{n,m}$), implica irregularidades en los porcentajes de los subsidios a reconocer y las contribuciones por cobrar.

En el presente caso, debido a que el **CU** aplicado por **LA INVESTIGADA** no correspondía al **CU** que debió haber calculado con base en la Resolución CREG 119 de 2007 y las particularidades dispuestas por el parágrafo del artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007 y demás normas concordantes, tal y como se concluyó en el análisis del cargo sexto, el esquema de subsidios y contribuciones tampoco fue reconocido correctamente en la **TA** al usuario final, lo cual llevó a que se impactara negativamente el proceso de conciliación de subsidios y contribuciones con el Ministerio de Minas y Energía.

Sin perjuicio de ello, en su defensa, **EMSERPUCAR** alegó:

“(…) no se puede concluir que **EMSERPUCAR E.S.P** realiza una inadecuada aplicación de los subsidios y las contribuciones facturados a sus usuarios al no contar con aprobación de cargos de distribución y costo base de comercialización, pues, existe un mecanismo supletorio, y es la aplicación de la fórmula tarifario (sic) general establecida en la Resolución CREG 119 de 2007 (…)¹⁰¹.

En ese orden de ideas, corresponde a este Despacho advertir que el argumento señalado por **EMSERPUCAR** consistente en la inexistencia de incumplimiento frente a los subsidios aplicados y las contribuciones cobradas a los usuarios en el período ya señalado, carece de todo sustento, ya que tal como se abordó en el análisis del cargo sexto, y del material probatorio obrante en el expediente, se encuentra demostrado que la **INVESTIGADA** incurrió en la comisión de las infracciones señaladas afectando los Componentes de Comercialización ($C_{v,m,i,j}$) y Distribución ($D_{n,m}$) del **CU**.

¹⁰⁰ Cfr. Folio 406 (reverso) a 408 de la carpeta No. 3 del expediente.

¹⁰¹ Cfr. Folio 137 de la carpeta No. 1 del expediente.

En efecto, debe insistirse en que, si bien es cierto, las empresas comercializadoras, al fijar sus tarifas a usuarios finales regulados, se someterán a un régimen de libertad regulada, debiendo aplicar la fórmula tarifaria general establecida por la CREG en el artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007 o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan, no es menos cierto que, ante la ausencia de aprobación del Costo Base de Comercialización y los Cargos de Distribución, le correspondía a LA INVESTIGADA aplicar esta metodología siguiendo los parámetros dispuestos en el párrafo del artículo 44 de la Resolución CREG 091 de 2007, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Aunado a lo anterior, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, la metodología para obtener el porcentaje de la aplicación de subsidios a los estratos 1 y 2, requiere que el CU se calcule según lo establecido en el esquema de tarifa regulada por la CREG y, el cálculo del subsidio para el estrato 3, así como el cálculo de la contribución de los estratos 5 y 6, industrial y comercial, se aplica sobre el costo de prestación del servicio.

En suma, las irregularidades en la metodología tarifaria impactaron de forma directa en el esquema de subsidios y contribuciones, materializándose el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 89.1 y 99.6 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la Resolución CREG 186 de 2010, modificada por la Resolución CREG 186 de 2013; sin que los argumentos aquí estudiados, hayan logrado desvirtuarlo, razón por la cual éstos serán desestimados¹⁰².

4.4. PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE RECURSO

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20222401461111 del 31 de marzo de 2022, el Despacho: (i) incorporó las pruebas aportadas por **EMSERPUCAR** por medio de la comunicación SSPD No. 20215292228712 del 18 de agosto de 2021 y, (ii) decretó una prueba de oficio, para que se aportaran los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2021, los cuales se allegaron mediante la comunicación SSPD No. 20225291361442 del 7 de abril de 2022, los cuales serán incorporados al expediente y se les otorgará el valor legal que les corresponda.

Con lo anterior, el Despacho considera que el material probatorio existente en el proceso es suficiente y brinda la certeza necesaria para resolver el presente recurso de reposición.

4.5. VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

4.5.1. SOLICITUDES REALIZADAS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

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

***PRIMERA:** Que sea **modificada** la sanción impuesta en el artículo primero de la Resolución No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021, contra **EMSERPUCAR E.S.P.**, consistente en multa por un valor de **DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (282.477.999)**, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, por consiguiente, se revalúe la graduación del monto de la sanción analizando la situación financiera de la empresa de acuerdo a los estados financieros, con fundamento en el literal 81.2 del artículo 81 de la ley 142 de 1994.*

***SEGUNDA:** Por consiguiente, de acuerdo a los criterios de graduación de las sanciones del artículo 50 de la ley 1437 de 2011, se nos conceda la **modificación del valor de la multa en una proporción menor** teniendo como partida el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2018¹⁰³.*

4.5.2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR EMSERPUCAR

4.5.2.1. De la aplicación del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011

Al respecto **LA RECURRENTE** solicitó que:

"Se considere reevaluar nuevamente el monto de la sanción teniendo como consideración los criterios de graduación de la (sic) sanciones señaladas taxativamente en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, los cuales se exponen de la siguiente forma:

¹⁰² Cfr. Folio 409 de la carpeta No. 3 del expediente.

¹⁰³ Cfr. Folio 423 de la carpeta No. 3 del expediente.

- *Reincidencia en la comisión de la infracción: (...)*
- *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados: (...)*
- *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o favor (sic) de un tercero: (...)*
- *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión: (...)*
- *Utilización de medio fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar efectos: (...)*
- *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente: (...)*
- *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas: (...)¹⁰⁴.*

Frente a lo anterior, corresponde a este Despacho aclarar que la Ley 1437 de 2011 tiene un carácter general, residual o complementario, y en esa medida, sus disposiciones sólo deben aplicarse cuando no haya un procedimiento administrativo especial aplicable, o cuando existiendo, el mismo tenga vacíos normativos.

Así lo confirma el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone expresamente:

"Artículo 50. Graduación de las sanciones. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

(...)" (énfasis agregado).

En ese orden, ante la existencia de un régimen legal especial aplicable, como lo es el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, la **SSPD** debe estarse a lo allí dispuesto, no siendo posible acudir a criterios de gradación diferentes a los señalados en dicha disposición.

Es así que, en razón a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al existir norma especial aplicable, el Despacho en el capítulo 4 de la **Resolución Sancionatoria**, dosificó la sanción de multa atendiendo a los criterios contenidos en la Ley 142 de 1994 y específicamente lo establecido en el artículo 81.2 de la misma norma, el cual contiene de manera expresa y completa la forma en la cual la **SSPD** debe aplicar la facultad sancionatoria y bajo qué parámetros debe ejercerse.

Por lo anterior, es claro que la graduación de la sanción de multa impuesta se adecuó a los fines previstos en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, con los criterios que le son propios y en estricto cumplimiento de lo previsto en la Ley 142 de 1994, sin que haya lugar a dar aplicación al artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

De otro lado, respecto a la afirmación de **EMSERPUCAR** en la que manifiesta que no existe prueba de que con *"el incumplimiento por parte de la sancionada haya puesto en peligro bienes jurídicamente tutelados de los usuarios (...)"¹⁰⁵*, el Despacho precisa 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

¹⁰⁴ Cfr. Folio 422 de la carpeta No. 3 del expediente.

¹⁰⁵ Cfr. Folio 422 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

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”¹⁰⁶.

En igual sentido, la Doctrina¹⁰⁷ 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 incumplimiento de la normativa aplicable, desde una connotación de carácter preventivo.

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 entidad para ameritar el ejercicio de las acciones de control por esta entidad.

En consecuencia, 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.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y contrario a lo manifestado por **LA RECURRENTE**, en la **Resolución Sancionatoria** se demostró que con las conductas de **EMSERPUCAR** sí existió una afectación a los usuarios, tal y como se analizó en el numeral 4.2. del acto recurrido, en el cual, respecto de cada uno de los seis cargos sancionados, se analizó el impacto de la infracción sobre el servicio público, y se evidenció la puesta en riesgo que tenía para el mismo, el comportamiento asumido por la empresa.

Finalmente, tampoco le asiste razón a **LA RECURRENTE** cuando señala que *“en el presente proceso sancionatorio no se decretó periodo probatorio, como consta en el considerando séptimo de la Resolución No. SSPD 20214400000385 del 08/01/2021 dentro del expediente No. 2019440350600098E”¹⁰⁸.*

Nótese en primer lugar, que el acto administrativo y el expediente que menciona **EMSERPUCAR** no corresponden ni tienen relación con la presente actuación administrativa y, por otra parte, en la investigación administrativa sancionatoria que nos ocupa, el periodo probatorio inició con la formulación de **Pliego de Cargos**¹⁰⁹ y terminó con el último acto administrativo de decreto y practica de pruebas expedido el 3 de marzo de 2021. El material probatorio que allí se recopiló, fue el que permitió proferir la Resolución Sancionatoria.

Ahora bien, debe precisarse que, en sede de recurso, a pesar de que no se solicitó el decreto o práctica de pruebas por **LA RECURRENTE**, se aportaron documentos que se incorporaron al expediente y se profirió un acto administrativo de decreto de pruebas expedido el 31 de marzo de 2022, con el fin de atender los argumentos de defensa expuestos por la empresa. Con ello, el Despacho no solo garantizó el desarrollo del actuar probatorio de **EMSERPUCAR**, sino que

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Jorge Iván Rincón Córdoba, Ley 1437 de 2011 -Comentado y Concordado-, Universidad Externado de Colombia, edición No. 2. Bogotá, 2016.

¹⁰⁸ Cfr. Folio 422 (reverso) de la carpeta No. 3 del expediente.

¹⁰⁹ Acto administrativo SSPD No. 20192400000076 del 20 de septiembre de 2019.

veló por salvaguardar los derechos de defensa y contradicción que le asisten a la misma.

Con lo anterior, los argumentos expuestos no están llamados a prosperar.

4.5.2.2. De la situación financiera de la empresa

Sobre este aspecto, **EMSERPUCAR** manifestó:

"(...) es claro que la empresa no ha podido dar cumplimiento a todo lo acordado mediante dicho plan de mejoramiento, por lo cual en principio no hay justificación alguna ante tal evento, hecho que queda claramente expuesto en las consideraciones de la Resolución No. 20212400365955 del 03 de agosto de 2021, pero que es mi deber siendo conocedora de la difícil situación financiera de la empresa, y de las repercusiones que implica una sanción de esa naturaleza en la actualidad, recurrimos a la comprensión por parte del ente sancionador a que en la reconsideración del monto a la multa definitiva a imponer, se tenga como consideración que en estos dos últimos dos (sic) años (2020 y 2021), con el decreto de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, de la emergencia sanitaria, ha sido un punto determinante en el avance de las actividades de campo y administrativas ya que hemos perdido empleados por causa de la pandemia del COVID-19, por otro lado la situación financiera es muy difícil con ya (sic) que hemos tenido también la obligación de acatar las directrices del gobierno nacional en cuanto ser flexibles con los usuarios en el cobro de cartera, y la prohibición de la no suspensión de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios morosos atendiendo dichas emergencias; lo que conllevó a inconvenientes en el flujo de efectivo de la empresa para avanzar en el cumplimiento de los compromisos adquiridos (...)"¹¹⁰.

Al respecto, es importante destacar que, la Resolución SSPD No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021 mediante la cual se impuso una sanción a **EMSERPUCAR**, se expidió en observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, además, exponiendo de manera precisa el régimen jurídico aplicable a la graduación y dosificación de la misma, el cual como se enunció en líneas precedentes se hizo conforme a los criterios reglados en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

No puede perderse de vista que, la **SSPD** aun cuando debe atender los mencionados principios de rango constitucional, goza de una facultad discrecional para imponer sanciones a los sujetos vigilados que transgredan el régimen de servicios públicos, en atención a la gravedad y naturaleza de la infracción; elementos particulares y propios de cada actuación, que fueron debidamente analizados en el referido acto administrativo.

De este modo, la sanción impuesta en la presente actuación administrativa se determinó según la naturaleza y gravedad de las faltas en que incurrió **LA RECURRENTE**, conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, esto es: i) la afectación a la buena marcha del servicio público; ii) la reincidencia y; iii) el número de años de comisión de la infracción.

Recordemos que en el *sub examine*, las conductas antijurídicas en que incurrió **LA RECURRENTE** se concretaron al: (i) incumplir los requisitos para entrar al Esquema de Incentivos y Compensaciones dentro del plazo establecido en la regulación, (ii) no cargar la información financiera y de los formatos B1 y B2 en el **SUI**, en los términos establecidos y con calidad, veracidad y confiabilidad, (iii) no aplicar correctamente la metodología tarifaria para el cálculo del **CU**, y (iv) no aplicar correctamente el esquema de subsidios y contribuciones; las cuales ante la infracción de la normativa, ameritaban la imposición de una sanción de multa, sin que se hayan presentado circunstancias externas que le permitan eximirse de su responsabilidad.

Ahora bien, aunque **EMSERPUCAR** se limitó a enunciar la presunta afectación económica que ha sufrido como consecuencia de las condiciones sanitarias, sociales y económicas que atravesó el país en los últimos años, el Despacho pudo comprobar a partir de la información financiera de los años 2020 y 2021 reportada en el **SUI** y aportada a la investigación, que la multa impuesta no supone una carga económica que ponga en peligro la prestación del servicio de energía eléctrica a cargo de **LA RECURRENTE**, ni compromete su patrimonio o ingresos percibidos, y por el contrario, resulta adecuada a los fines de la norma que la autoriza, pues es

¹¹⁰ Cfr. Folio 423 de la carpeta No. 3 del expediente.

proporcional a los hechos le sirvieron de causa, al no resultar "excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹¹¹.

Se precisa que, tal como ha sido concebida jurisprudencialmente, la multa "(...) es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público"¹¹², lo que la convierte en una carga obligacional de quien infringe el ordenamiento jurídico. Así, el ejercicio de la facultad sancionatoria de la **SSPD** no implica *per se* una vulneración a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo, considera el Despacho que, si bien la imposición de una multa implica que el investigado destine recursos para liquidarla, también es cierto que se trata de una herramienta legítima que solo es utilizada tras surtir un procedimiento que satisfaga las garantías de defensa y contradicción, como en efecto sucedió en el presente caso.

Así las cosas, se despachará desfavorablemente el argumento presentado en este acápite.

4.6. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que las conductas imputadas a **EMSERPUCAR** quedaron ampliamente demostradas con las pruebas que reposan en el expediente, con fundamento en las cuales se le sancionó, y que los argumentos esgrimidos en el recurso de reposición no lograron probar alguna circunstancia que condujera a la modificación, aclaración o modulación de la misma, este Despacho procederá a confirmar íntegramente la Resolución SSPD No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: INCORPORAR al expediente con el valor legal que corresponda los documentos relacionados en el numeral 4.4. de la parte considerativa del presente acto administrativo, así como los demás elementos probatorios que a la fecha obran en el expediente.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las peticiones elevadas por la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.**, identificada con el NIT. 828.000.191-2, mediante el radicado SSPD No. 20215292228712 del 18 de agosto de 2021.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en su integridad la Resolución SSPD No. 20212400365955 del 3 de agosto de 2021, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.**, identificada con el NIT. 828.000.191-2, por valor de **DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$282.477.999)**.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.**, identificada con NIT. 828.000.191-2, a través de su representante legal o quien haga sus veces, a través de los siguientes correos electrónicos: ventanilla-unica@emserpucar-esp.gov.co, gerencia@emserpucar-esp.gov.co y subgerenciaadministrativa@emserpucar-esp.gov.co¹¹⁴, con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005 (Exp. D-5349), Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹³ Cfr. Folio 25 de la carpeta única del expediente.

¹¹⁴ Según lo manifestado por **LA RECURRENTE** mediante la comunicación SSPD No. 20205292575262 del 14 de diciembre de 2020.

ARTÍCULO QUINTO: INFORMAR a la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ E.S.P.**, identificada con NIT. 828.000.191-2, que una vez se encuentre en firme la presente Resolución, el valor de la multa impuesta deberá ser cancelado mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia, o mediante transferencia electrónica realizada a la cuenta corriente No.141011460 del Banco BBVA a nombre de la "Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".

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

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

ARTÍCULO SEXTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATASHA AVENDAÑO GARCÍA

SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Proyectó: Tatiana Díaz Morales -Abogada de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.

Revisó: Miguel Ángel Lozada Urrego- Director de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.

Lorenzo Castillo Barvo – Asesor del Despacho de la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.