



RESOLUCIÓN SSPD - 2022400323065 DEL 12-04-2022

EXPEDIENTE: 2019240350600009E

**POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS
POR LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. Y DIACO S.A.**

**LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE
ENCARGADA**

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 las Resoluciones SSPD No. 20211000012995 del 29 de marzo de 2021 y No. 20221000294815 del 5 de abril de 2022, resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución SSPD No. 20212400605025 del 21 de octubre de 2021, previa exposición de las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. Mediante memorando SSPD No. 20192200075493 del 29 de julio de 2019¹, la Dirección Técnica de Gestión de Energía (“DTGE”) de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (“SSPD”), remitió a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible (“DIEG”), un Informe Técnico de Gestión recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa sancionatoria contra la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.** (“EBSA” o “LA RECURRENTE”) identificada con el NIT. 891.800.219-1, por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.5, 13 y 87.1 de la Ley 142 de 1994² y el artículo 6 de la Ley 143 de 1994³.

1.2. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400000016 del 9 de agosto de 2019⁴, notificado por aviso entregado el 22 de agosto de 2019⁵, la **DIEG** inició investigación administrativa y formuló pliego de cargos (“Pliego de Cargos”) contra **EBSA**.

1.3. Asimismo, el artículo tercero del Pliego de Cargos, ordenó comunicar dicho acto “a la sociedad **DIACO S.A.**, identificada con NIT. 891.800.111-5” con el fin de que, si lo consideraba, contribuyera a dilucidar los hechos objeto de la presente investigación y ejerciera “su derecho de constituirse en tercero interesado en la presente actuación administrativa”⁶.

1.4. En cumplimiento de lo descrito en el numeral anterior, mediante comunicación SSPD No. 20192400659511 del 9 de agosto de 2019⁷, la **DIEG** informó a la sociedad **DIACO S.A.** (“**DIACO**”) el inicio de la presente actuación administrativa sancionatoria.

1.5. Mediante comunicación SSPD No. 20195290973972 del 3 de septiembre del 2019⁸, a través de su apoderado especial, **EBSA** presentó oportunamente escrito de descargos.

¹ Folios 1 a 177 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. 2019240350600009E.

² “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ Folios 178 a 190 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁵ Folio 200 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁶ Folio 184 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁷ Folio 192 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸ Folios 204 a 326 de la carpeta No. 2 del Expediente.

1.6. Mediante comunicación SSPD No. 20195290974702 del 3 de septiembre de 2019⁹, **DIACO** solicitó, entre otras, su reconocimiento como tercero interesado en la presente actuación administrativa y se pronunció frente a los hechos objeto de la misma.

1.7. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400761151 del 19 de septiembre de 2019¹⁰, comunicado a **EBSA**¹¹ y a **DIACO**¹² por correo electrónico certificado de la misma fecha, la **DIEG** aceptó la intervención de esta última en calidad de tercero interesado en la presente investigación.

1.8. Mediante comunicación SSPD No. 20205290211852 del 24 de febrero del 2020¹³, **LA RECURRENTE** allegó otras pruebas documentales.

1.9. Mediante acto administrativo SSPD No. 20202400626411 del 6 de julio de 2020¹⁴, comunicado a **EBSA**¹⁵ y a **DIACO**¹⁶ por correo electrónico certificado de la misma fecha, la **DIEG** incorporó unas pruebas al expediente y decretó otras.

1.10. Mediante comunicación SSPD No. 20205291363302 del 10 de julio de 2020¹⁷, **DIACO** se pronunció “sobre las pruebas aportadas por la investigada”¹⁸.

1.11. El 3 de agosto de 2020, la **DIEG** practicó la audiencia virtual de recepción del testimonio decretado mediante el acto administrativo SSPD No. 20202400626411 del 6 de julio de 2020¹⁹.

1.12. La constancia de dicha audiencia quedó radicada mediante el acta SSPD No. 20202400751731 del 4 de agosto de 2020²⁰.

1.13. Mediante comunicación SSPD No. 20205291596932 del 10 de agosto de 2020²¹, **EBSA** allegó a la presente actuación administrativa los insumos utilizados en la audiencia descrita en el numeral anterior.

1.14. Mediante acto administrativo SSPD No. 20212403645681 del 31 de agosto de 2021²², comunicado a **EBSA**²³ y a **DIACO**²⁴ por correo electrónico certificado de la misma fecha, la **DIEG** cerró el periodo probatorio y corrió traslado a **LA RECURRENTE** y a **DIACO** para presentar alegatos.

1.15. Mediante comunicación SSPD No. 20215292613652 del 13 de septiembre de 2021²⁵, a través de su apoderado especial, **EBSA** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión.

1.16. Mediante comunicación SSPD No. 20215292631802 del 14 de septiembre de 2021²⁶, **DIACO** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión.

1.17. Mediante Resolución SSPD No. 20212400605025 del 21 de octubre de 2021²⁷ (“**Resolución Sancionatoria**”), notificada a **EBSA**²⁸ y a **DIACO**²⁹ por correo electrónico certificado el 22 de octubre de 2021, la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible (el “Despacho”) declaró probado el incumplimiento endilgado a **LA**

⁹ Folios 327 a 444 de las carpetas No. 2 y 3 del Expediente.

¹⁰ Folios 446 a 447 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹¹ Folio 448 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹² Folio 452 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹³ Folios 460 a 467 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁴ Folios 468 a 481 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁵ Folio 502 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁶ Folios 482 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁷ Folios 634 a 659 de la carpeta No. 4 del Expediente.

¹⁸ Folio 634 de la carpeta No. 4 del Expediente.

¹⁹ Folios 468 a 481 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁰ Folios 702 a 705 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²¹ Folios 751 a 752 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²² Folios 770 a 773 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²³ Folio 774 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁴ Folio 777 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁵ Folios 789 a 817 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁶ Folios 818 a 842 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁷ Folios 868 a 887 de la carpeta No. 5 del Expediente.

²⁸ Folio 894 de la carpeta No. 5 del Expediente.

²⁹ Folio 904 de la carpeta No. 5 del Expediente.

RECURRENTE y la sancionó con una multa por valor de novecientos ocho millones quinientos veintiséis mil pesos (\$908.526.000).

1.18. Mediante comunicación SSPD No. 20215293454302 del 9 de noviembre de 2021³⁰ (remitida el 8 de noviembre de 2021), **EBSA**, a través de su apoderado especial, presentó oportunamente recurso de reposición y en subsidio apelación contra la **Resolución Sancionatoria**.

1.19. Mediante comunicación SSPD No. 20215293455842 del 9 de noviembre de 2021³¹ (remitida el 8 de noviembre de 2021), **DIACO** presentó oportunamente recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

2. IMPUTACIÓN

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20192400000016 del 9 de agosto de 2019³², la **DIEG** inició una investigación administrativa sancionatoria e imputó el siguiente cargo a **LA RECURRENTE**:

*"CARGO ÚNICO: La Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. presuntamente vulneró lo establecido en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 5 de febrero de 2019"*³³.

3. FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho concluyó que **EBSA** en su calidad de Operador de Red ("**OR**") y distribuidor de **DIACO**, desconoció su obligación de adelantar una correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantizara la prestación del servicio al menor costo económico, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, en tanto se comprobó que **EBSA** conocía que la situación del usuario **DIACO** no cumplía con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, y que ello implicaba para los usuarios del Sistema de Transmisión Regional ("**STR**") centrosur el cobro de un mayor cargo por uso del nivel de tensión 4, ya que los ingresos aprobados a **EBSA** en su calidad de **OR** se dividirían entre la demanda de energía eléctrica de un menor número de usuarios, dando lugar a que los usuarios asociados al **STR** pagaran un mayor valor a causa del mencionado cambio, y aun así, no ejecutó acción alguna tendiente a evitar la afectación económica en los usuarios asociados al mismo.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde a este Despacho resolver los recursos de reposición formulados por **EBSA** y **DIACO** contra la **Resolución Sancionatoria**. Sin embargo, conviene anticipar que, una vez estudiados los motivos de inconformidad expuestos, 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 los recursos de reposición; **(ii)** marco normativo aplicable a la infracción sancionada; **(iii)** fundamentos de la **Resolución Sancionatoria**; **(iv)** valoración de los argumentos propuestos por **EBSA** y **DIACO** contra la **Resolución Sancionatoria**; y **(v)** conclusión.

4.1. COMPETENCIA DEL DESPACHO PARA CONOCER Y RESOLVER LOS RECURSOS 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

³⁰ Folios 987 a 1016 de la carpeta No. 5 del Expediente.

³¹ Folios 1017 a 1034 de la carpeta No. 5 del Expediente.

³² Folios 178 a 190 de la carpeta No. 1 del Expediente.

³³ Folio 184 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

personas, para lo cual deberá utilizar, si es del caso, las facultades sancionatorias inherentes al ejercicio del poder público³⁴.

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

Por otra parte, el artículo 370 también constitucional, establece que corresponde al Presidente de la República fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. En ese orden, por medio de la **SSPD** se ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que prestan servicios públicos y desarrollan actividades complementarias, y se imponen las sanciones administrativas a que haya lugar, en los términos de los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994.

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

“(…) el legislador le otorgó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades especiales de vigilancia y control, además de plenos poderes sancionatorios por la violación o desconocimiento del ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos, todo lo anterior en el marco de actuación de lo dispuesto para el ejercicio y ejecución de sus competencia y funciones misionales. Cabe resaltar que la potestad sancionatoria implica la existencia de un procedimiento previo que respete el derecho de defensa y contradicción y que como resultado del mismo se llegue a la imposición de medidas en el marco del derecho de “punición” o “castigo”³⁵.

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 estén sujetos³⁶.

En concordancia, el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (**CPACA**) señala que, contra los actos administrativos definitivos, por regla general, procederá el recurso de reposición, para que el funcionario que profirió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque³⁷.

³⁴ 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 Pena, Sentencia C - 595 del 27 de julio de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 de noviembre 26 de 2015.

³⁶ 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, 2021100004805 del 19 de febrero de 2021”*.

³⁷ 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”.

En el presente caso, la **Resolución Sancionatoria** fue proferida por la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible, razón por la cual le corresponde a este Despacho³⁸, en el marco de la competencia legal ya estudiada, conocer y resolver los recursos de reposición formulados por **EBSA** y **DIACO** mediante las comunicaciones SSPD No. 20215293454302 del 9 de noviembre de 2021³⁹ y SSPD No. 20215293455842 del 9 de noviembre de 2021⁴⁰, respectivamente.

4.2. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA INFRACCIÓN SANCIONADA

De conformidad con lo indicado en la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho encontró probado que **LA RECURRENTE** incumplió lo establecido en los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, a saber:

- **Ley 142 de 1994, artículo 2.5:**

“Artículo 2. Intervención del estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

(...)

2.5. Prestación eficiente” (Énfasis agregado).

- **Ley 142 de 1994, artículo 13:**

“Artículo 13. Aplicación de los principios generales. Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten” (Énfasis agregado).

- **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.

El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico” (Énfasis agregado).

4.3. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

De conformidad con la **Resolución Sancionatoria**, y en relación con el cargo único por el que fue sancionada **LA RECURRENTE**, el Despacho sostuvo entre otros argumentos, los siguientes:

“3.2.2. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE LA INVESTIGADA EN RELACIÓN CON EL CARGO ÚNICO

*En primer lugar, observa el Despacho que, con fundamento en el cargo imputado objeto de análisis en el presente acto administrativo, no le corresponde pronunciarse sobre el incumplimiento del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, pues (i) al respecto ya se pronunció la **CREG** en la Resolución 106 de 2012, indicando que “el caso del usuario Diaco no se ajusta a la situación descrita en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que este usuario tenía registrada su frontera en el nivel de tensión 4 y no en el STN⁴¹; y (ii) a través del acto administrativo No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018, la **DIEG** de aquel entonces indicó lo siguiente:*

“no es procedente afirmar que a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, existía una situación particular y concreta consolidada en la conexión de DIACO al STN, ya que no le era aplicable la condición expuesta en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008. En dicha medida, no era correcto que XM registrara la frontera comercial de consumo del usuario no regulado DIACO, ubicada en el nivel de tensión 115 kV como conectada directamente al STN. No es cierto que, a partir de la mención del barraje de lado de baja tensión, el regulador creó para DIACO una situación particular y consolidada que no tenía con anterioridad a la vigencia de la resolución ibídem”.

*En segundo lugar, llama la atención del Despacho que, si bien en el acto administrativo del 1° de agosto de 2018 mencionado, la **DIEG** declaró la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** realizada el 1° de noviembre de 2009, en aquella ocasión nada se dijo en relación con el “impacto en la tarifa de los usuarios del STR Centro – Sur” mencionado en el informe de gestión remitido por la **DTGE** a la **DIEG** el 18 de octubre de 2017, impacto que para ese momento ascendía a cerca de veintiocho mil millones de pesos.*

*En tercer lugar, se aclara que el objeto de la presente actuación administrativa es determinar la existencia de un incumplimiento por parte de **EBSA** de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, en concordancia*

³⁸ Por medio de la Resolución SSPD No. 20221000294815 del 5 de abril de 2022, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios encargó a Luz Mery Triana Rocha las funciones de Superintendente Delegada para Energía y Gas Combustible para el período comprendido del 11 al 13 de abril de 2022, inclusive.

³⁹ Folios 987 a 1016 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁴⁰ Folios 1017 a 1034 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁴¹ Es preciso señalar que teniendo en cuenta que es una Resolución mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por **EBSA**, esta la conoce desde su expedición.

con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, toda vez que a pesar de que **LA INVESTIGADA** tuvo conocimiento de la irregularidad de la exclusión de la demanda de **DIACO** del cálculo del cargo por uso del **STR**, solicitó la modificación del registro de la frontera comercial de este usuario considerándolo como directamente conectado al **STN**, sin ejecutar acciones tendientes a corregir esta situación. Ello dio lugar a un aumento en el cargo por uso de los usuarios del **STR** centro-sur que superó los cuarenta mil millones de pesos, con lo cual se afectó el derecho de los usuarios a la prestación del servicio de energía al menor costo económico. Asimismo, se reitera que sobre este asunto no existe ningún pronunciamiento previo por parte de la **SSPD**, por lo cual no es posible alegar una vulneración del derecho al non bis in ídem que le asiste a **LA INVESTIGADA**.

En cuarto lugar, el Despacho precisa que a diferencia de lo concluido en el pasado por la **DIEG** en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** el 1° de noviembre de 2009, el cargo objeto de esta investigación supone la ocurrencia de hechos que, si bien iniciaron en esa fecha, se mantuvieron en el tiempo hasta el 5 de febrero de 2019. En ese orden, la facultad para sancionar la conducta relacionada con el impacto en la tarifa de los usuarios del **STR** centro-sur caduca el 5 de febrero de 2022.

En quinto lugar, y en relación con el cargo imputado, coincide el Despacho con lo señalado en el Pliego de Cargos, en el sentido de que,

“el cargo por uso del nivel de tensión 4 facturado a los usuarios considerados como conectados al nivel de tensión 4 o a un nivel inferior, atendidos por un OR cuyos activos pertenecen al STR centro-sur, corresponde a la suma del ingreso mensual aprobado para todos los OR que operan activos en este STR, dividido entre la demanda total de los comercializadores que atienden usuarios considerados como conectados al sistema de un OR que pertenezca al STR centro-sur. En otras palabras, el ingreso aprobado a todos los OR que operan activos en el STR centro-sur es reconocido vía tarifa por los usuarios que se consideran conectados a este STR en función de su demanda”.

Bajo ese entendido, es lógico concluir que “una modificación del registro de una frontera comercial, y en particular, del nivel de tensión 4 al nivel de tensión del STN, afecta el cálculo de los cargos del STR realizado mensualmente por el **LAC**, toda vez que dicha demanda es excluida del cálculo del cargo por uso del STR. En consecuencia, el ingreso aprobado a todos los OR por el uso de activos del nivel de tensión 4 será reconocido por una demanda menor, lo que ocasiona un aumento de la tarifa para la demanda asociada al STR”.

Así las cosas, es claro que cuando la frontera comercial de **DIACO** dejó de estar registrada como conectada al **STR** para ser considerada como conectada al **STN**, los ingresos aprobados a los OR con activos en este **STR** se dividieron en la demanda de un menor número de usuarios, dando lugar a que los usuarios del **STR** centro-sur pagaran un mayor valor a causa del mencionado cambio.

Ahora bien, con el fin de determinar el sobrecosto que pagaron los usuarios del **STR** centro-sur, el Despacho consultó el archivo de los cargos estimados del **STR-Deltas (STN del año y mes)**, publicado en la página web de **XM**, a saber:

(...)

Con base en lo anterior, el Despacho verificó los ingresos brutos y netos del **STR** centro-sur, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2009 y febrero de 2019 y posteriormente, se verificaron los cargos máximos de energía del **STR** centro-sur, antes de compensación y después de compensación, para lo cual se tuvo en cuenta la siguiente información:

- Energía del **STR** centro-sur;
- Cargos máximos antes de compensación;
- Cargos máximos después de compensación;
- Diferencias encontradas entre las anteriores variables; y
- Se utilizó la demanda del **STR** publicada por **XM** y la demanda de **DIACO** remitida por aquella.

Recalculada la estimación del excedente pagado por los usuarios asociados al **STR** centro-sur entre noviembre de 2009 y enero de 2019, como consecuencia del desconocimiento del principio de eficiencia por parte de **LA INVESTIGADA**, el Despacho concluye que éste asciende a la suma de cuarenta mil seiscientos diecinueve millones ciento setenta y ocho mil doscientos cuarenta y dos pesos (\$40.619.178.242)⁴², tal y como se resume a continuación:

(...)

Así, concluye el Despacho que la exclusión de la demanda de **DIACO** del **STR** centro-sur en efecto tuvo un impacto en la tarifa de los usuarios asociados al mismo, quienes asumieron injustificadamente unos sobrecostos, en tanto el hecho que dio origen a tal situación era contrario a la regulación. A pesar de ello, **LA INVESTIGADA** no realizó acciones tendientes a corregir dicha irregularidad, acciones que debía adelantar en virtud del principio de eficiencia que rige la asignación y utilización de los recursos, con el fin de garantizar la prestación del servicio al menor costo económico.

En sexto lugar, para el Despacho es claro que los servicios públicos domiciliarios son una actividad económica en la cual intervienen distintos agentes, que ejecutan diversas transacciones tendientes a garantizar una prestación eficiente y de calidad de dichos servicios.

Al respecto, la Constitución Política ha señalado como uno de los fines esenciales del Estado, “la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional”⁴³, ya que el objetivo de estos, no es otro que satisfacer las necesidades básicas y esenciales de las personas. Así lo ha dispuesto la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

“(...) la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte

⁴² Valor en pesos de junio de 2019.

⁴³ Artículo 365. Constitución Política.

orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.⁴⁴.

Lo anterior fue reiterado en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en el cual se señaló: “El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...) prestación eficiente”.

Como lo ha explicado la doctrina, el criterio y principio de eficiencia implica que, “si bien las tarifas de los prestadores deben ser suficientes para recuperar los costos en los que incurrir para la prestación de los servicios, los costos que pueden recuperarse mediante las tarifas son solo aquellos que sean eficientes”⁴⁵. Lo anterior significa que los servicios públicos domiciliarios más allá de cubrir un conjunto de necesidades básicas, deben mejorar la calidad de vida de las personas, por lo que su prestación bajo criterios de eficiencia debe trascender del ámbito meramente económico, al ámbito social.

El concepto de eficiencia en el ámbito de los servicios públicos, y concretamente del servicio de energía eléctrica, fue desarrollado por las Leyes 142 y 143 de 1994, en las cuales se destacan dos aspectos, a saber: (i) que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente; y (ii) que la eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de forma que se garantice la prestación del servicio de energía al menor costo económico.

En relación con el primer aspecto, y en virtud de la potestad y el deber del Estado de intervenir en la economía, la regulación en materia de servicios públicos debe tener como objetivo principal proteger a los usuarios de los abusos que puedan resultar de un mercado no competitivo. En palabras de la Corte Constitucional:

“En un mercado competitivo el incremento del precio como resultado de la ineficiencia, conlleva un riesgo, a saber, que el productor pierda participación en el mercado debido a que sus precios serán superiores a los de sus competidores. En este orden de ideas, la disposición según la cual “las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente” pretende que los usuarios no paguen el costo de las ineficiencias de las empresas, tal como no lo harían en un mercado competitivo”⁴⁶ (Énfasis agregado).

Frente al segundo aspecto, es claro que la prestación del servicio de energía al menor costo económico supone que si bien los servicios públicos no son gratuitos, en tanto que las tarifas que se cobran por expresa disposición constitucional tienen por objeto la recuperación de los costos del servicio en atención a los criterios de solidaridad, redistribución de ingresos y suficiencia financiera⁴⁷, no puede ello dar lugar a que los usuarios asuman costos superiores a las tarifas que les corresponde pagar, debido a hechos irregulares cometidos por terceros. Lo anterior no es nada diferente a la materialización del postulado constitucional del artículo 365, que dispone que los servicios públicos deben prestarse de forma eficiente **a todos** los habitantes del territorio nacional.

Así, la inclusión del principio de eficiencia en la Ley 143 de 1994, entendido como la prestación del servicio de energía al menor costo económico, tuvo como fundamento que:

“El proyecto tiene el propósito de establecer un régimen claro y transparente para la prestación de los servicios de generación, interconexión, transmisión, y distribución de electricidad (...). El Estado y los agentes económicos vinculados con el servicio de electricidad tendrán como objetivos básicos los siguientes:

- Abastecer la demanda de electricidad dentro de un marco de uso racional y eficiente de los recursos energéticos.
- Promover la libre competencia económica.
- Impedir prácticas que constituyan competencia desleal y regular los monopolios naturales.
- Asegurar una operación eficiente, segura y confiable del sistema interconectado nacional.
- Asegurar la protección de los derechos de los usuarios y el cumplimiento de sus deberes.
- Mantener y operar las instalaciones de las personas, de los bienes y del medio ambiente.

Las actividades de generación, interconexión, transmisión y distribución de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales de manera continua. Por esta razón se les otorga el carácter de servicios públicos esenciales.

La prestación del servicio de electricidad estará orientada por los principios generales que la doctrina administrativa considera esencial al servicio público a saber: eficiencia, calidad y continuidad del suministro a los consumidores, adaptabilidad a los avances científicos y tecnológicos y neutralidad en el tratamiento a los usuarios y a los agentes económicos vinculados con la prestación del servicio”⁴⁸ (Énfasis agregado).

En este contexto, la Ley 143 de 1994 dispuso que: (i) el principio de eficiencia debe regir todas las actividades relacionadas con el servicio de electricidad (artículo 6), y (ii) la regulación tiene como objetivo fundamental asegurar la adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos en beneficio del usuario, en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio (artículo 20).

Es claro entonces que en relación con los usuarios, la eficiencia se analiza desde el punto de vista del costo que estos asumen por la prestación del servicio que reciben, y en ese contexto, la regulación que expiden las Comisiones de Regulación -actuando como delegadas de las funciones presidenciales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios- debe concebirse como el conjunto de acciones gubernamentales que tienen como fin evitar que el interés y la capacidad de manejo privado de ciertos agentes económicos (empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios) lesionen el interés público, concretamente el interés de los usuarios.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 066 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁴⁵ Núñez Forero, Felipe. (2017) Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura, Ed. Universidad Externado de Colombia, Página 234.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 1050 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁷ Circular Externa SSPD No. 2020100000144 del 06 de abril de 2020.

⁴⁸ Gaceta del Congreso No. 50 de 1992, página 15.

No puede perderse de vista que el referido artículo 6 de la Ley 143 expresamente señala que “El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico”, y que el artículo 13 de la Ley 142 señala que “Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”.

Para el caso particular, la interpretación de la regulación por parte de un agente como **LA INVESTIGADA**, en un sentido diferente al que aquella perseguía, afectó de manera directa a los usuarios del **STR** centro-sur, especialmente porque esta tenía la capacidad de actuar para que se llevara a cabo una correcta asignación y utilización de los recursos, de tal forma que se garantizara la prestación del servicio al menor costo económico.

En séptimo y último lugar, conforme a lo expuesto, para el Despacho es claro que **LA INVESTIGADA** a pesar de considerar que **DIACO** no se encontraba conectado al **STN** tal y como lo afirmó en los considerandos del Contrato de Conexión, celebró el contrato adicional con dicho usuario en virtud del cual solicitó al **ASIC** la modificación del registro de la frontera comercial, aun cuando ello implicaba para los usuarios el cobro de un mayor cargo por uso del nivel de tensión 4, ya que los ingresos aprobados a **EBSA** en su calidad de **OR** se dividirían entre una menor demanda, dando lugar a que los usuarios asociados al **STR** centro-sur pagaran un mayor valor a causa del mencionado cambio, sin que en el transcurso de los más de 9 años en que se presentó dicha situación **LA INVESTIGADA** hubiera ejecutado acción alguna tendiente a evitar la afectación económica en dichos usuarios.

Así, concluye el Despacho que **EBSA**, en su calidad de agente económico encargado de la operación del **SIN**, desconoció su obligación de adelantar una correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantizara la prestación del servicio al menor costo económico, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994⁴⁹.

4.4. VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS EN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

4.4.1. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EBSA

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

“IV. Solicitud

En virtud de lo expuesto en este escrito, solicito a la Superintendencia:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución SSPD - 20212400605025 del 21/10/2021 teniendo en cuenta los argumentos expuestos en este escrito.

SEGUNDO: REVOCAR la sanción impuesta a EBSA.

TERCERO: ARCHIVAR la presente investigación contra la Compañía.

CUARTO: En subsidio, CONCEDER el recurso de apelación⁵⁰.

4.4.1.1. De la vulneración del *non bis in ídem*

EBSA adujo:

“La Resolución Sanción claramente desconoce el principio de non bis in ídem e intenta forzosamente desligar un mismo hecho, objeto y causa, en dos asuntos que claramente son inescindibles, esto es el análisis de la conexión de DIACO (que ya ha tenido varios pronunciamientos) con la presunta afectación a los usuarios del STR, que es supuestamente un aspecto diferente, cuando claramente no lo es.

(...)

Respecto del principio del non bis in ídem, la jurisprudencia nacional ha indicado de manera reiterada lo siguiente:

“Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio non bis in ídem según la cual la prohibición no esta (sic) dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser “juzgado” dos veces. Considera la Corte, que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio no bis in ídem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho (...).

(...)

Contrario a los sostenido por la Superintendencia, el expediente No. 2017240350600045E si tuvo dentro de su alcance y objeto de investigación la presunta afectación a los usuarios, por lo que naturalmente si la SSPD archivó la investigación dicha presunta afectación también quedó ligada al auto de archivo y por ende es objeto de cosa juzgada.

⁴⁹ Folios 868 (reverso) a 880 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁵⁰ Folios 995 a 998 de la carpeta No. 5 del Expediente

Lo anterior, se encuentra plenamente demostrado, por el Informe Técnico del 18 de octubre de 2017 remitido por la DTGE, **que fue la base del expediente 2017240350600045E**, donde se mencionaba y detallaba el actuar de XM y EBSA en torno a la conexión de DIACO y la presunta infracción a la regulación de la CREG.

En dicho Informe Técnico, -que reitero fue la base del expediente de 2017 archivado en 2018, expresamente se señaló lo siguiente (...):

4. CONCEPTO DE PRESUNTA VIOLACIÓN

Para abordar este acápite se tendrán en cuenta los siguientes argumentos: (i) conexión de **DIACO** a la Subestación Paipa según lo dispuesto en la Resolución CREG 082 de 2002, (ii) la frontera comercial de **DIACO** como conectada al STN al margen de la aplicación del parágrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, (iii) registro por parte de XM de la frontera comercial de **DIACO** como conectada directamente al STN y (iv) impacto en la tarifa de los usuarios del STR Centro sur.

Nótese como (sic) expresamente el concepto de la vulneración del informe de la DTGE remitido a la DIEG, tuvo dentro de su alcance **“el impacto en la tarifa de los usuarios del STR Centro – Sur”**.

(...)

De lo anterior, es evidente que el Informe Técnico base para el expediente No. 2017240350600045E, no solo se limitó al análisis de la conexión de DIACO, **sino al presunto impacto sobre la tarifa de los usuarios como consecuencia del cambio de conexión**, por lo que claramente si (sic) estaba dentro del análisis del expediente archivado en 2018 Y NO PODÍA SER UN ASUNTO NUEVAMENTE ABORDADO EN UN PROCESO SANCIONATORIO, por la sencilla razón de que tal potestad caducó, lo investigado es lo mismo, opera el principio de presunción de inocencia y no puede desconocerse el principio fundamental del non bis in ídem, bajo la falsa premisa de que lo investigado ahora no es el mismo HECHO, sino la consecuencia del mismo hecho”.⁵¹

(...)

“De la mano con lo anterior, tal como lo sostuvo el Informe Técnico de 2017, dentro de los aspectos analizados en dicho momento, estuvo la presunta afectación a los usuarios, pues ello sería una consecuencia de la conexión de DIACO al STN, por lo que no son dos conductas diferentes que puedan ser tratadas en procesos separados, sino que ambas **guardan la misma causalidad**, por lo que con el archivo de la investigación en 2018, claramente la presunta afectación de los usuarios no podía ser objeto de nuevo debate y menos si la Superintendencia ya no podía demostrar y sancionar a EBSA por la conexión de DIACO ante la operación del fenómeno de la caducidad.

(...)

Supuestamente se demostró que EBSA sabía que la conexión de DIACO no cumplía con la Resolución CREG 097 de 2008 (a pesar de que la misma Resolución al inicio dijo que no analizaría dicha Resolución), cuando:

- a. Ningún análisis sobre la conexión de DIACO debió hacerse pues existía cosa juzgada, en el sentido de que **caducó la facultad sancionatoria de la Superintendencia sobre este punto**, por lo que si la SSPD en 2018 declaró la caducidad de su facultad en este punto, no podía 2 años después utilizar el mismo auto para revivir la investigación y dar por probado (cuando nunca lo estuvo) que la conexión de DIACO no cumplió con la Resolución CREG 097 de 2008.
- b. Sin perjuicio de ello, no obra en el expediente **ninguna prueba técnica o cuento** (sic) **menos, conducente, pertinente y útil** que haya demostrado que la conexión de DIACO era ilegal, pues el auto de archivo de 2018, lo que demuestra es la caducidad y la cosa juzgada (...).
- c. Rechazo enfáticamente la conclusión de que EBSA supiese que la conexión era ilegal, más aún cuando dicha conclusión la toma la Superintendencia de los considerandos del Contrato de Conexión, ignorando por completo que dicho Contrato de Conexión estuvo sujeto a sendas condiciones suspensivas por el cambio regulatorio que la CREG estaba anunciando, por lo que el considerando del Contrato de Conexión no solo no demuestra que la Compañía supiese que DIACO no tenía derecho, sino que desconoce el contenido integral y completo del Contrato.

(...)

Por lo anterior, no puede, ni debe la Superintendencia sancionar a la Compañía por la supuesta afectación a los usuarios del STR, cuando esa afectación **parte de la base** que la conexión de DIACO es ilegal a las luces de la Resolución CREG 097 de 2008, aspecto que fue objeto de archivo por operar el fenómeno de la caducidad, por lo que sancionar a EBSA por la consecuencia de una conducta investigada y archivada hace dos años por caducidad, es una intención manifiesta de la SSPD de desconocer sus propios actos y de revivir su facultad sancionatoria por los mismos hechos.

(...)

Sin perjuicio de que el acto administrativo No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018, se encuentra en firma (sic), ejecutoriado y con presunción de legalidad, debo señalar que en todo caso la Superintendencia claramente desconoce el artículo 29 de la Constitución y el artículo 3° del C.P.A.C.A., al exponer a EBSA a investigaciones sucesivas, donde la Compañía por tercera vez ha tenido que defender su actuar respecto a la conexión de DIACO.

(...)

De los tres momentos en que la Superintendencia analizó la conexión de DIACO, se puede concluir claramente que ha (sic) EBSA se le ha violado el derecho al non bis in ídem y la Superintendencia está desconociendo sus propios actos y la confianza legítima generada en estos por lo siguiente:

⁵¹ Folios 992 a 993 de la carpeta No. 5 del Expediente

(i) Los tres documentos (dos de ellos proferidos en expedientes separados de la dirección de investigaciones), tuvieron como eje de la investigación la frontera comercial registrada de DIACO al STN en virtud al Contrato celebrado entre EBSA y DIACO en el año 2008 (...).

(ii) Los dos expedientes surgen de informes técnicos del DTGE de la Superintendencia, remitidos a la dirección de investigaciones sobre las posibles infracciones a la regulación por parte de EBSA al celebrar un contrato con DIACO y considerarlo como conectado al STN. Donde el Informe Técnico del 18 de octubre de 2017 sí (sic) **incluyó e informó la presunta afectación a los usuarios, por lo que sí estuvo dentro del alcance del expediente No. 2017240350600045E.**

(...)

(vii) Mientras en el expediente 2017240350600045E se archivó la investigación contra EBSA y XM por la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD, **siendo un acto administrativo con presunción de legalidad que adquirió firmeza**, en el expediente 2019240350600009E, no hizo mayor análisis al respecto sobre dicho auto de archivo que también cobijaba a EBSA y mucho menos advirtió que la SSPD no cuenta con potestad sancionatoria frente a EBSA por haber transcurrido el término (sic) de caducidad ampliamente.

Por todas las consideraciones anteriores, es que sin lugar a dudas la Superintendencia con la (sic) este expediente y con la Resolución Sanción violó gravemente el non bis in ídem de EBSA⁵².

LA RECURRENTE se refirió de nuevo a una vulneración del principio del *non bis in ídem*, toda vez que, en su opinión, la **SSPD** ya se había pronunciado frente a los hechos materia de esta investigación, en el marco de la actuación archivada mediante el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018. En ese sentido, adujo que "(...) el Informe Técnico base para el expediente No. 2017240350600045E, no solo se limitó al análisis de la conexión de DIACO, **sino al presunto impacto sobre la tarifa de los usuarios como consecuencia del cambio de conexión**, por lo que claramente sí (sic) estaba dentro del análisis del expediente archivado en 2018"⁵³.

Para empezar, corresponde al Despacho aclarar que los Informes Técnicos de Gestión ("IG") son emitidos por las Direcciones Técnicas de Gestión de la **SSPD** como resultado del ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, y tienen por objeto poner en conocimiento de las Direcciones de Investigaciones la presunta existencia de vulneraciones al régimen de servicios públicos domiciliarios por parte de las empresas prestadoras, con el fin de que aquellas determinen la existencia de mérito para iniciar o no una actuación administrativa de carácter sancionatorio.

En esa medida, los **IG** no pueden ser considerados como actos de formulación e imputación de cargos, pues estos únicamente constituyen un insumo para establecer la(s) posible(s) conducta(s) a investigar y las normas presuntamente vulneradas, correspondiéndole exclusivamente a las Direcciones de Investigaciones determinar el objeto y alcance de la actuación, si hubiere lugar a ella, sin que el contenido del **IG** sea vinculante, como tampoco lo es para el administrado.

De ahí que la **DIEG** de aquel entonces, en el acto administrativo SSPD No. 20172401488451 del 20 de octubre de 2017, mediante el cual se dio inicio a la indagación preliminar de la actuación archivada, prescindiera de analizar uno de los hechos puestos en su conocimiento, a saber, el impacto que representaba en los usuarios del **STR** centro-sur la indebida modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO**, limitándose a establecer si había méritos para iniciar una investigación por el presunto incumplimiento del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008. Veamos:

"2. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

(...)

Realizado el análisis de los documentos previamente referidos, esta Dirección considera necesario adelantar averiguación preliminar con el fin de establecer si existen méritos o no para formular pliego de cargos contra **EBSA** y **XM** (...).

2.1. En relación con **EBSA**, de acuerdo con los hechos señalados en el Informe Técnico de Gestión, se tiene que celebró con **DIACO** un contrato de conexión al STN No. 2008-100, con objeto condicionado, el día 15 de agosto de 2008 y posteriormente otro sí el día 3 de noviembre de 2009, los cuales se celebraron aparentemente en contra de la regulación. Es decir, contrario a lo establecido en el artículo 7 de la Resolución 097 de 2008⁵⁴ (Énfasis agregado).

Así, contrario a lo manifestado por **LA RECURRENTE**, en la actuación administrativa adelantada dentro del expediente No. 2017240350600045E la **SSPD** no se pronunció frente

⁵² Folios 995 a 998 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁵³ Folio 993 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁵⁴ Folio 118 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

a los hechos materia de esta investigación, al margen de que hayan sido parte del **IG** que antecedió dicha actuación.

Claro lo anterior, y tal como se explicó en la **Resolución Sancionatoria**, en el campo del derecho administrativo sancionatorio, el *non bis in ídem* constituye una prohibición de sancionar dos veces a una persona por la misma falta⁵⁵. Así, contrario a lo alegado por **LA RECURRENTE**, la presente actuación administrativa no vulnera este principio, toda vez que:

1. La averiguación preliminar adelantada por la **DIEG** contra **EBSA** y XM Compañía de Expertos en Mercados ("**XM**"), dentro del expediente No. 2017240350600045E, no tuvo un alcance diferente al citado líneas arriba, es decir, que **EBSA** "celebró con **DIACO** un contrato de conexión al STN No. 2008-100, con objeto condicionado, el día 15 de agosto de 2008 y posteriormente otrosí el día 3 de noviembre de 2009, los cuales se celebraron aparentemente en contra de la regulación. Es decir, contrario a lo establecido en el artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008"⁵⁶.
2. En línea con lo anterior, la norma cuyo presunto incumplimiento motivó la apertura de la averiguación preliminar en el año 2017 fue el artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008⁵⁷.
3. El objeto de la presente actuación era establecer si **LA RECURRENTE** incumplió el régimen legal y regulatorio al no garantizar la prestación del servicio de energía al menor costo económico a los usuarios del **STR** centro-sur, en razón a que dichos usuarios asumieron el cargo del servicio de distribución de **DIACO** entre noviembre de 2009 y febrero de 2019, periodo durante el cual se mantuvo el registro de la frontera comercial de este usuario, considerándolo como directamente conectado al **STN**.
4. En la presente actuación, el cargo formulado se fundamentó en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 -el cual define el principio de eficiencia- y los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, los cuales se refieren a la prestación eficiente como una de las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos y al carácter vinculante de los principios a efectos de interpretar los vacíos normativos⁵⁸.

Finalmente, **EBSA** afirmó que "no obra en el expediente **ninguna prueba técnica o cuanto menos, conducente, pertinente y útil que haya demostrado que la conexión de DIACO era ilegal**"⁵⁹, y se refirió a una vulneración del principio de confianza legítima, así como a la ocurrencia de la caducidad en la presente investigación. Dado que dichos argumentos también fueron presentados en acápite independientes, éstos serán analizados más adelante.

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

4.4.1.2. De la falsa motivación y la vulneración del principio de congruencia

LA RECURRENTE señaló:

*"la Resolución Sanción incurre en una falsa motivación al dar por cierto que la conexión de DIACO era ilegal a las luces de la Resolución CREG 097 de 2008, cuando en el expediente **no existe una prueba conducente, pertinente, útil y legal** que pueda demostrar dicha circunstancia.*

(...)

*En el presente caso la falsa motivación se genera, es palpable pues toda la Resolución Sanción **parte de la base** que la Conexión de DIACO al STN es errónea bajo la Resolución CREG 097 de 2008 (a pesar de ser archivada dicha investigación) y que por ello presuntamente se afectó (sic) la tarifa de los Usuarios del STR.*

*Al analizar el expediente y la Resolución Sanción, para concluir que la conexión al STN de DIACO es ilegal o darlo por cierto, la fuente de la Superservicios es nada menos que el **acto administrativo de archivo por caducidad del expediente 2017240350600045E**, lo cual no solo es un contrasentido sino es inconstitucional pues la Superintendencia no puede ni debe tomar un auto de archivo para abrir una nueva investigación y tomar por plena prueba las consideraciones previas de dicho auto de archivo, **ignorando** que esas consideraciones quedaron cobijadas por el fenómeno de la caducidad y que fue por ello que se archivó la investigación.*

(...)

⁵⁵ Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁶ Folio 118 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁵⁷ Folio 118 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁵⁸ Folio 187 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁵⁹ Folio 995 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

(...) la Superintendencia debe corregir tal posición que es contradictoria, viola cualquier garantía procesal y atenta directamente contra el debido proceso y la seguridad jurídica por lo siguiente con ostensible apartamiento de la Ley y la Constitución Política:

- (i) EBSA insiste en que el auto de archivo **esta** (sic) **en firme y tiene presunción de legalidad**, pero claramente no bajo el análisis y “doble función” que tiene el auto, sino analizando el auto íntegramente, como corresponde, donde la conclusión y la parte motiva del mismo **cierran y archivan la investigación** por una caducidad en relación con los HECHOS INVESTIGADOS (...).
- (ii) El análisis y la firmeza del auto de archivo debe hacerse **de manera íntegra y sin perder de vista la parte resolutive** pues otra interpretación haría pensar que el acto administrativo es incongruente, cuando no lo es.

En efecto, dicho auto de archivo en su parte **resolutive JAMÁS** declaró que EBSA hubiese vulnerado la Resolución CREG 097 de 2008, la razón es muy sencilla porque luego de hacer esas afirmaciones en la parte motiva sobre la conexión de DIACO, inmediatamente después, **analizó su facultad sancionatoria y declaró la caducidad sobre dicho punto**, por lo que se abstuvo de imputar cargos y de continuar con el trámite del expediente y es un aspecto que la Super servicios no puede ignorar en esta investigación.

- (iii) Tomar un aparte del auto de archivo (sobre la conexión de DIACO) y darle el carácter de plena prueba dentro de este expediente, **ignorando** que inmediatamente después la SSPD en el mismo auto, declaró la caducidad y procedió al cierre de la investigación, sin declarar a EBSA como infractor de la Resolución CREG 097 de 2008 y menos sancionarlo, por precisamente caducar su facultad sancionatoria.

(...)

Por lo anterior, el hecho de dar por probado que la conexión de DIACO es ilegal, con el auto de archivo, claramente lo que hace es darle un alcance jurídico al auto que no tiene (pues no es de sanción o de imputación de cargos, sino que **declara una caducidad**), y además se torna en una intención manifiesta de desconocer el debido proceso y la caducidad ya declarada pero en un nuevo proceso⁶⁰.

Líneas más abajo, sostuvo lo siguiente:

“La Resolución Sanción hace un esfuerzo en desligar este expediente, del expediente No. 2017240350600045E y con ello hace incongruente el inicio de la investigación en la resolución (sic) de Cargos de la Resolución Sanción, **pues en la Resolución de Cargos** (sic) **en los hechos que se dio origen a la investigación** se analiza detalladamente la conexión de DIACO, para ahora sostener que esa no fue la causa de la imputación.

Recuérdese que, como el expediente No. 2017240350600045E fue archivado como consecuencia de la caducidad que allí operó, el cual, se trae a colación en este asunto, toda vez que, EBSA nuevamente fue investigada, y ahora sancionada, por medio de la Resolución objeto del presente recurso de reposición, por afectación económica a los usuarios sin mediar declaración previa por parte de la Superintendencia donde declarara la ilegalidad de la conexión de DIACO, EBSA no vulneró principio alguno y, contrario ello, significa que la Resolución sanción es incongruente.

Dicho de otra forma ¿cómo podría la Superintendencia sancionar a EBSA por afectar la tarifa de los usuarios, sin analizar o concluir que la conexión de DIACO era ilegal?, lo anterior evidencia que desde un inicio la investigación también iba a pronunciarse de otra forma sobre la Conexión de DIACO, para ahora en la Resolución Sanción sostener que son dos cosas diferentes, cuando están conectadas.

(...)

Y es que la afectación de los usuarios es consecuencia de la supuesta ilegalidad de la conexión de DIACO, la cual, la Superintendencia presume como ilegal pese a no mediar una declaratoria de la misma, toda vez que: (i) existe un acto administrativo cobijado bajo presunción de legalidad que declaró la caducidad de fecha 1 de agosto de 2018; (ii) dicho acto administrativo no puede ni debe ser desconocido por la Superintendencia, menos aún para sancionar a EBSA por la consecuencia de una conducta que declaró caducada en el 2018; y de todas formas, (iii) en comunicación de 15 de julio de 2011 la Super Servicios fue expresa en señalar que EBSA no cometió infracción alguna con la conexión de DIACO.

Así, la Superintendencia violó el principio de congruencia entre los cargos y la resolución sanción. Pues si bien en la Resolución (sic) de Cargos se indica el tema de la afectación de los usuarios, dicha afectación de los usuarios en los Cargos, va de la mano con el contrato de conexión de DIACO, es decir, uno es consecuencia del otro, donde la Resolución (sic) de Cargos en los hechos que dan origen a la investigación, vuelve a mencionar la Resolución CREG 097 de 2008⁶¹.

EBSA alegó que la Resolución Sancionatoria está viciada de nulidad por falsa motivación, en razón a que la SSPD dio “por cierto que la conexión de DIACO era ilegal a las luces de la Resolución CREG 097 de 2008, cuando en el expediente no existe una prueba conducente, pertinente, útil y legal que pueda demostrar dicha circunstancia”⁶².

Pues bien, aunque en efecto esta actuación administrativa sí parte de la premisa de que la frontera de **DIACO** no cumplía con los requisitos regulatorios para ser considerada como conectada directamente al **STN**, se equivoca **LA RECURRENTE** al desconocer que se trata de un hecho probado, tal como se pasa a exponer.

⁶⁰ Folios 998 (reverso) a 1000 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶¹ Folios 1.012 a 1.013 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶² Folio 998 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

En primer lugar, para el Despacho resulta abiertamente contradictorio que **EBSA** desconozca la irregularidad de la conexión de **DIACO** cuando el registro de la frontera comercial de este usuario fue posterior a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, hecho que de suyo impedía que le aplicara la excepción prevista en el párrafo del artículo 7 de la citada Resolución.

Por si lo anterior fuera poco, la Resolución 106 de 2012, por la cual la **CREG** resolvió el recurso de reposición interpuesto por **EBSA** en el marco de un procedimiento administrativo de actualización de sus cargos por uso, precisó lo siguiente:

"II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

(...)

No obstante, la CREG establece que el caso del usuario Diaco no se ajusta a la situación descrita en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que este usuario tenía registrada su frontera en el nivel de tensión 4 y no en el STN. El registro de la frontera de este usuario en el STN se dio a partir del día 1 de noviembre del año 2009, de acuerdo con la información suministrada al CREG por XM mediante comunicación radicada en la CREG con el número E-2010-002534.

Lo anterior muestra que no existe una razón justificada para que la CREG hubiese tomado la proporción de la demanda máxima de la conexión de DIACO en los nuevos activos de la subestación Paipa, tal como lo solicita en su recurso de reposición la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., en virtud de lo dispuesto en la Resolución CREG 097 de 2008" (Énfasis agregado).

Posteriormente, tal conclusión fue compartida por la **SSPD** en el acto administrativo No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018, en el cual se analizó puntualmente la situación jurídica de la frontera comercial de **DIACO**, encontrando que su conexión **no cumplía** con los supuestos establecidos en la Resolución CREG 097 de 2008 para ser considerada como conectada al **STN**.

No obstante, **EBSA** ha pretendido ignorar las conclusiones inequívocas a las que han llegado dos autoridades como la **CREG** y la **SSPD** en actos administrativos de carácter particular, **expedidos en procedimientos administrativos en los que aquella ha sido parte**, llegando a desconocer que, tales actos, los cuales obran como prueba dentro de la presente actuación, demuestran la ilegalidad de la conexión de **DIACO** y el conocimiento de ello por parte de **EBSA**. Así las cosas, se cae por su propio peso lo alegado por **LA RECURRENTE**, en particular por la naturaleza vinculante de las consideraciones de los actos administrativos, las cuales son el fundamento de la decisión consignada en su parte resolutive.

Por otra parte, tampoco es de recibo para el Despacho el argumento según el cual la **SSPD** se equivoca al "Tomar un aparte del auto de archivo (sobre la conexión de DIACO) y darle el carácter de plena prueba dentro de este expediente, **ignorando** que inmediatamente después la **SSPD** en el mismo auto, declaró la caducidad y procedió al cierre de la investigación"⁶³, máxime si se tiene en cuenta que, como ya se dijo, **EBSA** fue parte en dicha actuación administrativa, en la cual no expuso ninguna inconformidad frente a las consideraciones de la **DIEG** sobre un aspecto de especial relevancia en el acto: la irregularidad de la conexión de **DIACO**. Entonces, si **EBSA** disintió en manera alguna de los argumentos que fundamentaron la decisión de la **SSPD**, debió reponer el acto de archivo, en lugar de pretender, en esta instancia, restarles validez a las consideraciones allí expuestas.

Así las cosas, no es posible argumentar que la **Resolución Sancionatoria** está viciada de nulidad por falsa motivación, especialmente cuando no solo se satisfizo el principio de suficiencia probatoria, sino que además se precisó qué pruebas obrantes en el expediente demuestran que la irregularidad de la conexión de **DIACO** al **STN** es un hecho que no estaba en discusión en este proceso y que era plenamente conocido por **EBSA**. Concretamente, los siguientes documentos dan cuenta de ello: **(i)** el contrato de conexión, en el cual de manera expresa **EBSA** manifestó en sus antecedentes que, en su criterio, "**DIACO** no está conectado al **STN**"; **(ii)** la Resolución 106 de 2012, que le fue notificada a **EBSA**, en la cual la **CREG** afirmó que "*el caso del usuario Diaco no se ajusta a la situación descrita en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que este usuario tenía registrada su frontera en el nivel de tensión 4 y no en el STN*" y; **(iii)** el pronunciamiento de la **SSPD** en el acto administrativo No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018.

⁶³ Folio 1.000 de la carpeta No. 5 del Expediente.

Finalmente, **LA RECURRENTE** señaló que la **Resolución Sancionatoria** desconoció el principio de congruencia que rige el procedimiento administrativo, toda vez que la conducta analizada coincide con los hechos que dieron lugar a la actuación adelantada dentro del expediente No. 2017240350600045E, frente a los cuales esta misma **SSPD** declaró la caducidad de la facultad sancionatoria.

Al respecto, el Despacho precisa que el principio de congruencia en el derecho sancionatorio tiene por objeto garantizar que el sujeto investigado solo pueda ser sancionado por los hechos e infracciones que fueron imputados inicialmente. Frente al particular, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*"Las normas contenidas en los numerales (...) de la Resolución (...) no fueron citados en el pliego de cargos formulado a la sociedad demandante, como posible consecuencia jurídica de la infracción objeto de investigación, violándose con ello el principio de congruencia entre la imputación y la decisión. (...) Las consideraciones expuestas llevan a la Sala a concluir que la sociedad demandante no pudo ejercer correctamente el derecho de contradicción y defensa que constituye parte del núcleo esencial del debido proceso, ante la omisión en el señalamiento de estas normas en el pliego de cargos y en la resolución por medio de la cual se dio una orden en el marco de un procedimiento sancionatorio en el cual no le era dable hacerlo, por ser un trámite reglado"*⁶⁴.

En síntesis, el citado principio busca evitar que la sanción administrativa impuesta responda a una infracción distinta a aquella indicada en el cargo imputado.

Como se puede observar, la naturaleza del principio de congruencia no corresponde con lo alegado por **LA RECURRENTE**. No obstante, entendiendo que el argumento está dirigido a cuestionar la decisión de la **Resolución Sancionatoria** a pesar del archivo de la averiguación preliminar adelantada dentro del expediente No. 2017240350600045E, el Despacho reitera que dicha actuación no tuvo un alcance diferente al hecho de que **EBSA** "celebró con **DIACO** un contrato de conexión al STN No. 2008-100, con objeto condicionado, el día 15 de agosto de 2008 y posteriormente otosó el día 3 de noviembre de 2009, los cuales se celebraron aparentemente en contra de la regulación. Es decir, contrario a lo establecido en el artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008"⁶⁵. En cambio, el objeto de esta actuación fue establecer si **LA RECURRENTE** desconoció su deber de garantizar la prestación del servicio al menor costo económico a los usuarios del **STR** centro-sur, en razón a que entre noviembre de 2009 y enero de 2019 dichos usuarios asumieron los cargos por uso del nivel de tensión 4 que debía pagar **DIACO**, con ocasión de la indebida modificación de su frontera comercial, registrada como directamente conectada al **STN**.

Luego, no es posible concluir que la **Resolución Sancionatoria** desconoce o es incoherente en relación con el archivo del expediente No. 2017240350600045E, pues si bien este es un antecedente de la presente actuación, no comparten su finalidad ni alcance en manera alguna.

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

4.4.1.3. De la vulneración del principio de confianza legítima

Sobre este punto, **LA RECURRENTE** argumentó lo siguiente:

"La Resolución Sanción en el análisis de existencia o no de la confianza legítima, ignoró el análisis del ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre el mismo tema en 2011, donde en respuesta a la CREG expresamente le indicó que no encontró méritos para iniciar investigación, pues no evidenció una violación a la norma o a la regulación por la conexión de DIACO al STN.

Ese aspecto es crucial, pues si en julio de 2011, EBSA tuvo la confianza legítima de que la SSPD respaldaba la conexión de DIACO al STN y no la consideraba violatoria, no podía esperar que años después la misma Superintendencia iniciara dos procesos para lograr sancionar a EBSA.

Lo anterior, es una clara alteración a la confianza que depósito EBSA en el actuar de la Superintendencia cuando se analizó la Conexión de DIACO por primera vez, lo cual debe conllevar a la revocatoria de la Resolución Sanción, por violarse la confianza legítima de EBSA al amparo del artículo 83 de la Constitución.

(...)

(...) EBSA depósito (sic) su confianza en el actuar de la Superintendencia desde julio de 2011, donde la Superintendencia - luego de ejercer sus facultades de inspección, vigilancia y control para la conexión de EBSA (sic)- concluyó que no se estaba violando la ley ni la regulación, con lo cual EBSA desde ese momento tuvo la confianza legítima de que la conexión de DIACO atendía a la Resolución CREG 097 de 2008, sin que pudiese

⁶⁴ Consejo de Estado. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta de Descongestión. Sentencia del 18 de abril de 2018. Rad. No. 63001-23-31-000-2006-01180-01. C.P.: Rocío Araujo Oñate.

⁶⁵ Folio 118 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

*esperar que luego de dicho pronunciamiento en dos oportunidades diferentes la Superintendencia le abriera dos expedientes sancionatorios, de manera sucesiva, **siendo un cambio brusco e inesperado** por parte de la Superservicios, más aún cuando el asunto estuvo sin ninguna otra observación **por más de 6 años**.*

Expresado de manera sencilla, los siguientes actos son los que le dieron a EBSA la confianza legítima de que estaba actuando conforme a la regulación:

(...)

*En consecuencia, es evidente que a lo largo de los años se le ha generado una confianza legítima a EBSA de que en el caso que ocupa la atención de la SSPD, la Compañía siempre ha actuado de acuerdo a la regulación, por lo que no puede ahora la Superintendencia 9 años después desconocer sus propios actos y el hecho de que desde el año 2010 tuvo la oportunidad de requerir a EBSA al respecto, pero no solo no lo hizo, **sino que respaldo** (sic) **el actuar de EBSA**, en torno al registro de la frontera de DIACO, con lo que claramente se le generó una confianza legítima a EBSA que no puede ser desconocida de manera abrupta casi 10 años después⁶⁶.*

En síntesis, **EBSA** nuevamente argumentó que la **SSPD** vulneró su confianza legítima al adelantar la presente investigación, pues “**ignoró el análisis del ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre el mismo tema en 2011, donde en respuesta a la CREG expresamente le indicó que no encontró méritos para iniciar investigación, pues no evidenció una violación a la norma o a la regulación por la conexión de DIACO al STN**”⁶⁷. En otras palabras, según su dicho, la referida comunicación de la **DTGE** en el año 2011 fue un “respaldo” al actuar de **EBSA** por parte de la **SSPD**.

Para empezar, se reitera lo dicho en la **Resolución Sancionatoria**, en el sentido de indicar que el principio de confianza legítima se desprende de los principios constitucionales de seguridad jurídica y buena fe, y en palabras de la Corte Constitucional, “*busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades*”⁶⁸.

Ahora bien, corresponde al Despacho advertir que la prolongación de una conducta cuya irregularidad no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de la administración, de ninguna manera legitima el incumplimiento del administrado o le da algún derecho o expectativa. En esa medida, **LA RECURRENTE** no puede alegar la vulneración del principio de confianza legítima por parte de la **SSPD**, pues lo cierto es que desde noviembre de 2009 hasta febrero de 2019 se prolongó una situación irregular de la que conocía que dio lugar a que, durante ese lapso, los usuarios del **STR** centro sur asumieran injustificadamente el pago de un mayor cargo por uso. Esta infracción, se repite, **no había sido estudiada por la SSPD en el marco de una actuación administrativa sancionatoria**.

De otra parte, se equivoca **EBSA** en su entendimiento acerca de la comunicación del 15 de julio de 2011, en la cual la **DTGE** de aquel entonces, en respuesta a una **solicitud** allegada por la **CREG**, manifestó no haber evidenciado en ese momento vulneraciones legales o regulatorias que fuesen insumo para recomendar la apertura de una investigación. Ahora, es de precisar que tal conclusión se expuso **en el marco de una respuesta a una comunicación**, mas no por ello constituye un acto administrativo expedido en el ejercicio de la función de control que ostenta la **SSPD**. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

*“la Corte se pronunció sobre la distinción entre un acto administrativo y una variedad de actos que expresan un juicio, deseo o querer de la administración, pero no llegan a ostentar ni los alcances ni los efectos de un acto administrativo. El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas, generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generar deberes u obligaciones ni otorgan derechos”*⁶⁹.

Entonces, dado que la comunicación del 15 de julio de 2011 no fue producto de una actuación administrativa con fines sancionatorios, carece de sentido entender que con ello la administración descartó la posibilidad de emitir cualquier pronunciamiento posterior frente a la situación irregular en cuestión. Por lo tanto, si dicho incumplimiento continuó prolongándose en el tiempo, mal habría hecho la **SSPD** al incumplir su deber de iniciar una investigación, especialmente cuando, analizada la situación se evidenció un

⁶⁶ Folios 1.000 (reverso) a 1.002 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶⁷ Folio 1.000 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶⁸ Corte Constitucional. T-020-2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

desconocimiento del principio de eficiencia, **hecho que a la fecha no había sido objeto de investigación.**

En igual sentido, el Despacho llama la atención en el alcance general y poco preciso de la referida comunicación de 2011 expedida por la **DTGE**, considerando necesario traer a colación lo allí manifestado, a saber:

“Doctor
Javier Augusto Díaz Velasco
Director Ejecutivo
Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG

(...)

Asunto: Publicación de variables para cálculo de tarifas reguladas: radicado SSPD 20115290260802 del 23 de junio de 2011

Respetado Doctor Díaz:

En cuanto al caso planteado por Codensa, solicitamos una aclaración regulatoria en cuanto a lo establecido en la Resolución 008 de 2003. La resolución en cuestión indica:

(...)

Respecto a la solicitud de investigación presentada por ustedes mediante radicado SSPD No. 20195290346732, nos permitimos informarle que esta entidad en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control, requirió a la Empresa de Energía de Boyacá y adelantó una reunión con representantes de la misma, con el objeto de indagar sobre la denuncia por usted interpuesta.

Al respecto y una vez analizada (sic) documentación aportada por la empresa y las explicaciones brindadas por la misma, no se evidenciaron violaciones legales o regulatorias que fuesen insumo para la remisión de un informe técnico solicitando la apertura de investigación a la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas⁷⁰ (Énfasis agregado).

Nótese que el objeto de dicha comunicación ni siquiera era la respuesta a la denuncia interpuesta por la **CREG** frente a la (entonces presunta) irregularidad de la conexión al **STN** del usuario **DIACO**; como se puede observar, lo relacionado con este asunto es abordado de manera efímera y accesoria, sin análisis alguno de los supuestos de hecho y de derecho considerados para afirmar, sin el respaldo de una rigurosa labor de inspección y vigilancia, que no se habían evidenciado incumplimientos legales o regulatorios “que fuesen insumo para la remisión de un informe técnico solicitando la apertura de investigación a la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas”.

Tan será cierto lo anterior que, cuando en el año 2017 la **DTGE** de entonces analizó la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** evidenció el presunto incumplimiento del párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008 y remitió a la **DIEG** la solicitud de investigación que terminó con el archivo de la averiguación preliminar adelantada. Entonces, no se entiende cómo se pretende darle a la citada comunicación del año 2011 un alcance que no sólo su naturaleza, sino también la vaguedad de su contenido, impidían de suyo que tuviera los efectos de cosa juzgada, derecho adquirido o siquiera expectativa legítima de la aprobación de la administración de la conexión de **DIACO**.

Así las cosas, ante la ausencia de un actuar previo desplegado por la administración, no puede predicarse la existencia de una confianza legítima a favor de **LA RECURRENTE**, pues no es viable sostener que la inacción de la administración equivale a una aprobación de las conductas de los vigilados, o justifica el incumplimiento de sus obligaciones.

Por lo tanto, al ejercer las funciones de vigilancia y control correspondientes, la **SSPD** no está desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima que amparan a sus administrados, pues de manera previa, ni en el presente caso ni en otros, ha avalado que **LA RECURRENTE** pueda desconocer el derecho que tienen los usuarios a una prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica.

Finalmente, en relación con los actos de la administración que según **EBSA** le dieron “la confianza legítima de que estaba actuando conforme a la regulación”⁷¹, llama la atención del Despacho que entre las comunicaciones, reuniones, documentos y resoluciones que mencionó, no se encuentra la Resolución 106 de 2012, en la cual, como ya se dijo, la **CREG** analizó en un acto administrativo vinculante por qué no podía considerarse que la conexión

⁷⁰ Folio 570 de la carpeta No. 3 del Expediente.

⁷¹ Folio 1.001 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

de **DIACO** pertenecía al **STN**. Inclusive, si en criterio de **LA RECURRENTE** las consideraciones de tal Resolución no correspondían con su entendimiento de la regulación o con la invocada legalidad del contrato de conexión celebrado con **DIACO**, debió demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del acto administrativo, en lugar de desconocer en este punto el alcance y la contundencia de lo expresado por el regulador desde el año 2012 limitándose a reiterar lo indicado en la regulación desde 2008.

Tampoco se hace mención alguna al análisis de la situación de la conexión de **DIACO** contenido en el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018, a partir del cual era inviable interpretar que el actuar de **EBSA** en relación con la modificación de la frontera comercial de dicho usuario estaba acorde con la regulación, y mucho menos “tenía el respaldo de la **SSPD**”. De hecho, si las consideraciones de dicho acto hubiesen sido tenidas en cuenta por **EBSA**, al margen del resuelve del mismo, ésta debió haber realizado lo necesario para que cesara el incumplimiento que hoy se sanciona dentro de la presente actuación.

Por lo señalado, el argumento aquí estudiado no está llamado a prosperar.

4.4.1.4. De la vulneración de los artículos 87 y 88 del CPACA por parte de la SSPD

LA RECURRENTE alegó:

“La interpretación que le está dando la Superintendencia al auto de archivo, como plena prueba de la ilegalidad de la Conexión de DIACO, no solo es contradictoria e inconstitucional, sino que al realizar la Resolución Sanción incurre en violación de norma, puntualmente los artículos 87 y 88 del C.P.A.C.A., pues en últimas (sic) desconoce la parte resolutive del auto de archivo, que fue cierre de la investigación por caducidad y archivo del expediente.

Al respecto, el C.P.A.C.A. en sus artículos 87 y 88 donde se explica en detalle cuando un acto administrativo adquiere firmeza y ejecutoria.:

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

(...)

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del termino para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

(...)

Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...).

(...)

*En efecto, mediante acto administrativo No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018 la Superintendencia “decide archivar la indagación preliminar que se adelantaba en contra de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.”, por lo que al proferir dicho auto en el expediente que además declara la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, culminó la actuación administrativa y por ende se trata de un acto administrativo **definitivo, que cobró firmeza y por ende presunción de legalidad.***

*Pero dicha firmeza y presunción de legalidad, no puede ni debe ser analizada parcialmente o respecto a un aparte aislado del auto de archivo para con ello iniciar una nueva investigación y sancionar a EBSA, sino que la firmeza y presunción de legalidad **debe ser interpretada integralmente**, donde la Superservicios al archivar esa investigación **declaró la caducidad de la facultad sancionatoria** y ordenó **cerra** (sic) **la investigación y archivar el expediente**, es respecto de ese punto que el acto es definitivo y tiene firmeza.*

*Por lo que si la Superintendencia, -en vez de dar cumplimiento a su propia actuación y dejar archivado el expediente por la caducidad que ella misma declaró-, abre un nuevo expediente y le da una interpretación y alcance al auto de archivo que claramente no tiene, sin lugar a dudas está desconociendo la firmeza y presunción de legalidad de la decisión de archivar y declarar caducado **todo lo relacionado con la Conexión de DIACO**, con el agravante de que sanciona a EBSA tomando como prueba dicho auto y dándole un alcance que no tiene, ni podrá tener jurídicamente.*

Por lo anterior, la Resolución Sanción además de todo lo que acá se indica, viola flagrantemente los artículos 87 y 88 del C.P.A.C.A. al desconocer la firmeza y presunción de legalidad del auto de archivo de 2018 y darle un alcance e interpretación que no tiene⁷².

En resumen, **LA RECURRENTE** alegó que la **SSPD** desconoció los artículos 87 y 88 del **CPACA**, ya que al haberse declarado la caducidad y archivo de la actuación adelantada dentro del expediente No. 2017240350600045E, no debió darle al acto de archivo una interpretación y alcance diferentes.

⁷² Folios 1002 (reverso) a 1003 de la carpeta No. 5 del Expediente.

Pues bien, aunque **EBSA** acierta al afirmar que el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018 –*mediante el cual se archivó la averiguación preliminar adelantada por la SSPD*- está en firme y por ende goza de presunción de legalidad, se equivoca al desconocer el carácter vinculante no sólo de su parte resolutoria, sino también de sus consideraciones.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha expresado así:

“Uno de los atributos de los actos administrativos es la eficacia. En virtud de este, el acto administrativo tiene la aptitud para producir los efectos jurídicos que persigue, como una expresión de la autotutela de la administración. La regla general es que los actos administrativos tengan eficacia inmediata a partir de su firmeza y que ella sea constante en el tiempo, esto es, que la obligación de su cumplimiento se mantenga durante toda la vida del acto.

(...)

Por su parte, el inciso 1 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 prevé que < (...) salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)>.

Es importante señalar que el hecho de que el carácter ejecutivo de los actos administrativos opere desde el momento en que estos adquieren firmeza tiene su explicación en la presunción de legalidad que los cobija, en virtud del cual, a partir de entonces y mientras que no sean declarados nulos judicialmente, debe entenderse que se profieren de conformidad con el ordenamiento jurídico. Así las cosas, presumir la legalidad de la decisión administrativa permite que esta se haga definitivamente obligatoria tanto para la administración como para los administrados desde que ha quedado ejecutoriada”⁷³.

A partir de lo anterior, se advierte que, de cara a la presente actuación, ni la firmeza ni la presunción de legalidad del acto de archivo han sido cuestionadas. Por el contrario, tales cualidades son el presupuesto de esta investigación, ya que, como se ha venido reiterando, las consideraciones de dicho acto fueron claras, suficientes y contundentes en relación con la conexión de **DIACO** y porqué esta no cumplía con los supuestos regulatorios para ser considerada como conectada al **STN**.

Por lo tanto, mal haría el Despacho en desconocer las consideraciones de la **SSPD** frente a la conexión de **DIACO**, y más aún, ignorar su deber de investigar los efectos que tal registro tuvo en los usuarios del **STR** centro-sur, aspecto hasta entonces no estudiado en sede de control. En esa medida, se descarta la vulneración normativa alegada por **EBSA**, pues es claro que el objeto de esta actuación no sólo no le ha restado firmeza y legalidad al acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018, sino que sus consideraciones han sido un antecedente fundamental en el análisis de la conducta reprochada, que -se repite- si **EBSA** hubiese tenido en cuenta en ese momento, la habrían llevado a realizar lo necesario para que cesara el incumplimiento hoy sancionado.

Dicho esto, queda desvirtuado el argumento aquí analizado.

4.4.1.5. De la legalidad de la conexión de DIACO y del contrato de conexión al STN

Al respecto, **EBSA** argumentó:

“Ante la sanción impuesta donde nuevamente se analizó la conexión de DIACO al STN, debo reiterar que EBSA sí (sic) ha dado cumplimiento a la regulación y que DIACO a la luz del artículo 7 de la Resolución 097 de 2008, si debía considerarse conectado al STN, cosa que cambió sin que EBSA tenga conocimiento del motivo, a partir de la Resolución 015 de 2018.

En efecto, el párrafo del artículo 7 de la citada Resolución 097 establece el tratamiento que debe darse a las situaciones particulares y concretas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia, precisando los supuestos de hecho que deben reunirse para que un usuario final se considere conectado al STN, como ocurrió en el caso de DIACO.

(...)

La norma es enfática, en que el Barraje del lado de baja tensión es un activo que debe incluirse para efectos de considerar conectado directamente al STN a un usuario, y lo es así para efectos de entender cuándo se presenta la situación jurídica consolidada, a que (sic) se refiere el artículo 7.

Es por ello que, resulta evidente que, DIACO quedó cobijada bajo la situación particular y concreta que establecía el párrafo del artículo en mención, ya que es la misma Resolución la que establece bajo qué supuestos se entiende que existe un usuario final conectado directamente al STN, y en ese entendido, el trato que debe recibir DIACO debe ser como el de un usuario conectado directamente al STN; y no queda duda que

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Rad. 11001-03-25-000-2014-00675-00 (2084-2014). CP. William Hernández Gómez. 30 de abril de 2020.

DIACO estaba conectado al Baraje (sic) del lado de baja tensión al momento de la expedición de la Resolución 097 de 2008, y desde el año 1997.

(...)

Por tanto, la apreciación de la SSPD actual **no solo desconoce** sus propios actos como se ha expuesto a lo largo de este escrito, sino que desconoce la interpretación que tiene el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, a partir de la cual DIACO se consideraba un usuario conectado al STN y que es la interpretación que atiende a las circunstancias de tiempo, modo y lugar al momento de que (sic) hubo ese cambio regulatorio, tal como lo adoptó en su momento la Superservicios en 2011 y que casi 10 años después pretende desconocer.

(...)

En ese entendido, el párrafo del artículo 7 de la Resolución 097 debe ser reconocido como una norma constitutiva de situaciones jurídicas consolidadas (máxime en un mercado en el que, por disposición legal, los derechos y obligaciones de los agentes se encuentran sujetos al derecho privado y a la regulación del Gobierno). Dicha norma establece que las personas que encajen en el supuesto allí expresado, **incluso cuando su conexión sea anterior a su entrada en vigencia, serán usuarios finales conectados directamente al STN, con el consecuente tratamiento que la ley ordena darles.**

Dado que DIACO estaba conectado al Barraje del lado de baja tensión, considerado como uno de los módulos asociados a los activos de transformación con tensión primaria, se entiende que DIACO es un usuario final conectado directamente al STN.

Tan evidente es la inclusión del Barraje del lado de baja tensión como un activo directamente conectado al STN en la Resolución 097, que la Resolución 015 de 2018, **cambia la definición de un usuario final conectado directamente al STN**, para excluir el concepto que se tenía a la luz de la Resolución 097, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 13. Tratamiento de activos de conexión al STN.

(...)

Parágrafo. Para las situaciones particulares y concretas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008 en las que se tengan usuarios finales considerados como conectados directamente al STN no habrá lugar al cobro de cargos por uso de STR o SDL. Para este efecto, el LAC publicará y usará el listado de fronteras de usuarios conectados directamente **al STN registrados en la oportunidad citada** y excluirá dicha demanda de energía de particular en los cargos por uso de los niveles de tensión 3, 2 o 1.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

(...)

Así las cosas, y si bien no es este el escenario para discutir cambios regulatorios, la Resolución 015 de 2018, constituye claramente una prueba válida e idónea de que el párrafo del artículo 7 de la Resolución 097 no puede ser interpretado de forma diferente a la expuesta en estas aclaraciones; esto es, en el sentido en que la situación particular y concreta de DIACO, como usuario final conectado al STN, se ajustaba a la regulación vigente al amparo de la cual se estableció su relación contractual con EBSA.

(...)

(...) el Anexo 5 [de la Resolución CREG 071 de 2008] establece en el título 4, que es posible la migración al STN utilizando activos de conexión existentes o nuevos, es decir, que a la luz de la 097/08 es posible que un usuario que no había sido considerado como conectado directamente al STN, ahora sí lo fuese, teniendo en cuenta unas pautas particulares que el Anexo 5 establece para generar una migración.

(...)

En el caso de DIACO, (...) **siempre ha estado conectado al Barraje del lado de baja tensión de un activo remunerado parcialmente por uso y por conexión** (...).

Es por ello que, nos permitimos afirmar, que aún bajo el análisis de la normatividad complementaria de la Resolución 097 de 2008, la regulación consideró el (sic) Barraje del lado de baja tensión es un activo conectado directamente al STN (...).

(...)

EBSA, de haberse rehusado a tratar a DIACO como un usuario final conectado directamente al STN, habría infringido la Resolución 097 y con ello de las Leyes 142 y 143 de 1994, debido a que habría desconocido por completo la normatividad que regulaba las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos de los usuarios.

(...)

(...) le compete a la CREG definir la metodología de cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes STN, y la aprobación de estas para los Operadores de Red.

En ese sentido, es relevante mencionar que en tanto una de las funciones de la CREG es aprobar las tarifas por el uso de las redes de STN, en desarrollo de dicha función debe verificar que se cumplan las condiciones bajo las cuales la misma CREG ha establecido que se remuneran el acceso y uso de las redes STN. Es por ello que, la CREG debe revisar, al momento de recibir la solicitud de cargos por uso y después de surtir todo el proceso que establece el artículo 21 de la Resolución 097, que efectivamente sea viable cobrar las tarifas por los activos que los OR han manifestado que se encuentran conectados directamente al STN.

(...)

(...) Además de ello, recae en cabeza de la CREG un deber de verificar la información que está siendo suministrado (sic) dentro del proceso y no se puede asumir que el mismo se cumplió.

(...)

Finalmente, y para cerrar este acápite, recalco que la CREG tiene el deber de verificar que la solicitud de cargos por uso refleje la realidad fáctica y jurídica del momento, por lo cual, en caso de existir incoherencias o discordancias con el ordenamiento jurídico, la CREG tiene la facultad de denegar la solicitud o requerir los cambios que considere necesarios para que se conceda conforme a las normas vigentes que regulan el tema.

(...)

(...) el Contrato entre EBSA y DIACO, como ya se indicó, estuvo sujeto a una condición suspensiva, consistente en la ocurrencia de una de dos situaciones, a partir de las cuales se determinaría el objeto del Contrato.

(...)

En el Auto de Cargos, se manifiesta expresamente que EBSA suscribió el Contrato de Conexión con DIACO sabiendo que este no cumplía con las condiciones para ser conectado al STN bajo la Resolución 097 de 2008. Sin embargo, se equivoca la SSPD en su apreciación ya que la existencia del objeto y el consecuente derecho que éste establece en cabeza de las partes estuvo sujeto a una condición suspensiva, con lo cual dicho objeto no nació a la vida jurídica sino hasta que se expidió la Resolución 097, y se estableció de forma explícita que el Barraje del lado de baja tensión es un activo conectado al STN.

Así las cosas, en el momento en que las partes pactan una condición suspensiva, como bien lo dice el nombre, suspenden los efectos de derecho que se puedan generar por el Contrato hasta tanto no se configure el acontecimiento futuro, a partir de la ocurrencia del cual sí se entiende que nace a la vida jurídica el objeto, en los términos de la cláusula segunda.

(...)

(...) DIACO y EBSA sometieron el objeto del Contrato a una condición suspensiva consistente en la expedición de una nueva regulación por parte de la CREG. En ese sentido, el objeto del Contrato no existió, ni generó efectos y menos fue exigible para las partes, hasta tanto no ocurrió el hecho futuro e incierto entonces considerado, el cual dependía de la voluntad de un tercero, como es la CREG (...).

(...)

Resulta evidente, entonces, que el objeto del Contrato entre EBSA y DIACO nació a la vida jurídica, y se convirtió exigible sólo a partir del momento en que la CREG expidió la Resolución CREG 097 de 2008 (...).

Es importante mencionar, además de todo lo expuesto anteriormente que, en un caso analizado por la CREG en el año 2001, el ente regulador conoció el caso del usuario de Cerro Matoso S.A., en el cual analizó la situación de esta empresa en relación a las tarifas que pagaba (...).

(...)

En el referido caso, la CREG determinó que para el caso de fronteras que sean medidas en el lado de baja tensión de equipos de transformación conectados al STN, las ventas de energía medidas en la frontera comercial se referirán al nivel de tensión del STN para efectos de liquidar los cargos por uso del STN.

Acá la CREG busca regular de forma específica el caso de Cerro Matoso S.A., sin embargo, el mismo tratamiento debe darse al caso de DIACO, pues es ostensible la similitud de supuestos de hecho, en los términos expuestos por la CREG (...)⁷⁴.

LA RECURRENTE insiste en que la conexión de **DIACO** pertenece al **STN** y, por ende, siempre ha estado acorde con la regulación. Este argumento ya fue desvirtuado en la **Resolución Sancionatoria**, por lo cual el Despacho procede a reiterar lo allí expuesto.

En primer lugar, dicha afirmación desconoce la premisa a partir de la cual se inició la presente investigación, que no es otra que el análisis realizado por la **DIEG** en el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018. De ahí que en la **Resolución Sancionatoria** -así como en el *Pliego de Cargos*- se citaran las consideraciones de dicho acto, en los siguientes términos:

*"28) El 1º de agosto de 2018, mediante acto administrativo No. 20182401125641⁷⁵, la **DIEG** de aquel entonces indicó lo siguiente:*

(...)

2.2 Situación jurídica consolidada a la luz de la Resolución CREG 097 de 2008.

(...)

*Pues bien, no es procedente afirmar que a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, existía una situación particular y concreta consolidada en la conexión de **DIACO** al STN, ya que no le era aplicable la condición expuesta en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008. En dicha medida, no era correcto que **XM** registrara la frontera comercial de consumo del usuario no regulado **DIACO**, ubicada en el nivel de tensión 115 kV como conectada directamente al **STN**. No es cierto que, a partir de la mención del barraje de lado de baja tensión, el regulador creó para **DIACO** una situación particular y consolidada que no tenía con anterioridad a la vigencia de la resolución *ibidem*.*

⁷⁴ Folios 1003 (reverso) a 1012 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁵ Folios 120 a 133 de la carpeta No. 1 del Expediente.

Al respecto, es preciso señalar que una situación consolidada es la que se crea en vigencia de una norma, respecto de la cual se cumplen los presupuestos necesarios para que surtan los efectos que de esta se derivan, razón por la cual, al promulgarse una nueva ley, esta no puede desconocer las situaciones consolidadas o los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia.

En el caso que nos ocupa, y con base en lo señalado anteriormente, la conexión de DIACO con anterioridad a la vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, no se podía considerar como conectada al STN. En esta medida, al momento de la entrada en vigencia de la Resolución ibídem no existía una situación consolidada, razón por la cual no le era aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 de la resolución ibídem.

Conforme a lo anterior, no es aplicable la interpretación y el alcance que DIACO y EBSA le dieron al parágrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, puesto que no es posible que una ley posterior pueda generar una situación jurídica consolidada que no se tenía a la luz de una ley anterior.

(...)

*Para el caso en concreto, **XM** en su calidad de **ASIC** registró la frontera comercial de **DIACO** al **STN** en la Subestación Paipa de **EBSA**, el 1 de noviembre de 2009, siendo este el hecho, para determinar el mérito de una eventual investigación administrativa sancionatoria.*

*Tal registro se dio, como se dijo anteriormente, después de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008 y al ser el acto de registro ante **XM**, el único mecanismo válido y permitido por la regulación para formalizar las fronteras comerciales dentro del mercado de energía mayorista, el registro de la frontera de **DIACO**, no puede ser considerada como una situación jurídica consolidada bajo el artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008⁷⁶ (Énfasis agregado).*

Así las cosas, no se entiende cómo **LA RECURRENTE** insiste en su alegación frente a la legalidad de la conexión de **DIACO** al **STN**, cuando de manera contundente, mediante el referido acto administrativo, y sobre el cual ésta no manifestó ninguna inconformidad en su debido momento, la **SSPD** explicó y sustentó por qué dicha frontera no cumplía con los supuestos regulatorios para ser considerada como conectada al **STN**.

En segundo lugar, no es de recibo para el Despacho que nuevamente **EBSA** pretenda justificar su conducta aduciendo que “la CREG tiene el deber de verificar que la solicitud de cargos por uso refleje la realidad fáctica y jurídica del momento”⁷⁷, pues lo cierto es que, tal como se explicó en la **Resolución Sancionatoria**: (i) la aprobación de los cargos por uso objeto de la Resolución CREG 120 de 2009 obedeció a la información suministrada por **EBSA** misma; y (ii) el hecho de que la **CREG** hubiese aprobado a **EBSA** los cargos por uso con base en la información suministrada por ésta, no era sinónimo de que la conexión de **DIACO** pertenecía a uno u otro nivel de tensión, por el contrario, ello corresponde a la aplicación del artículo 3 de la Resolución CREG 097 de 2008, el cual dispone que la base para la aprobación del cálculo de los costos y cargos por uso del **OR** es la información suministrada por éste a la **CREG**.

Tal aspecto fue enfatizado por la **CREG** en la Resolución 106 de 2012, en la cual afirmó:

“la CREG no tomó una información diferente a la suministrada por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., y (...) esta empresa es la responsable de reportar los porcentajes de uso de los activos que opera, para que sean tenidos en cuenta en el cálculo de sus tarifas en virtud de lo dispuesto en la Resolución CREG 097 de 2008.

(...)

De acuerdo con lo anterior, para el presente caso los porcentajes de uso diferentes al 100% reconocidos a algunos de los activos de la subestación Paipa se debieron a que la Comisión utilizó la información reportada por la empresa, la cual es de su responsabilidad cuando solicita la aprobación de sus cargos por uso y debe ser fiel a la realidad contable, financiera, operativa y comercial de sus activos”⁷⁸ (Énfasis agregado).

En tercer lugar, respecto al reiterado argumento según el cual el contrato de conexión suscrito entre **EBSA** y **DIACO** es legal, es necesario traer a colación lo señalado por la **SSPD** en el acto administrativo No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018, el cual señala que:

“es pertinente aclarar que si bien las obligaciones condicionales dependen de un acontecimiento futuro que puede suceder o no, esa obligación condicionada para ser válida, debe tener un objeto lícito, es decir que no se encuentra prohibida por las leyes.

(...)

⁷⁶ Folios 873 (reverso) a 874 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁷ Folio 1008 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁸ Folio 317 (medio magnético - CD) de la carpeta No. 2 del Expediente. Documento en formato pdf denominado “4.Crg106-12”, páginas 4 a 6.

Ahora bien, el objeto condicionado del contrato de conexión, señalaba que la conexión de **DIACO** al **STN**, se ratificaría una vez fuera expedida la Resolución CREG 097 de 2008. No obstante, no es procedente considerar que la conexión de **DIACO** al **STN** se formalizaría luego de la expedición de la nueva regulación, cuando la misma Resolución CREG 097 de 2008 establecía que las conexiones al **STN** que se respetarían, serían las formalizadas antes de su entrada en vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, no se encuentra facultada para exigir que los actos o contratos de los prestadores, se sometan a su aprobación previa, ya que ello constituiría actos de coadministración por parte de esta entidad en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Así lo expresó la **SSPD** en el Concepto SSPD-OAJ-2004-399:

“(...) el ámbito de competencia de la entidad en punto de los contratos de los prestadores se contrae a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que celebren las empresas y los usuarios... Si se permitiera que previamente los actos y decisiones que son adoptadas por las empresas dentro de la total autonomía administrativa con que cuentan, y luego dentro de la órbita de sus funciones, entraría a ejercer control, vigilancia e inspección sobre los actos en los cuales ya ha impartido su aprobación y concurso... la Superintendencia al desplegar este tipo de acciones entraría a coadministrar las empresas por ella vigiladas. En otras palabras, esta Superintendencia no está facultada para controlar la legalidad de los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos -tarea encomendada a los Tribunales de la República- razón por la cual de manera reiterada se ha abstenido de hacer cualquier pronunciamiento a este respecto por ausencia de competencia (...).

Bajo el criterio del concepto antes referido, se advierte que frente al contrato de conexión suscrito entre **EBSA** y **DIACO**, esta Dirección no es competente para juzgar la legalidad o licitud del objeto contractual; no obstante, sin el ánimo de retirar de la vida jurídica un acto contractual, esta entidad si es competente para verificar que sus efectos no se encuentren al margen del régimen jurídico de los servicios públicos. Es decir, al margen de lo pactado en el contrato en mención, es función de la **SSPD** determinar, de acuerdo con la regulación, si **DIACO** como usuario no regulado, tenía una situación jurídica concreta y consolidada⁷⁹ (Énfasis agregado).

Así las cosas, la primera conclusión que se reitera es la imposibilidad de la **SSPD** para pronunciarse frente a la legalidad del contrato de conexión. Tal como se citó en la **Resolución Sancionatoria**, la Oficina Asesora Jurídica de la **SSPD** ha conceptualizado lo siguiente frente a este particular:

“(...) de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su aprobación, ya que el ámbito de su competencia en relación con estos, se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios (...).

Lo contrario podría configurar extralimitación de funciones, así como la realización de coadministración a sus vigiladas.

(...) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no es la entidad competente para supervisar, desde el punto de vista subjetivo, aspectos atinentes a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, salvo que los mismos sean contratos de servicios públicos o de condiciones uniformes (...).

(...)

Se tiene entonces que esta Superintendencia ha conceptualizado de manera reiterada que a la luz del régimen de servicios públicos domiciliarios vigente, el ámbito de competencia de la entidad en relación con los actos y contratos de los prestadores se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios (...) es decir, aquellos que atañen únicamente lo que tienen (sic) que ver con la prestación efectiva de los servicios (sic) (...) público domiciliario quedando excluidos de nuestra órbita de vigilancia, todos los demás actos y contratos que desarrollen los citados prestadores⁸⁰.

En consecuencia, para este Despacho es claro que la conducta objeto de análisis en la presente investigación **no** tiene que ver con la legalidad del contrato de conexión -aspecto que escaparía abiertamente de las competencias de la **SSPD**-, sino con los efectos que implicó en los usuarios del **STR** centro-sur el desconocimiento del principio de eficiencia, vigente, inclusive, desde antes de la celebración del citado contrato de conexión. De ahí que dicho contrato constituya un antecedente de la presente actuación, mas no su objeto de análisis, tal como quedó sentado desde la expedición del Pliego de Cargos y se reiteró en la **Resolución Sancionatoria**.

En cuarto lugar, frente al argumento según el cual **DIACO** recibió un trato desigual en relación con el usuario Cerro Matoso S.A. -CM, ya que en un pronunciamiento del año 2001 la **CREG** “determinó que para el caso de fronteras que sean medidas en el lado de baja tensión de equipos de transformación conectados al **STN**, las ventas de energía medidas en la frontera comercial se referirán al nivel de tensión del **STN** para efectos de liquidar los cargos por uso del **STN**”⁸¹, es de recordar lo expuesto en la **Resolución Sancionatoria**, en el sentido de que no es posible

⁷⁹ Folio 129 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸⁰ Concepto SSPD-OAJ-4-2016, del 5 de enero de 2016.

⁸¹ Folio 1011 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

comparar dos situaciones completamente disímiles, e inclusive afirmar que a través de un concepto la **CREG** buscaba “regular de forma específica el caso de Cerro Matoso S.A.”⁸².

Se trata de un concepto del año 2001, es decir, **anterior** a la expedición de la Resolución CREG 097 de 2008. Entonces, cualquier pronunciamiento anterior de la **CREG** en relación con una materia regulada por dicha Resolución tiene que leerse en el marco de la normativa vigente al momento de su expedición, que se resalta, no era la Resolución CREG 097 de 2008. En la misma línea, se recuerda que un concepto no es un instrumento regulatorio. Por el contrario, es un pronunciamiento explicativo, **no vinculante**, que refleja la interpretación del regulador frente a una determinada consulta, mas no una reglamentación sobre la materia analizada, mucho menos tratándose de situaciones particulares.

Ahora, no puede decirse lo mismo de los pronunciamientos de la **CREG** frente a la conexión del usuario **DIACO**, la cual fue analizada mediante la Resolución 106 de 2012, varias veces citada a lo largo de este acto. Pues bien, a diferencia del alcance y la naturaleza del pronunciamiento realizado mediante un concepto, en esta decisión la **CREG** analizó puntualmente la situación de **DIACO**, expresando con claridad que esta **no cumplía** con la excepción del parágrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008.

Así, en manera alguna es posible asimilar lo conceptuado por la **CREG** en el año 2001 sobre la conexión del usuario CM a la situación de **DIACO**, especialmente cuando **LA RECURRENTE** conoce la posición del regulador al respecto **desde el año 2012**, la cual quedó consignada en un **acto administrativo vinculante**, que se encuentra en firme, goza de presunción de legalidad y fue expedido en el marco de una actuación administrativa en la que la misma **EBSA** era parte.

Dicho esto, quedan desvirtuados los argumentos aquí analizados.

4.4.1.6. De la caducidad de la facultad sancionatoria

Al respecto, **LA RECURRENTE** señaló:

“la Superservicios no puede entender que se trata de una conducta continuada, sino que, debe tener en cuenta que se trata en realidad de un hecho aislado e independiente, término de caducidad que empieza a correr a partir del 1 de noviembre de 2009 so pena de que la autoridad esté extendiendo indebidamente el ejercicio de su facultad sancionatoria.

(...)

(...) tal como lo indicó el Acto Administrativo de archivo, el fenómeno de la caducidad ocurrió el 1 de noviembre de 2012, pasados los 3 años que tenía la Superintendencia para ejercer la acción sancionatoria, por lo que si en dicho auto de archivo la Superintendencia declaró que operó el fenómeno de la caducidad, para los mismos hechos; en este nuevo expediente la Superintendencia debe declarar que operó la caducidad en la misma fecha al tratarse del mismo hecho investigado este es la conexión de DIACO al STN y las implicaciones que ello tuvo.

(...)

(...) en el presente asunto también operó el fenómeno de la caducidad -así la Superintendencia asuma que se trata de un hecho continuado- pues el cómputo de la caducidad se realizaría desde la fecha en que la Superintendencia de Servicios tuvo conocimiento de la conducta, el 9 de julio de 2010, cuando la CREG solicitó a la Superintendencia la investigación correspondiente por el registro de le (sic) frontera de DIACO como conectada directamente al STN, o en el mejor de los escenarios el 10 de diciembre de 2010, cuando EBSA sostuvo una reunión con la SSPD para aclarar todo entorno (sic) al Contrato de Conexión suscrito con DIACO, y la posición de considerarlo conectado al STN.

(...)

A pesar de que la Superintendencia expresamente en julio de 2011 señaló que no encontró mérito para imputar a EBSA por la Conexión de DIACO, al encontrar a esta ajustada a la regulación, en el 2017 por segunda vez la Superintendencia decidió investigar la conexión de DIACO en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control⁸³.

LA RECURRENTE insistió nuevamente en que en el presente caso operó la caducidad de la facultad sancionatoria el 1º de noviembre de 2012, fecha en la cual se cumplieron tres años desde la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** al **STN**. Al respecto, es de reiterar lo analizado en la **Resolución Sancionatoria**, empezando por precisar que la presente investigación **no** versa sobre los hechos frente a los cuales esta misma **SSPD**

⁸² Ibídem.

⁸³ Folios 1013 a 1015 de la carpeta No. 5 del Expediente.

reconoció el acaecimiento de tal fenómeno, a través del acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1º de agosto de 2018⁸⁴.

De hecho, *-tal como fue explicado en el Pliego de Cargos, así como en la **Resolución Sancionatoria**, la actuación surtida en esa oportunidad, en 2018, tuvo que ver con “registrar la frontera comercial del usuario **DIACO** como conectada al **STN**, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008”⁸⁵ (Énfasis agregado). De ahí que se concluyera el acaecimiento del fenómeno de caducidad, toda vez que se trataba de un hecho que había ocurrido en un momento preciso y singular en el tiempo, esto es, “el día en que el **ASIC** modificó la frontera comercial que estaba como conectada al **STR** y la pasa al **STN**, es decir el 1 de noviembre de 2009”⁸⁶.*

Ahora, no siendo aquel el objeto de la presente investigación, para este Despacho resulta claro que, contrario a lo afirmado por **LA RECURRENTE**, no es posible predicar la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria, pues tanto la formulación del cargo imputado, como su análisis, tienen un objeto diametralmente diferente al de la indagación preliminar archivada, a saber, el desconocimiento de la obligación de realizar una correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantizara la prestación del servicio al menor costo económico. Lo anterior, por cuanto la conducta reprochada se prolongó de manera ininterrumpida durante el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2009 y el 5 de febrero de 2019.

Siendo claro entonces que la infracción investigada en la presente actuación administrativa cesó el 5 de febrero de 2019, según lo previsto en el artículo 52⁸⁷ del **CPACA**, los tres años de caducidad empezaron a correr a partir de ese momento, siendo la fecha de caducidad de esta investigación el **5 de febrero de 2022**.

Por otra parte, frente a la consideración de **LA RECURRENTE** según la cual el término de caducidad de la presente actuación también podría contarse a partir de la fecha en la que la **SSPD** tuvo conocimiento de la presunta irregularidad de la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO**, esto es, “el 9 de julio de 2010, cuando la CREG solicitó a la Superintendencia la investigación correspondiente por el registro de la frontera de **DIACO** como conectada directamente al **STN**, o en el mejor de los escenarios el 10 de diciembre de 2010, cuando **EBSA** sostuvo una reunión con la **SSPD** para aclarar todo entorno al Contrato de Conexión”⁸⁸, se reitera que la presente actuación no corresponde a los hechos relacionados con el registro de la frontera de **DIACO**, sino a los efectos del mismo, los cuales se presentaron hasta el 5 de febrero de 2019.

Finalmente, **EBSA** afirmó: “*A pesar de que la Superintendencia expresamente en julio de 2011 señaló que no encontró mérito para imputar a **EBSA** por la Conexión de **DIACO**, al encontrar a esta ajustada a la regulación, en el 2017 **por segunda vez** la Superintendencia decidió investigar la conexión de **DIACO** en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control*”⁸⁹. Sin embargo, no se entiende la relación entre la comunicación de la **DTGE** del 15 de julio de 2011 y la caducidad de la facultad sancionatoria en la presente actuación, especialmente porque, se reitera, dicha comunicación ni siquiera constituye un acto administrativo, sino que corresponde a una comunicación que no precisó las circunstancias de hecho y de derecho que respaldaban la conclusión a la que se llegaba, por lo que no es posible concluir que reflejaba un ejercicio de análisis de la situación irregular de **DIACO**.

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

⁸⁴ Folios 120 a 133 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸⁵ Folio 132 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ “**Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición (...). Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.” (Énfasis agregado).

(...)” (Énfasis agregado).

⁸⁸ Folio 1014 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁸⁹ Folio 1015 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

4.4.1.7. De la vulneración del debido proceso

LA RECURRENTE planteó:

“Si la Superintendencia no analizó en detalle la Conexión de DIACO (pues no podía por el auto de archivo) y la única “prueba” que utilizó para demostrar que la Conexión de DIACO no era al STN, fue el auto de archivo por caducidad de 2018, cuando dicho auto no tiene, ni puede dársele dicho alcance como se acaba de explicar, claramente la Superintendencia además de violar el non bis in ídem y su propia cosa juzgada, violó la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución.

(...)

*En el caso concreto, si la SSPD no contaba con una prueba idónea que le permitiera concluir que la Conexión de DIACO es ilegal, -máxime cuando la misma Superintendencia en 2011 concluyó que dicha conexión no violaba norma o regulación alguna-, claramente la Superservicios **no cumplió con la carga probatoria a su cargo** y en todo caso, ante la variedad de posiciones sostenidas tanto por la CREG como por la SSPD desde 2009 hasta el presente, es claro que EBSA (sic) se le debió aplicar el principio de favorabilidad y de presunción de inocencia, por no existir una prueba concluyente que permitiese sostener que la conexión de DIACO es ilegal.*

(...)

*Dicho de otra forma, el hecho de que la Superservicios a hoy pareciera tener una interpretación diferente a la que tuvo **hace más de 10 años** -donde expresamente le indicó a la CREG que no había infracción y por ende no iba a iniciar una investigación por la conexión de DIACO- no implica que la Superservicios pueda investigar y menos sancionar a EBSA, no solo porque con ello se desconocería la buena fe y confianza legítima de la Compañía, sino porque la duda respecto a la interpretación de la Resolución CREG 097 de 2008, **debe ser resuelta en favor de EBSA**, como administrado”⁹⁰.*

En primer lugar, **EBSA** adujo que “la SSPD no contaba con una prueba idónea que le permitiera concluir que la Conexión de DIACO es ilegal”⁹¹. Sin embargo, tal como se ha reiterado en varias oportunidades a lo largo de este acto, la irregularidad de la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** ocurrida en el 2009 surge del contenido mismo de la Resolución CREG 097 de 2008.

De hecho, al revisar las consideraciones del contrato de conexión celebrado entre **EBSA** y **DIACO**, se advierte que aquella también tenía claro que la conexión de este usuario no pertenecía al **STN**, tal como se lee en el siguiente aparte:

*“hemos convenido celebrar el presente Contrato de Conexión (...) previos los siguientes considerandos: 1) **Que EBSA considera que DIACO no está conectado al STN mediante el uso compartido de activos de transformación 220/115 kV** (...) DIACO considera que, de acuerdo con lo previsto y a partir de la expedición de la Resolución CREG 082 de 2002, DIACO ha venido estando conectado al STN (...) DIACO considera que su posición ha sido respaldada y refrendada en diferentes concepto emitidos por la CREG, mientras que **EBSA considera que tales conceptos no han respaldado esa posición de manera alguna**”⁹² (Énfasis agregado).*

Pero, por si lo anterior fuera poco, obran en el expediente dos pruebas más frente al particular, a saber, la Resolución CREG 106 de 2012 y el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018. Se trata de actos administrativos **vinculantes**, de carácter **particular**, los cuales se encuentran **en firme**, gozan de **presunción de legalidad y han sido expedidos en actuaciones administrativas en las que EBSA ha sido parte**, en los cuales tanto la **CREG** como la **SSPD** han afirmado de manera inequívoca y contundente que **la frontera comercial de DIACO no cumplía con los supuestos del párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008 para ser considerada como conectada al STN**.

Aunque resulte reiterativo, a continuación, se citan una vez más apartes de dichos actos que dan cuenta de lo anterior:

- **Resolución CREG 106 de 2012:**

“la CREG establece que el caso del usuario Diaco no se ajusta a la situación descrita en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que este usuario tenía registrada su frontera en el nivel de tensión 4 y no en el STN. El registro de la frontera de este usuario en el STN se dio a partir del día 1 de noviembre del año 2009, de acuerdo con la información suministrada al CREG por XM mediante comunicación radicada en la CREG con el número E-2010-002534”.

- **Acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018:**

“2.2 Situación jurídica consolidada a la luz de la Resolución CREG 097 de 2008.

⁹⁰ Folios 1015 (reverso) a 1016 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹¹ Folio 1015 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹² Folio 63 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

(...)

Pues bien, no es procedente afirmar que a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, existía una situación particular y concreta consolidada en la conexión de **DIACO** al **STN**, ya que no le era aplicable la condición expuesta en el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008. En dicha medida, no era correcto que **XM** registrara la frontera comercial de consumo del usuario no regulado **DIACO**, ubicada en el nivel de tensión 115 kV como conectada directamente al **STN**. No es cierto que, a partir de la mención del barraje de lado de baja tensión, el regulador creó para **DIACO** una situación particular y consolidada que no tenía con anterioridad a la vigencia de la resolución *ibídem*.

(...)

En el caso que nos ocupa, y con base en lo señalado anteriormente, la conexión de **DIACO** con anterioridad a la vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008, no se podía considerar como conectada al **STN**. En esta medida, al momento de la entrada en vigencia de la Resolución *ibídem* no existía una situación consolidada, razón por la cual no le era aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 7 de la resolución *ibídem*.

Conforme a lo anterior, no es aplicable la interpretación y el alcance que **DIACO** y **EBSA** le dieron al párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, puesto que no es posible que una ley posterior pueda generar una situación jurídica consolidada que no se tenía a la luz de una ley anterior⁹³ (Énfasis agregado).

Así las cosas, queda desvirtuada la afirmación de **LA RECURRENTE** según la cual no obran en el expediente pruebas idóneas de la irregularidad de la conexión de **DIACO**.

En segundo lugar, y en línea con la falta de certeza respecto a la ilegalidad de la conexión de **DIACO**, **EBSA** alegó que la **SSPD** “**no cumplió con la carga probatoria a su cargo**”⁹⁴, y que en consecuencia, “*se le debió aplicar el principio de favorabilidad y de presunción de inocencia, por no existir una prueba concluyente que permitiese sostener que la conexión de **DIACO** es ilegal*”⁹⁵.

Pues bien, es claro que la carga de demostrar el presunto incumplimiento endilgado a la empresa investigada corresponde a la administración, como en efecto sucedió en la presente actuación, la cual tuvo por objeto determinar si **EBSA** vulneró la normativa imputada en el cargo formulado “*al haber impedido que se garantizara la prestación del servicio público de energía a los usuarios del **SIN** al menor costo económico, en razón a que dichos usuarios asumieron el pago del cargo del servicio de distribución del usuario identificado con el código de frontera comercial **SIC Frt11044***”⁹⁶.

Entonces, la conducta que debía probar la **SSPD** –como en efecto hizo- era, en resumen, el incumplimiento por parte de **EBSA** de su deber de garantizar la prestación del servicio al menor costo económico a los usuarios del **STR** centro-sur, en razón a que entre noviembre de 2009 y enero de 2019 dichos usuarios asumieron los cargos por uso del nivel de tensión 4 que debía pagar **DIACO** con ocasión de la indebida modificación de su frontera comercial, registrada como directamente conectada al **STN**, hecho que, tal como se lee en la **Resolución Sancionatoria**, se demostró ampliamente con las pruebas obrantes en el expediente, y que a su vez, no pudo ser desvirtuado por **LA RECURRENTE**. Veamos:

“en relación con el cargo imputado, coincide el Despacho con lo señalado en el Pliego de Cargos, en el sentido de que,

“el cargo por uso del nivel de tensión 4 facturado a los usuarios considerados como conectados al nivel de tensión 4 o a un nivel inferior, atendidos por un OR cuyos activos pertenecen al STR centro-sur, corresponde a la suma del ingreso mensual aprobado para todos los OR que operan activos en este STR, dividido entre la demanda total de los comercializadores que atienden usuarios considerados como conectados al sistema de un OR que pertenezca al STR centro-sur. En otras palabras, el ingreso aprobado a todos los OR que operan activos en el STR centro-sur es reconocido vía tarifa por los usuarios que se consideran conectados a este STR en función de su demanda”.

Bajo ese entendido, es lógico concluir que “una modificación del registro de una frontera comercial, y en particular, del nivel de tensión 4 al nivel de tensión del STN, afecta el cálculo de los cargos del STR realizado mensualmente por el LAC, toda vez que dicha demanda es excluida del cálculo del cargo por uso del STR. En consecuencia, el ingreso aprobado a todos los OR por el uso de activos del nivel de tensión 4 será reconocido por una demanda menor, lo que ocasiona un aumento de la tarifa para la demanda asociada al STR”.

*Así las cosas, es claro que cuando la frontera comercial de **DIACO** dejó de estar registrada como conectada al **STR** para ser considerada como conectada al **STN**, los ingresos aprobados a los OR con activos en este **STR** se dividieron en la demanda de un menor número de usuarios, dando lugar a que los usuarios del **STR** centro-sur pagaran un mayor valor a causa del mencionado cambio.*

*(...) con el fin de determinar el sobrecosto que pagaron los usuarios del **STR** centro-sur, el Despacho consultó el archivo de los cargos estimados del **STR-Deltas (STN del año y mes)**, publicado en la página web de **XM** (...).*

(...)

⁹³ Folios 873 (reverso) a 874 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹⁴ *Ibídem*.

⁹⁵ *Ibídem*.

⁹⁶ Folio 184 de la carpeta No. 1 del expediente.

Recalculada la estimación del excedente pagado por los usuarios asociados al **STR** centro-sur entre noviembre de 2009 y enero de 2019, como consecuencia del desconocimiento del principio de eficiencia por parte de **LA INVESTIGADA**, el Despacho concluye que éste asciende a la suma de cuarenta mil seiscientos diecinueve millones ciento setenta y ocho mil doscientos cuarenta y dos pesos (\$40.619.178.242)⁹⁷ (...).

(...)

Así, concluye el Despacho que la exclusión de la demanda de **DIACO** del **STR** centro-sur en efecto tuvo un impacto en la tarifa de los usuarios asociados al mismo, quienes asumieron injustificadamente unos sobrecostos, en tanto el hecho que dio origen a tal situación era contrario a la regulación. A pesar de ello, **LA INVESTIGADA** no realizó acciones tendientes a corregir dicha irregularidad, acciones que debía adelantar en virtud del principio de eficiencia que rige la asignación y utilización de los recursos, con el fin de garantizar la prestación del servicio al menor costo económico⁹⁸.

Como se puede observar, en ningún momento la **SSPD** se sustrajo de su deber de demostrar el incumplimiento reprochado, ni mucho menos la responsabilidad de **EBSA** frente al mismo. Por el contrario, de manera suficiente y clara, la **Resolución Sancionatoria** expuso cómo las pruebas obrantes en el expediente fundamentaron el cargo formulado.

Así las cosas, el Despacho no encuentra que la presente investigación desconozca el debido proceso que le asiste a **LA RECURRENTE**, razón por la cual los argumentos estudiados serán desestimados.

4.4.1.8. Del recurso de apelación interpuesto

EBSA solicitó a la **SSPD** “En subsidio, **CONCEDER** el recurso de apelación”⁹⁹. Frente a este punto, se precisa que, en lo que se refiere a los recursos procedentes contra las decisiones que expida la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, directamente o a través de una delegación en los Superintendentes Delegados, de conformidad con el artículo 74 del **CPACA**¹⁰⁰, es claro que “No habrá apelación de las decisiones de los (...) Superintendentes”, y en ese orden, solo procede el recurso de reposición.

En línea con lo anterior, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado expuso:

*“Pues bien, la decisión de no conceder el recurso de apelación formulado por la parte actora se ajustó a la ley, como quiera que en la materia debatida la normativa aplicable es en efecto la Ley 489 de 1998, tal como lo precisó la Sala al decidir un cargo similar al aquí examinado, criterio éste que se prohíja en esta oportunidad. En el anterior orden de ideas, entonces, la Sala desestimará el cargo propuesto, pues, se reitera, no resultaba procedente en este caso dar aplicación al artículo 113 de la Ley 142 de 1994, como lo pretende el demandante, sino a la Ley 489 de 1998, conforme a la cual los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas, de modo tal que, como en efecto se decidió, **no procedía el recurso de apelación formulado contra el acto sancionatorio al ser éste expedido por el Superintendente Delegado en ejercicio de funciones delegadas por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyos actos no son susceptibles de ese medio de impugnación**”¹⁰¹ (Énfasis agregado).*

Entonces, en razón a que las decisiones del Superintendente no son susceptibles del recurso de apelación, tal como lo dispone el artículo 74 del **CPACA**, se rechazará de plano, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por **EBSA**.

4.4.2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR DIACO

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

“Petición

(...) solicitamos a la **SSPD**:

1. Conceder el presente recurso de reposición

⁹⁷ Valor en pesos de junio de 2019.

⁹⁸ Folios 877 a 879 de la carpeta No. 5 del expediente.

⁹⁹ Folio 1016 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁰ 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.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial”.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 10 de octubre del 2010.

2. Revocar la Resolución de Sanción en su totalidad, de conformidad con los argumentos presentados en el presente recurso.

3. Reiterar el acto administrativo de 15 de julio de 2011 en donde señala que la conexión de DIACO al STN no viola la ley, ni la regulación y que por lo tanto es un usuario conectado al STN.

4. Conceder las peticiones hechas (...), que transcribimos a continuación:

“4.1 Declarar que mediante acta de 10 de diciembre de 2010 la SSPD se había pronunciado de forma definitiva sobre la conexión de DIACO al STN, considerando que no violaba la regulación y por lo tanto aceptándola como válida.

4.2 En consecuencia, declarar de forma expresa, que, mediante acta de 10 de diciembre de 2010 la SSPD se pronunció de forma expresa y definitiva sobre la conexión de DIACO al STN y que, todas y cualquier consideración, opinión o posición, emitida por la SSPD en actos administrativos posteriores carece de validez y no representa la posición de la SSPD en relación con la conexión de DIACO al STN, pues esta está vertida en el acta de 10 de diciembre de 2010 y en la comunicación 20112200455841 del 15 de julio de 2011.

4.3 Declarar que respecto de los hecho (sic) investigados operó el fenómeno de la caducidad.

4.4 Declarar que DIACO se encontraba conectado al STN de conformidad con la Resolución CREG 097 de 2008.”

5. Archivar la investigación¹⁰².

4.4.2.1. De la caducidad y el *non bis in ídem*

Al respecto, **DIACO** sostuvo:

“Contrario a lo mencionado por la SSPD, la facultad sancionatoria de la SSPD para investigar la conexión al STN de DIACO se encontraba caducada desde antes del momento en el cual se inició la presente investigación.

(...)

El artículo 29 de la Constitución Política señala que dentro de las actuaciones las autoridades deben aplicar y respetar el debido proceso.

(...)

De esta manera, las circunstancias de hecho que fueron la base del Pliego de Cargos y toda la investigación que precedió la Resolución de Sanción de conformidad con lo expuesto por la SSPD se resumen en que entre el 1 de noviembre de 2009 y el 5 de febrero de 2019 DIACO estuvo registrado como un usuario conectado directamente al STN.

La Resolución de Sanción viola gravemente el debido proceso tanto de EBSA, de terceros que se podrían ver afectados por el desarrollo del mismo y del propio DIACO pues, como mencionamos en los hechos de la presente petición, la SSPD ya investigó a EBSA exactamente por los mismos hechos que se considera han violado la ley (i.e. la celebración del Contrato de Conexión).

(...)

A lo anterior, debemos sumarle (...) que la SSPD, a petición de la misma CREG, realizó una investigación por los mismos hechos durante 2010 y 2011, en donde concluyó que no se habían evidenciado violaciones legales o regulatorias por la conexión DIACO (sic) al STN (...).

(...) la Averiguación Preliminar tuvo como base los mismos hechos que el Pliego de Cargos, esto es, la firma del Contrato de Conexión, lo cual tuvo como desenlace la declaratoria por parte de la SSPD, en el Acto de Archivo, de que el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria había acaecido, motivo por el cual no podía pronunciarse acerca de tales supuestos fácticos.

(...)

En conclusión, la actuación de la SSPD está claramente contrariando las garantías propias del debido proceso, como el *non bis in ídem* que prohíbe que sancione dos veces una misma conducta por el mismo hecho, caso en el cual nos encontramos.

(...)

(...) no es aceptable que la SSPD comprenda que la supuesta falta de eficiencia en la prestación del servicio de EBSA como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios sea un evento independiente a los hechos que han sido investigados en dos ocasiones distintas por la SSPD: la conexión de DIACO al STN.

(...)

Adicionalmente, resulta altamente sorpresivo que (...) la SSPD haga perdurar la violación del *non bis in ídem*, justificándose de la siguiente manera: (i) en primer lugar, que la Averiguación Preliminar tenía como objeto hechos distintos de los investigados en la presente actuación administrativa, (ii) que el incumplimiento en la oportunidad anterior obedecía al artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008 y no a las Leyes 142 y 143 de 1994 y (iii) que el hecho investigado en la presente investigación obedece al desconocimiento del principio de eficiencia de parte de EBSA.

¹⁰² Folio 1034 de la carpeta No. 5 del Expediente.

(...)

En este sentido, no existe fundamento alguno por medio del cual la SSPD se permita afirmar que no vulneró el principio de non bis in ídem, tomando en consideración los argumentos que han sido presentados ante la SSPD tanto en la intervención de DIACO como en los alegatos de conclusión¹⁰³.

DIACO adujo que la presente actuación vulnera el principio del *non bis in ídem*, en razón a que la **SSPD** ya se había pronunciado frente a los hechos materia de esta investigación en el marco de la actuación archivada mediante el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018. Adicionalmente, alegó el acaecimiento del fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria.

Dado que ambos aspectos fueron alegados también por **LA RECURRENTE** y ya fueron analizados en el presente acto, el Despacho reitera lo expuesto en las secciones **4.4.1.1.** y **4.4.1.6.**, no sin antes precisar que la comunicación del 15 de julio de 2011 emitida por la **DTGE** no constituye una cosa juzgada ni mucho menos fue producto de una investigación que analizara los hechos materia de esta investigación, tal y como ya se explicó. De hecho, se trató de una respuesta a la denuncia remitida por la **CREG** que no estuvo antecedida por ni constituyó, una investigación. Asimismo, por la vaguedad de su contenido resultaría inviable que tuviera los efectos de cosa juzgada que se pretende atribuirle, máxime si se tiene en cuenta que dicha respuesta no precisó las circunstancias de hecho y de derecho que respaldaban la conclusión a la que se llegaba, por lo que no es posible concluir que reflejaba un ejercicio de análisis de la situación irregular de **DIACO**.

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

4.4.2.2. De la falsa motivación de la Resolución Sancionatoria y el derecho adquirido de DIACO

Sobre este punto, **DIACO** señaló:

"los argumentos y pruebas sobre los cuales la SSPD basó su decisión para concluir que EBSA actuó de forma contraria al principio de eficiencia en la prestación del servicio, están viciados de falsa motivación.

Principalmente, la SSPD mencionó que EBSA no mitigó el actuar contrario al principio de la eficiencia en la prestación del servicio al permitir la conexión de DIACO al STN, a pesar de que la misma había sido refrendada por la CREG y la SSPD, al existir dos actos administrativos que, supuestamente, al ser conocidos por EBSA, eran fundamento suficiente para concluir que la conexión de DIACO al STN no pudo haberse permitido: la Resolución CREG 106 de 2012 y el Acto de Archivo.

Sobre el Acto de Archivo, no puede entenderse que un acto administrativo cuyo principal objetivo es determinar que la SSPD perdió competencia para pronunciarse acerca de la conexión de DIACO puede ser fundamento alguno para que los agentes y autoridades, como XM (sic) lleguen a una conclusión inequívoca de que la conexión de DIACO al STN no era acorde a la regulación aplicable.

Lo anterior, puesto que este es un acto administrativo por medio del cual la SSPD, de manera unilateral, reconoce su falta de competencia para pronunciarse sobre estos hechos. En este sentido, utilizar una manifestación de una autoridad sin competencia para hacer manifestaciones sobre la conexión de DIACO no puede hacer las veces de asidero sobre el cual concluir que la conexión de DIACO al STN iba en contravía del estándar aplicable.

(...)

(...) que la CREG haya hecho declaraciones contradictorias a su posición anterior sobre la conexión de DIACO no es un fundamento de tal entidad que obligue a todas las entidades a dejar de considerar a DIACO como un usuario conectado al STN, como lo fue casi 7 años tras la expedición de la Resolución CREG 106 de 2012. Sobre todo si se tiene en cuenta que la SSPD ya había dicho que la conexión de DIACO al STN no violaba la ley o la regulación el 15 de julio de 2011.

De esta manera, que la SSPD considere que el Acto de Archivo y la Resolución CREG 106 de 2012 son una base suficiente con una claridad tal que todos los implicados simplemente obviaron para permitir la conexión de DIACO al STN es un argumento deficiente para deslegitimar de tajo la conexión de DIACO al STN.

(...)

Así las cosas, durante la vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008 DIACO cumplía con todos los presupuestos señalados por la regulación para ser considerado como un usuario directamente conectado al STN, teniendo un derecho adquirido de conformidad con tal normativa¹⁰⁴.

Líneas más abajo, **DIACO** manifestó:

"Como argumentos adicionales a los incluidos en la presente, debemos mencionar que existe falsa motivación (sic) los efectos de la supuesta infracción por la ineficiencia en la prestación del servicio por la conexión de DIACO al STN y que la misma haya sido permitida por EBSA.

¹⁰³ Folios 1023 a 1026 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁴ Folio 1026 de la carpeta No. 5 del Expediente.

(...) respecto del cálculo utilizado por la SSPD para determinar que la conexión de DIACO generó sobrecostos en los usuarios del STR Centro-Sur por \$40.619.178.242, es menester mencionar que no existe claridad del origen ni el método por medio del cual la SSPD realizó la liquidación de dicho valor, más allá de un cálculo aritmético incluyendo el valor de la demanda de DIACO al valor total de la demanda del STR Centro-Sur.

(...)

El proceso adecuado para determinar y liquidar los supuestos costos que tuvieron que soportar los usuarios era haber incluido los activos de conexión de DIACO dentro de la universalidad de activos que fueron presentados por EBSA en el procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución CREG 120 de 2009, a partir de lo cual se podría determinar de manera correcta el real efecto de su inclusión, de conformidad con la metodología establecida en la Resolución CREG 097 de 2008.

Asimismo, no puede la SSPD, sin la ayuda de ningún acervo técnico o probatorio, hacer cálculos sin referir la correcta metodología que debió haber utilizado. Igualmente, es importante señalar que es competencia de la CREG, no de la SSPD, aplicar la metodología para el cálculo de los cargos por uso que serían cobrados por la actividad de distribución de EBSA.

(...)

De otro lado, en la Resolución de Sanción no se encuentra evidencia de que los usuarios del STR Centro-Sur hayan pagado una tarifa en exceso. Lo anterior se debe a que precisamente estos usuarios hicieron pagos de conformidad con lo aprobado por la CREG en la Resolución CREG 120 de 2009.

Así, los cargos por uso que fueron cobrados tuvieron en consideración activos de conexión en los cuales no se encontraban los de DIACO y por ello claramente no fueron incluidos dentro de dicho cálculo, al haber sido activos de conexión al STN y que eran de su uso exclusivo, por lo que DIACO no hizo uso de activos de uso que sí se encontraban considerados en la Resolución CREG 120 de 2009.

(...)

En conclusión, existe falsa motivación, toda vez que la SSPD basa la decisión de la existencia de ineficiencia en la prestación del servicio sobre una base que no se encuentra debidamente probada en el expediente.

Asimismo, aprovechamos la oportunidad para manifestar ante la SSPD que la existencia de la figura de los usuarios no regulados y el permitirles acceder a beneficios como la conexión al STN se hace precisamente con fines de eficiencia en la prestación del servicio para los grandes consumidores y que el haber permitido la conexión de DIACO al STN y la posterior modificación de la frontera comercial de éste se hizo con fines de generar mayor eficiencia en la prestación del servicio a DIACO¹⁰⁵.

En primer lugar, **DIACO** alegó que “la SSPD mencionó que EBSA no mitigó el actuar contrario al principio de la eficiencia en la prestación del servicio al permitir la conexión de DIACO al STN, a pesar de que la misma había sido refrendada por la CREG y la SSPD, al existir dos actos administrativos que, supuestamente, al ser conocidos por EBSA, eran fundamento suficiente para concluir que la conexión de DIACO al STN no pudo haberse permitido: la Resolución CREG 106 de 2012 y el Acto de Archivo”¹⁰⁶. Sin embargo, tal conclusión es errada, por cuanto –se repite– el conocimiento que tuvo **EBSA** de la irregularidad de la solicitud de exclusión de la demanda de **DIACO** del cálculo del cargo por uso del **STR** centro-sur, surgió del contenido mismo de la Resolución CREG 097 de 2008.

Entonces, el conocimiento previo de **EBSA** al que se refiere la **SSPD** se deriva de la lectura misma del contrato de conexión que esta celebró con **DIACO**, mientras que la Resolución CREG 106 de 2012 y el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018, únicamente entraron a reafirmar lo que ya era claro, esto es, que la frontera de **DIACO** no cumplía con los requisitos para ser considerada como conectada al **STN**.

En segundo lugar, no es de recibo el argumento según el cual “de manera unilateral, [la **SSPD**] reconoce su falta de competencia para pronunciarse sobre estos hechos. En este sentido, utilizar una manifestación de una autoridad sin competencia para hacer manifestaciones sobre la conexión de DIACO no puede hacer las veces de asidero sobre el cual concluir que la conexión de DIACO al STN iba en contravía del estándar aplicable”¹⁰⁷, máxime si se tiene en cuenta que **DIACO** fue parte (en calidad de tercero interviniente¹⁰⁸) en la indagación preliminar en el marco de la cual se expidió el citado acto. Entonces, -se reitera- si disientía en manera alguna de los argumentos que fundamentaron la decisión de la **SSPD** debió reponer el acto, en lugar de pretender, en esta instancia, restarles validez a las consideraciones allí expuestas.

Asimismo, resulta contradictorio que líneas más arriba **DIACO** alegara una vulneración del principio del *non bis in ídem*, argumentando que en el expediente No. 2017240350600045E la **SSPD** ya había investigado los hechos que fundamentan esta actuación, pero en este

¹⁰⁵ Folios 1033 a 1034 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁶ Folio 1026 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁷ Folio 1026 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁸ Folio 123 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente. Acto administrativo SSPD No. 20182400767421 del 24 de mayo de 2018.

punto alegue que las consideraciones del acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018 no tienen asidero porque la **SSPD** carecía de competencia para pronunciarse sobre la situación de **DIACO**. La pregunta que surge, entonces, es ¿cómo podría vulnerarse el *non bis in ídem*, si supuestamente el fundamento del mencionado acto no tiene validez alguna por falta de competencia de la **SSPD** para expedirlo? Nótese como **DIACO** sugiere en su defensa que un mismo acto es válido e inválido simultáneamente, lo que demuestra la incongruencia en la argumentación en ambos casos. En el presente análisis, el argumento presentado será desestimado y se reafirmará el análisis de la **SSPD**.

En tercer lugar, tal como se explicó líneas arriba, la prolongación de una conducta cuya irregularidad no haya sido advertida por la administración en un periodo determinado, de ninguna manera constituye una fuente de derechos o expectativas legítimas para quien se beneficia de ella. En esa medida, no puede **DIACO** alegar la consolidación de una situación particular y concreta a su favor, con fundamento en el tiempo durante el cual esta persistió, pues lo cierto es que la irregularidad no es fuente de derechos o de expectativas legítimas.

En cuarto lugar, si en criterio de **DIACO** las consideraciones de la Resolución 106 de 2012, en la cual la **CREG** analizó en un acto administrativo vinculante por qué no podía considerarse que la conexión de **DIACO** pertenecía al **STN**, no correspondían con su realidad jurídica como usuario del **SIN**, debió demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de tal decisión, en lugar de desconocer en este punto la naturaleza de dicho acto, su carácter vinculante y la presunción de legalidad –no desvirtuada– que lo cubre.

En quinto lugar, frente al argumento según la cual “no existe claridad del origen ni el método por medio del cual la SSPD realizó la liquidación de dicho valor, más allá de un cálculo aritmético incluyendo el valor de la demanda de DIACO al valor total de la demande del STR Centro-Sur”¹⁰⁹, el Despacho observa que carece de todo sustento tal afirmación, en razón a que, de manera suficiente y detallada, fue descrita en la **Resolución Sancionatoria** la forma como se realizó el cálculo del sobrecosto que pagaron los usuarios del **STR** centro-sur, así como las fuentes de información que sirvieron de base para el mismo, dentro de las cuales se destaca el archivo de los cargos estimados del **STR-Deltas (STN del año y mes)**, publicado en la página web de **XM**.

Con base en el análisis de dicha información, el Despacho verificó los ingresos brutos y netos del **STR** centro-sur, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2009 y febrero de 2019, y posteriormente, se verificaron los cargos máximos de energía del **STR** centro-sur, antes de compensación y después de compensación, para lo cual se tuvo en cuenta la siguiente información:

- Energía del **STR** centro-sur;
- Cargos máximos antes de compensación;
- Cargos máximos después de compensación;
- Diferencias encontradas entre las anteriores variables; y
- Se utilizó la demanda del **STR** publicada por **XM** y la demanda de **DIACO** remitida por aquella.

De esta manera, concluyó el Despacho que la exclusión de la demanda de **DIACO** del **STR** centro-sur, en efecto, tuvo un impacto en la tarifa de los usuarios asociados al mismo, quienes asumieron injustificadamente un sobrecosto cuya estimación ascendió a la suma de más de cuarenta mil millones de pesos¹¹⁰.

En la misma línea, **DIACO** argumentó que el proceso adecuado que debió llevar a cabo la **SSPD** al momento de liquidar dichos sobrecostos consistía en “haber incluido los activos de conexión de **DIACO** dentro de la universalidad de activos que fueron presentados por **EBSA** en el procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución **CREG 120 de 2009**, a partir de lo cual se podría determinar de manera correcta el real efecto de su inclusión, de conformidad con la metodología establecida en la Resolución **CREG 097 de 2008**”¹¹¹. Pues bien, pese a lo afirmado, el Despacho observa que no sería lógico incluir los activos de conexión en la base de remuneración a través de cargos por uso de **EBSA**, dado que dichos activos se le reconocen al prestador vía contrato de conexión.

¹⁰⁹ Folio 1033 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹¹⁰ Valor en pesos de junio de 2019.

¹¹¹ Folio 1033 de la carpeta No. 5 del Expediente.

Ahora, situación diferente es aquella relacionada con la distribución de los cargos por uso entre los usuarios del **STR** centro-sur, que entre noviembre de 2009 y enero de 2019 asumieron un sobre costo en su tarifa, como consecuencia de la exclusión de la demanda de **DIACO** del pago de dichos cargos. En otras palabras, la porción de cargos por uso del nivel de tensión 4 que debió pagar **DIACO**, se distribuyó injustificadamente entre todos los demás usuarios del **STR** centro-sur, hecho en el cual se materializó la ineficiencia sancionada en la presente investigación, lo cual nada tiene que ver con los activos remunerados a **EBSA** a través del contrato de conexión suscrito con **DIACO**.

En sexto lugar, **DIACO** señaló que “es competencia de la CREG, no de la SSPD, aplicar la metodología para el cálculo de los cargos por uso que serían cobrados por la actividad de distribución de EBSA”¹¹². Sin embargo, tal conclusión resulta errada, toda vez que el análisis efectuado por la **SSPD** no pretendía la aplicación de la metodología de la **CREG** en el cálculo de los cargos por uso a los cuales tenía derecho **EBSA**. Por el contrario, a partir de los cargos aprobados, y con fundamento en el material probatorio obrante en el expediente, la **SSPD** estimó el sobre costo que los demás usuarios del **STR** centro-sur asumieron en el periodo durante el cual **DIACO** fue considerado -indebidamente- como un usuario directamente conectado al **STN**.

Por último, frente a la afirmación según la cual “la existencia de la figura de los usuarios no regulados y el permitirles acceder a beneficios como la conexión al STN se hace precisamente con fines de eficiencia en la prestación del servicio para los grandes consumidores”¹¹³, corresponde al Despacho aclarar que la eficiencia en la prestación del servicio a un “gran consumidor” como **DIACO**, en manera alguna equivale a una prestación ineficiente y contraria a los fines regulatorios para los demás usuarios del sistema.

De ahí que las Resoluciones CREG 097 de 2008 y CREG 015 de 2018, plantearan escenarios **excepcionales** en los cuales no se pagarían cargos por uso en distribución. En esa medida, cualquier conexión que vulnere los presupuestos establecidos para que procedan tales excepciones, implica una ineficiencia que los demás usuarios del **STR** no están obligados a soportar, y que por sí misma justifica la intervención de la **SSPD** a través del ejercicio de sus funciones de vigilancia y control.

Así las cosas, no es posible argumentar que la **Resolución Sancionatoria** está viciada de nulidad por falsa motivación, especialmente cuando no solo se satisfizo el principio de suficiencia probatoria, sino que además se expuso detalladamente el mérito que le asiste a cada uno de los elementos probatorios que obran en el expediente.

Por lo expuesto, los argumentos aquí estudiados serán desestimados.

4.4.2.3. De la legalidad de la conexión de DIACO

Al respecto, **DIACO** señaló:

“Desde antes del 26 de septiembre de 2008, tal como fue ampliamente reiterado en los testimonios, DIACO tenía el uso compartido de un transformador de conexión de EBSA con el cual, a través de un <barraje de baja tensión>, lograba conectarse al STN sin hacer uso de las redes del STR o SLD (sic) circunstancias (sic) que vino después a ser reconocida por las partes en el contrato de conexión que celebraron el 15 de agosto de 2008 (...).

(...)

Es así como DIACO, desde la vigencia de la Resolución CREG 042 de 2001 (i.e. antes de la expedición de la Resolución CREG 082 de 2002), ya se entendía como un usuario conectado al STN. Por lo mismo, aun cuando su frontera comercial requería ser medida en el lado de baja tensión, no hacía en todo caso uso de las redes del STR o del SDL, y por el contrario, se conectaba directamente al STN, lo que demuestra que DIACO cumplía desde ese entonces con los requisitos establecidos en la regulación para ser considerado como un usuario conectado al STN.

(...)

La Resolución CREG 082 de 2002 establecía de esta forma que, para los efectos de la conexión de un usuario al STN, los activos de conexión eran todos los que fueran requeridos para la conexión, sin que estos tuvieran que estar de alguna forma enumerados o listados por la regulación (...).

(...)

¹¹² Folio 1033 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹¹³ Folio 1034 de la carpeta No. 5 del Expediente.

En efecto, tal y como quedó consignado en las citadas resoluciones (i.e. la Resolución CREG 036 que contenía un proyecto para modificar la Resolución CREG 082 de 2002 y que luego se convertiría en la Resolución CREG 097 de 2008), pese a que dentro de los activos de conexión al STN debía entenderse que estaba incluido el mencionado <barraje del lado de baja tensión>, justamente por el uso genérico de la expresión **<activos de transformación con tensión primaria al STN o uno de sus módulos asociados>**, la CREG hizo en todo caso una referencia expresa en la regulación con la que reemplazó la Resolución CREG 082 de 2002 a dicho <barraje del lado de baja tensión> como uno de los ejemplos de activos de conexión al STN.

(...)

La conexión de DIACO ha cumplido con los requisitos dispuestos en la normatividad aplicable -incluyendo los de las Resoluciones CREG 025 de 1995 y CREG 082 de 2002 -toda vez que: (i) cuenta con el **<barraje del lado de baja tensión>** como punto de conexión y (ii) tiene la calidad de ser un “Gran Consumidor” en el mercado de energía eléctrica.

(...)

DIACO cumplió en su momento y aún hoy con estos requisitos de la Resolución CREG 097 de 2008 pues esta última hace mención del barraje de lado de baja tensión como un activo de conexión al STN con anterioridad a su entrada en vigor, por lo que DIACO se encontraba dentro de las situaciones concretas y consolidadas de las que habla esta norma (...).

(...)

De ahí que, al referirse al mencionado <barraje del lado de baja tensión> como parte de los **<activos de transformación con tensión primaria al STN o uno de sus módulos asociados>**, la Resolución CREG 097 de 2008 indicó que el mismo podía estar presente en las conexiones al STN que hubieren existido antes de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 097 de 2008.

(...)

De esta forma, las únicas dos diferencias que existían entre el artículo 2(g) de la Resolución CREG 082 de 2002 y el párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008 era que debía demostrarse que tales activos que permitían la conexión al STN se encontraban presentes desde la Resolución CREG 082 de 2002 (...).

(...) como lo hemos venido diciendo, DIACO está haciendo uso de los equipos de EBSA para la conexión al STN, dentro de los cuales estaba el barraje del lado de baja tensión, desde antes del 6 de octubre de 2008 (...).

Pero, aun desconociendo la existencia de dicha conexión en los últimos 20 años, así como las manifestaciones de EBSA, no puede perderse de vista que: (i) la **<conexión física>** de DIACO **no ha tenido variación alguna a través del tiempo** y (ii) que está demostrado que antes del 6 de octubre de 2008 DIACO comenzó a hacer uso del **<activo de transformación con tensión primaria al STN o uno de sus módulos asociados>**, puntualmente **<del barraje del lado de baja tensión>** de propiedad de EBSA (...).

(...)

En conclusión, el Contrato de Conexión se celebró respetando la regulación vigente permitiendo a DIACO estar conectado directamente al STN con mucha anterioridad a la expedición de la Resolución CREG 097 de 2008, motivo por el cual no puede considerarse que se generaron perjuicios a los demás usuarios no regulados por no tomar en cuenta los activos de conexión utilizados por DIACO en el cálculo de los cargos por uso, debido a que los activos de conexión al STN no se toman en cuenta para dicho cómputo (...).

(...)

En efecto, ni la Resolución CREG 082 de 2002 ni la CREG 097 de 2008 traían como presupuesto para **<entender>** que un usuario final estaba conectado al STN el <registro de la frontera comercial>. Por el contrario, y en línea con lo que hemos venido diciendo, el único presupuesto para ello era que entre la conexión del usuario (i.e. de DIACO) y el STN existiera un **<activo de transformación con tensión primaria al STN o uno de sus módulos asociados>**, que para el caso de la Resolución 097 de 2008 resultó (sic) siendo a manera de ejemplo el **<barraje del lado de baja tensión>**. El mismo activo de conexión que, como vimos, venía de la Resolución CREG 082 de 2002.

(...)

Aunado a los anteriores argumentos, no podemos comprender cómo la SSPD quiere encontrar una violación del principio de eficiencia en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica derivada de la celebración de un contrato cumpliendo con los requisitos regulatorios y permitir una conexión al STN a DIACO.

(...)

Por lo tanto, si la SSPD considera que una conexión de las características de la de DIACO, ocasionaría perjuicios al resto del mercado al no poder ser utilizados para calcular el costo de los cargos por uso, la raíz del problema y la consecuente violación al principio de eficiencia del servicio público domiciliario de energía eléctrica de las Leyes 142 y 143 estaría en la regulación misma que permite tal conexión (...)¹¹⁴.

En síntesis, **DIACO** insistió en que su conexión pertenece al **STN** y, por ende, siempre ha estado acorde con la regulación. Dado que este aspecto fue alegado también por **LA RECURRENTE** y ya fue analizado en el presente acto, el Despacho reitera lo expuesto en la sección **4.4.1.5**. Asimismo, se recuerda que el incumplimiento del principio de eficiencia se analizó a la luz de los efectos que tuvo en los usuarios la conducta de **EBSA**, mas no de cara a los elementos del contrato de conexión.

¹¹⁴ Folios 1027 (reverso) a 1032 de la carpeta No. 5 del Expediente.

Bajo ese entendido, carece de sustento afirmar que la ineficiencia que afectó a los usuarios del **STR** centro-sur aquí sancionada es producto de un error de la regulación, pues esta no admitía una interpretación diferente a aquella que antecedió la apertura de esta investigación, consignada con suficiencia y claridad en actos como la Resolución CREG 106 de 2012 y el acto administrativo SSPD No. 20182401125641 del 1° de agosto de 2018.

Dicho esto, el argumento aquí estudiado no está llamado a prosperar.

4.5. CONCLUSIÓN

Como se expuso a lo largo de esta decisión, la finalidad de la presente investigación administrativa sancionatoria era determinar si **EBSA** incumplió la normativa a la que se encuentra sujeta en materia de servicios públicos domiciliarios, al no garantizar la prestación del servicio de energía al menor costo económico a los usuarios del **STR** centro-sur, en razón a que dichos usuarios asumieron el cargo del servicio de distribución de **DIACO** entre noviembre de 2009 y enero de 2019, periodo durante el cual se mantuvo el registro de la frontera comercial de este usuario, considerándolo como directamente conectado al **STN**. Tal hecho quedó ampliamente demostrado con las pruebas que reposan en el expediente y con fundamento en las cuales se le sancionó en la **Resolución Sancionatoria**.

En este orden de ideas, ya que los argumentos esgrimidos en los recursos de reposición no lograron desacreditar la responsabilidad de **LA RECURRENTE** en la comisión de dicha conducta, así como tampoco probar alguna circunstancia que la eximiera de su responsabilidad, y que derivara en la revocatoria, modificación, aclaración o adición de la **Resolución Sancionatoria**, este Despacho procederá a confirmar íntegramente la referida Resolución SSPD No. 20212400605025 del 21 de octubre de 2021.

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

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR las peticiones realizadas por la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, mediante la comunicación SSPD No. 20215293454302 del 9 de noviembre de 2021.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las peticiones realizadas por la sociedad **DIACO S.A.**, mediante la comunicación SSPD No. 20215293455842 del 9 de noviembre de 2021.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en su integridad la Resolución SSPD No. 20212400605025 del 21 de octubre de 2021, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.800.219-1, por valor de **NOVECIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISÉIS MIL PESOS M/L (\$908.526.000)**.

ARTÍCULO CUARTO: NEGAR por improcedente el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.** contra la Resolución SSPD No. 20212400605025 del 21 de octubre de 2021.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.800.219-1, a través de su apoderado especial, a los correos electrónicos jlombana@goh.law y litigiosciviles@goh.law¹¹⁵ con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la sociedad **DIACO S.A.**, identificada con NIT. 891.800.111-5, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a través de los correos electrónicos jorge.mosquera@gerdau.com, diaco@gerdau.com y mateo.sinisterra@ppulegal.com¹¹⁶, con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

¹¹⁵ Folio 1016 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹¹⁶ Folio 1034 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

ARTÍCULO SÉPTIMO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, a través del correo electrónico creg@creg.gov.co.

ARTÍCULO OCTAVO: INFORMAR a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 891.800.219-1, 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 NOVENO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MERY TRIANA ROCHA
SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE
ENCARGADA

Proyectó: Carolina Meza Vélez – Abogada Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Revisó: Juliana Camacho Martínez – Abogada Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Revisó: Miguel Ángel Lozada Urrego – Director de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Revisó: Gustavo Alfredo Peralta Figueredo – Asesor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.