



RESOLUCIÓN SSPD - 20222400323085 DEL 12-04-2022

EXPEDIENTE: 2019240350600010E

**POR LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS
POR ISAGEN 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. 20212400605035 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 **ISAGEN S.A. E.S.P.** (“**ISAGEN**” o “**LA RECURRENTE**”) identificada con el NIT. 811.000.740-4, por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.5, 13 y 87.1 de la Ley 142 de 1994², el artículo 6 de la Ley 143 de 1994³, así como el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011⁴ y los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014⁵.

1.2. Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400000026 del 9 de agosto de 2019⁶, notificado por correo electrónico certificado el 12 de agosto de 2019⁷, la **DIEG** inició investigación administrativa y formuló pliego de cargos (“Pliego de Cargos”) contra **ISAGEN**.

1.3. Asimismo, el artículo tercero del Pliego de Cargos ordenó comunicar dicho acto “a la empresa **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”⁸.

1.4. En cumplimiento de lo descrito en el numeral anterior, mediante comunicación SSPD No. 20192400659521 del 9 de agosto de 2019⁹, la **DIEG** informó a la sociedad **DIACO S.A.** (“**DIACO**”) el inicio de la presente actuación administrativa sancionatoria.

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. 2019240350600010E.

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 “Por la cual se modifican las normas sobre el registro de fronteras comerciales y contratos de energía de largo plazo, y se adoptan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se modifica el Código de Medida contenido en el Anexo general del Código de Redes”.

⁶ Folios 179 a 191 de la carpeta No. 1 del Expediente.

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

⁸ Folio 191 de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁹ Folios 209 a 222 de la carpeta No. 2 del Expediente.

1.5. Mediante comunicación SSPD No. 20195290956882 del 29 de agosto de 2019¹⁰, **ISAGEN** presentó oportunamente escrito de descargos.

1.6. Mediante comunicación SSPD No. 20195290974512 del 3 de septiembre de 2019¹¹, **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. 20192400761221 del 19 de septiembre de 2019¹², comunicado a **ISAGEN**¹³ y a **DIACO**¹⁴ 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 acto administrativo SSPD No. 20202400626481 del 6 de julio de 2020¹⁵, comunicado a **ISAGEN**¹⁶ y a **DIACO**¹⁷ por correo electrónico certificado de la misma fecha, la **DIEG** incorporó unas pruebas al expediente.

1.9. Mediante comunicación SSPD No. 20205291367952 del 11 de julio de 2020¹⁸, **DIACO** se pronunció "*sobre las pruebas aportadas por la investigada*"¹⁹.

1.10. Mediante acto administrativo SSPD No. 20212403434531 del 23 de agosto de 2021²⁰, comunicado a **ISAGEN**²¹ y a **DIACO**²² por correo electrónico certificado de la misma fecha, la **DIEG** incorporó unas pruebas al expediente y requirió a **LA RECURRENTE** para que allegara "*la totalidad del contrato de comercialización suscrito con el usuario DIACO S.A., con todos los anexos, modificaciones, y otros ítems que existan a la fecha*"²³.

1.11. Mediante comunicación SSPD No. 20215292346512 del 26 de agosto de 2021²⁴, **ISAGEN** dio respuesta al requerimiento descrito en el numeral anterior.

1.12. Mediante acto administrativo SSPD No. 20212403643851 del 31 de agosto de 2021²⁵, comunicado a **ISAGEN**²⁶ y a **DIACO**²⁷ 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.

1.13. Mediante comunicación SSPD No. 20215292585352 del 10 de septiembre de 2021²⁸, **ISAGEN** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión.

1.14. Mediante comunicación SSPD No. 20215292636462 del 14 de septiembre de 2021²⁹, **DIACO** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión.

1.15. Mediante Resolución SSPD No. 20212400605035 del 21 de octubre de 2021³⁰ ("**Resolución Sancionatoria**"), notificada a **ISAGEN**³¹ y a **DIACO**³² por correo electrónico certificado el 22 de octubre de 2021, la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible (el "Despacho") declaró probado el incumplimiento endiligado a **LA RECURRENTE** y la sancionó con una multa por valor de novecientos ocho millones quinientos veintiséis mil pesos (\$908.526.000).

¹⁰ Folios 226 a 255 de la carpeta No. 2 del Expediente.

¹¹ Folios 292 a 428 de las carpetas No. 2 y 3 del Expediente.

¹² Folios 429 y 430 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹³ Folio 431 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁴ Folio 436 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁵ Folios 442 a 454 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁶ Folio 502 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁷ Folio 457 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁸ Folios 581 a 607 de la carpeta No. 3 del Expediente.

¹⁹ Folio 581 de la carpeta No. 3 del Expediente.

²⁰ Folios 608 a 610 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²¹ Folio 617 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²² Folio 611 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²³ Folio 610 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁴ Folios 623 a 640 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁵ Folios 641 a 643 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁶ Folio 648 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁷ Folio 644 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁸ Folios 652 a 675 de la carpeta No. 4 del Expediente.

²⁹ Folios 676 a 696 de la carpeta No. 4 del Expediente.

³⁰ Folios 697 a 717 de la carpeta No. 4 del Expediente.

³¹ Folio 725 de la carpeta No. 4 del Expediente.

³² Folio 734 de la carpeta No. 4 del Expediente.

1.16. Mediante comunicación SSPD No. 20215293417272 del 5 de noviembre de 2021³³, **ISAGEN** presentó oportunamente recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

1.17. Mediante comunicación SSPD No. 20215293455972 del 9 de noviembre de 2021³⁴ (remitida el 8 de noviembre de 2021), **DIACO** presentó oportunamente recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

2. IMPUTACIÓN

Mediante acto administrativo SSPD No. 20192400000026 del 9 de agosto de 2019³⁵, la **DIEG** inició investigación administrativa sancionatoria e imputó el siguiente cargo a **LA RECURRENTE**:

*"CARGO ÚNICO: Isagen 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, así como el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 y los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014, durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 5 de febrero de 2019"*³⁶.

3. FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho concluyó que **ISAGEN**, en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial 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 **ISAGEN** conocía la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** realizada en noviembre de 2009 y no ejecutó ninguna acción para evitar la afectación en la facturación mensual de los usuarios asociados al Sistema de Transmisión Regional (en adelante "**STR**") centro-sur, ya que los ingresos aprobados a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (en adelante "**EBSA**") en su calidad de Operador de Red (en adelante "**OR**") de **DIACO** se dividirían entre la demanda de energía eléctrica de un menor número de usuarios, dando lugar a que los usuarios asociados al **STR** centro-sur pagaran un mayor valor a causa del mencionado cambio.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Corresponde a este Despacho resolver los recursos de reposición formulados por **ISAGEN** 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 **ISAGEN** 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

³³ Folios 818 a 844 de la carpeta No. 5 del Expediente.

³⁴ Folios 872 a 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

³⁵ Folios 179 a 191 de la carpeta No. 1 del Expediente.

³⁶ Folio 185 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 público³⁷.

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”³⁸.

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

A su turno, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios delegó al Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible la función de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que, dentro de dichos sectores, violen las normas a las que deban estar sujetos³⁹.

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 revoque⁴⁰.

³⁷ 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.

³⁸ Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 de noviembre 26 de 2015.

³⁹ 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, 20161300065315 del 12 de diciembre de 2016, 20171300104825 del 29 de junio de 2017, 20171300104725 del 29 de junio de 2017, 20181000130235 del 07 de noviembre de 2018 y 20195000052375 del 22 de noviembre de 2019, 20201000053885 del 23 de noviembre de 2020, 20211000004805 del 19 de febrero de 2021”.

⁴⁰ 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 Despacho⁴¹, en el marco de la competencia legal ya estudiada, conocer y resolver los recursos de reposición formulados por **ISAGEN** y **DIACO** mediante las comunicaciones SSPD No. 20215293417272 del 5 de noviembre de 2021⁴² y SSPD No. 20215293455972 del 9 de noviembre de 2021⁴³, 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 parágrafo 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 (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 parágrafo 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 ISAGEN de lo establecido en (i) el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 en concordancia con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, (ii) así como del artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 y los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014, toda vez que, conociendo la

⁴¹ 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 periodo comprendido del 11 al 13 de abril de 2022, inclusive.

⁴² Folios 818 a 844 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁴³ Folios 872 a 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

exclusión de la demanda de **DIACO** del cálculo del cargo por uso del **STR**, se abstuvo de ejecutar alguna acción tendiente 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**.

En cuarto lugar, el Despacho precisa que el cargo objeto de esta investigación supone la ocurrencia de hechos que, si bien iniciaron el 1° de noviembre de 2009, 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)⁴⁴, 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”⁴⁵, 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 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”⁴⁶.

⁴⁴ Valor en pesos de junio de 2019.

⁴⁵ Artículo 365. Constitución Política.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 066 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

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 incurren para la prestación de los servicios, los costos que pueden recuperarse mediante las tarifas son solo aquellos que sean eficientes”⁴⁷. 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”⁴⁸ (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 financiera⁴⁹, 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”⁵⁰ (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.

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

⁴⁷ Núñez Forero, Felipe. (2017) Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura, Ed. Universidad Externado de Colombia, Página 234.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 1050 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Circular Externa SSPD No. 2020100000144 del 06 de abril de 2020.

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

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 lugar, el Despacho precisa que para efectos del cálculo de la tarifa del **STR**, el **LAC** toma los ingresos aprobados por concepto de uso de activos del nivel de tensión 4 por parte de la **CREG** a cada uno de los **OR** del **STR** (en este caso el **STR** centro-sur), y los datos de la demanda que calcula el **ASIC**, obtenidos de los valores de energía medidos en las fronteras comerciales registradas ante el mismo. Esta tarifa es aplicada a cada usuario por el comercializador que le suministra el servicio.

Ahora bien, en relación con la actividad de distribución de energía eléctrica, la Resolución CREG 097 de 2008 dispuso que el comercializador se encarga de recaudar los montos correspondientes a las redes de uso general de las cuales se beneficia el usuario para la obtención del servicio, y paga a los **OR** los montos por el uso de las redes del nivel de tensión 4 de acuerdo con la liquidación realizada por el **LAC**, y los montos correspondientes por el uso de las redes de los niveles de tensión 3, 2 y 1 que le facture el **OR** de cada uno de los **SDL** en los que tenga usuarios.

En esa medida, es claro que en tanto **ISAGEN** es el comercializador y representante de la frontera de **DIACO** desde el 1° de mayo de 1997, fecha a partir de la cual se le estaban facturando cargos por uso del nivel de tensión 4, conoció que, desde el 1° de noviembre de 2009, la citada frontera dejó de estar registrada como conectada al **STR**, pues dejó de facturarle dichos cargos. Ello evidenciaba un cambio de registro al nivel de tensión al **STN**, situación que necesariamente obedecía a una modificación del registro de la frontera, pues tal como lo indicaba la Resolución CREG 082 de 2002, “El comercializador cobrará a sus usuarios los cargos por uso del Nivel de Tensión donde se conectan sus Activos de Conexión. No hay lugar a cobro de cargos por uso de **STR** o **SDL** a los usuarios que se encuentren conectados directamente al **STN**”, norma reiterada por la Resolución CREG 097 de 2008, la cual dispuso que “El comercializador cobrará al Usuario los Cargos por Uso del Nivel de Tensión donde se encuentre conectado directa o indirectamente su sistema de medición”⁵¹.

Así, es claro que en el evento en que la frontera comercial de un usuario conectado al nivel de tensión 4 sea modificada para ser considerada como conectada directamente al **STN**, el comercializador, como agente encargado de realizar la facturación a este usuario, identifica el cambio del nivel de tensión y lo refleja en la correspondiente factura, excluyendo el componente de distribución de la tarifa facturada al usuario. Ello bajo el entendido de que, en su calidad de comercializador está obligado, entre otras, a “Cobrar las tarifas del servicio de energía eléctrica a los Usuarios y pagar los montos correspondientes al resto de agentes de la cadena (...)”⁵².

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que **ISAGEN** conocía de la solicitud que estaba realizando **EBSA** a **XM** para adelantar la conexión de **DIACO** al **STN**, pues como se indicó en los antecedentes, mediante correo electrónico del 3 de diciembre de 2009, **EBSA** remitió el “Contrato conexión al **STN** del Cliente **DIACO** Código (sic) **SICC ISDB2001**” a **DIACO**, **XM**, e **ISAGEN**, quedando demostrado su conocimiento en relación con la solicitud de modificación de la frontera de **DIACO**; solicitud que se estaba adelantando más de un año después de la entrada en vigencia del parágrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, la cual ocurrió el 6 de octubre del mismo año, y que requería para su aplicación una “situación particular y concreta consolidada con anterioridad a la entrada en vigencia” de dicha Resolución, sin haber tomado alguna acción al respecto.

(...)

En octavo lugar, queda demostrado que no era siquiera necesario que entraran en vigencia normas como las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014 para que **LA INVESTIGADA** cumpliera con su deber de garantizar a los usuarios del **STR** centro-sur la prestación del servicio al menor costo económico. Así lo ha ratificado la **CREG**, que en concepto del año 2002 relacionado con el registro de fronteras comerciales explicó que, en el evento de que una persona evidenciara que un agente del mercado estuviera incumpliendo el marco normativo vigente, debía informar a la **SSPD** de tal situación. En palabras de la **CREG**:

“(...) si una persona encuentra que un agente del mercado no esta (sic) dando cabal cumplimiento al marco legal y regulatorio vigente, deberá poner en conocimiento de la SSPD dicha situación para que ésta última, adopte las medidas que le correspondan según sea el caso (...)”.

(...)

Insistimos que de presentarse conductas contrarias a la regulación y/o la Ley por parte de un agente, se deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes según sea el caso”⁵³ (Énfasis agregado).

Asimismo, frente a la responsabilidad del comercializador por los aspectos relacionados con el registro de la frontera comercial, la **CREG** ha sido enfática al afirmar que ello concierne directamente a este agente:

“Es importante recordar que es responsabilidad de su comercializador realizar el registro de sus fronteras de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 024 de 1995, CREG 006 de 2003 y las resoluciones que han modificado las anteriores; así como cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos por el ASIC”⁵⁴ (Énfasis agregado).

En línea con ello, en otro pronunciamiento la **CREG** se expresó así:

“(...) como se puede colegir del artículo 4 la Resolución CREG 038 de 2014 antes citado, cuando en el código de medida se emplea el término “responsable de la frontera” se refiere al representante de la frontera”⁵⁵ (Énfasis agregado).

⁵¹ Resolución CREG 097 de 2008 Artículo 2 literal k).

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵³ Comisión de Regulación de Energía y Gas. Concepto CREG – 5371 de 2002.

⁵⁴ Comisión de Regulación de Energía y Gas. Concepto CREG – 5601 de 2010.

⁵⁵ Comisión de Regulación de Energía y Gas. Concepto CREG – 13105 de 2016.

Entonces, para este Despacho es claro que la calidad de representante de una frontera, que ostenta el comercializador frente al mercado, supone obligaciones y responsabilidades, fundamentalmente porque el conocimiento de un presunto incumplimiento normativo no puede ser ignorado por un agente sujeto al régimen de servicios públicos domiciliarios, bajo el argumento que "no existe norma expresa que obligara al comercializador de energía a intervenir, estudia revisar o validar las modificaciones del registro de las fronteras de los usuarios atendidos", máxime si ello implicó una afectación económica por más de cuarenta mil millones de pesos para los usuarios del **STR** centro-sur, y con ello una vulneración de los principios que rigen la actividad de prestación del servicio de energía eléctrica.

No obstante, revisado el contenido de los artículos de las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014 imputados, el Despacho concluye que **LA INVESTIGADA**, a pesar de haber incumplido su obligación de garantizar el principio de eficiencia en los términos señalados en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, y que las mencionadas Resoluciones le otorgaban a **LA INVESTIGADA** facultades para tomar acciones en beneficio de los usuarios con el fin de garantizar la eficiencia económica del sistema, con su conducta pasiva no vulneró lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 ni los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014, por lo que no será sancionada por este incumplimiento. En esa línea, el Despacho no se pronunciará sobre los argumentos de defensa expuestos en relación con la aplicación de dichas normas.

En *noveno y último lugar*, conforme a lo expuesto, para el Despacho es claro que **LA INVESTIGADA** 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 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 a dichos usuarios.

Así, concluye el Despacho que **ISAGEN**, en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial 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 1994⁵⁶.

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

4.4.1. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR ISAGEN

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

"IV. Solicitud

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitamos a la SSPD:

- a) Se **REVOQUE** el Artículo Primero de la Resolución No. SSPD-20212400605035 del 21 de octubre de 2021 exonerando a **ISAGEN** de la sanción a título de multa en él impuesta.
- b) De forma subsidiaria a la anterior solicitud, se disminuya el valor de la sanción impuesta, atendiendo y motivando cada uno de los criterios establecidos en el numeral 2 del artículo 81 de la ley 142 de 1994, acorde con los criterios jurisprudenciales de proporcionalidad en la imposición de sanciones.
- c) Se ordene el archivo del presente trámite administrativo⁵⁷.

4.4.1.1. De la vulneración de los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, seguridad jurídica y debido proceso

LA RECURRENTE señaló:

"El principio de legalidad de las normas sancionatorias, ha sido entendido, tal y como fue dispuesto en la sentencia C-921 del 2001, como aquel principio que "rige tanto las actuaciones judiciales como las administrativas, está integrado, a su vez, por otros dos principios: el de reserva legal y el de tipicidad. De conformidad con el primero sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción (...)"

(...)

De acuerdo con lo anterior, la SSPD transgredió los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, seguridad jurídica y debido proceso. En síntesis, por lo siguiente:

- a. La SSPD sanciona a **ISAGEN** por supuestamente no haber ejercido acción alguna tendiente a corregir el registro de la frontera comercial de **Diaco**, pero contradictoriamente acepta que **ISAGEN** no infringió lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 ni los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014, que según la entidad eran los que normativamente habilitaban a **ISAGEN** a realizar dicha solicitud de corrección, lo cual efectivamente era procedente en caso de presentarse determinados supuestos, que se resalta, no acontecieron en el caso que nos ocupa.

⁵⁶ Folios 698 (reverso) a 710 de la carpeta No. 4 del Expediente.

⁵⁷ Folio 827 de la carpeta No. 5 del Expediente.

Sin embargo, consideró que ISAGEN 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, desconociendo que mi representada siempre actuó (sic) de buena fe, sin intención de afectar a los usuarios de la zona Centro Sur en beneficio de un tercero y amparado en la normatividad vigente, la cual establecía claramente la obligación de verificar los requisitos técnicos para la conexión al STN a cargo del ASIC, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2003.

- b. La violación al principio de eficiencia y como consecuencia la afectación de los Usuarios de la Zona Centro Sur no puede ser atribuible al único agente (ISAGEN), que no participó en el cambio de la frontera comercial de DIACO al STN, pues si la modificación en el registro de la frontera comercial causó (sic) los perjuicios que señala la SSPD, los llamados a responder son en primer lugar quien solicitó cambiar dicho registro, que en el caso concreto fue el operador de red, quien se encontraba facultado para ello conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2003, y en segundo lugar, quien legalmente se encontraba en la obligación de verificar los requisitos de conexión al STN.*
- c. ISAGEN no actuó de manera culposa o dolosa, dado que no tuvo ninguna clase de participación en la modificación del registro de la Frontera Comercial de DIACO y al momento del cambio en el registro no incumplió con ninguna obligación en su calidad de Comercializador de energía, a la luz de la regulación en ese momento vigente. Por el contrario, su actuar fue sustentado en el principio de confianza legítima y de buena fe, en el sentido de presumir que los responsables de verificar el cambio en el registro de la frontera comercial de DIACO lo estaban realizando acorde con lo dispuesto en la regulación.*
- d. De conformidad con la Resolución CREG 038 de 2014, todas las obligaciones establecidas por el regulador a cargo del comercializador de energía **se refieren exclusivamente al sistema de medición (no a la conexión)**, por tanto, se reitera, ISAGEN actuó (sic) de buena fe cumpliendo con las normas que establecían su marco de actuación en calidad de Comercializador de Energía y con la confianza legítima que los responsables de verificar el cumplimiento de los requisitos para el cambio de la frontera comercial de DIACO del STR al STN, lo estaban haciendo de conformidad con lo dispuesto en la regulación, y no resulta legalmente admisible que la responsabilidad que debe ser imputada a quienes participaron directamente en la solicitud y el posterior registro de la frontera, le sea trasladada a ISAGEN, basado en un criterio eminentemente principialístico (sic) que desconoce a todas luces el principio de legalidad y tipicidad que debe permear todo proceso sancionatorio.*
- e. De acuerdo con lo anterior, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que de forma expresa, clara y precisa determine que ISAGEN era la responsable de verificar que técnicamente DIACO cumplía requisitos para conectarse al STN, por el contrario, el legislador estatuyó (sic) esta obligación en cabeza del ASIC, no pudiendo trasladar la SSPD a ISAGEN unos perjuicios que se derivan exclusivamente de un actuar de entidades ajenas a esta sociedad.*
- f. En consecuencia, al no estar tipificada la conducta supuestamente infringida por ISAGEN, no es posible endilgarle sanción alguna, pues la infracción es inexistente.*
- g. La imposición de una sanción por una infracción no tipificada en nuestro ordenamiento jurídico constituye una clara violación al derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y artículo 3 de la ley 1437 de 2011, así como a los demás principios mencionados anteriormente⁵⁸.*

En síntesis, **ISAGEN** considera que la **SSPD** vulneró los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, seguridad jurídica y debido proceso, en razón a que *“no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que de forma expresa, clara y precisa determine que ISAGEN era la responsable de verificar que técnicamente DIACO cumplía requisitos para conectarse al STN”⁵⁹.*

En primer lugar, el principio de legalidad, como elemento esencial para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, exige que tanto las conductas investigadas como las sanciones aplicables, cumplan con los siguientes elementos esenciales: **(i)** que las normas presuntamente vulneradas sean anteriores a la conducta investigada –*lex praevia*-; **(ii)** que los aspectos esenciales de la conducta investigada se encuentren previstos en la norma señalada en el cargo imputado –*lex scripta*-; y **(iii)** que tanto la conducta como la sanción se encuentren determinadas en la norma aplicable y exigible –*lex certa*-⁶⁰.

De esta manera, el principio de legalidad garantiza que la conducta esté tipificada con anterioridad a los hechos sobre los cuales versa la actuación administrativa. Así lo ha entendido la Corte Constitucional:

“El principio de legalidad alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. En materia sancionatoria, este principio también se materializa en la tipicidad, pero con una aplicación distinta a la que opera en materia penal, por no versar sobre conductas que impliquen una incursión tan significativa en el núcleo duro de los derechos fundamentales.

Como es sabido el principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación -lex previa-. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino

⁵⁸ Folios 822 (reverso) a 824 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁵⁹ Folio 824 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 343 de 2006.

conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación”⁶¹.

Visto lo anterior a la luz del presente caso, el Despacho encuentra que no se han desconocido los principios referidos, ya que:

1. El cargo formulado cuestionó, entre otras, el incumplimiento del artículo 6 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, normas cuya vigencia antecede la ocurrencia de la conducta reprochada, la cual se configuró entre el 1° de noviembre de 2009 y el 5 de febrero de 2019.
2. Dichos artículos prevén expresamente el deber de **ISAGEN**, en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial de **DIACO**, de adelantar una correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio de energía al menor costo económico.

Entonces, si bien el Despacho concluyó que **LA RECURRENTE** “no vulneró lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 ni los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014”⁶², no es menos cierto que las Leyes 142 y 143 de 1994 contenían un mandato suficientemente claro y vinculante en relación con la prestación del servicio al menor costo económico, razón por la cual no eran necesarias normas posteriores como aquellas citadas, para que **ISAGEN** tuviera la obligación de adoptar las medidas tendientes a garantizar a los usuarios del **STR** centro-sur una prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica.

En segundo lugar, no es de recibo para el Despacho lo afirmado por **LA RECURRENTE** sobre la ausencia de incumplimiento de sus obligaciones como comercializador de energía, pues es claro que la calidad de representante de una frontera, que ostenta el comercializador frente al mercado, supone obligaciones y responsabilidades, fundamentalmente porque el conocimiento de una irregularidad (inclusive sin haber participado activamente en su configuración) no puede ser ignorado por un agente sujeto al régimen de servicios públicos domiciliarios, máxime si ello implicaba una afectación económica para los usuarios del **STR** centro-sur, y con ello una vulneración de los principios que rigen la prestación del servicio.

En tercer lugar, se precisa que la presente investigación no ha cuestionado un actuar culposo o doloso de **ISAGEN**, toda vez que no son elementos de análisis tratándose de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Así lo ha confirmado la el Consejo de Estado en sus pronunciamientos:

“Finalmente, debe precisarse que el examen acerca de la inexistencia de culpabilidad de la empresa demandante no era de acuerdo con la Ley 142 de 1994 un aspecto que la Superintendencia debe considerar, si se tiene en cuenta que es solo tratándose de las sanciones que se imponen a las personas naturales que la Ley 142 de 1994 prevé que se haga el análisis de la culpabilidad del eventual responsable (artículo 81, inciso final). En este caso, la entidad demandada inició una investigación por considerar que la conducta de la demandante violaba las normas a que se encontraba sometida y adoptó la sanción correspondiente al encontrar debidamente acreditada dicha conducta (...).

Esta decisión, según se advierte del análisis del expediente administrativo, se adoptó respetándose el debido proceso y el derecho de defensa de la empresa demandante, quien fue notificada debidamente de todas las decisiones proferidas a lo largo de la actuación, presentó las pruebas que estimó pertinentes para la defensa de sus intereses y recurrió a través de los medios legales pertinentes la resolución sancionatoria”⁶³ (Énfasis agregado).

Por último, carece de sustento jurídico afirmar que “no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que de forma expresa, clara y precisa determine que **ISAGEN** era la responsable de verificar que técnicamente **DIACO** cumplía requisitos para conectarse al **STN**”⁶⁴, cuando artículos como el 2.5 y el 13 de la Ley 142 de 1994, así como el 6 de la Ley 143 de 1994, contienen un mandato expreso de garantizar la prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica, sin que ello suponga la necesidad de que las mismas leyes u otros instrumentos normativos establezcan un catálogo de conductas específicas para cumplir con dicha obligación. En otras palabras, para que un principio sea exigible (y con ello, su incumplimiento sea sancionable), no es necesario que la normativa establezca las acciones concretas que debe ejecutar un prestador para cumplir con dicho principio. Por el contrario, es el agente quien, en el marco de su rol, sus facultades y las circunstancias particulares que

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-092-18. 3 de octubre de 2018. MP Alberto Rojas Ríos.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-092-18. 3 de octubre de 2018. MP Alberto Rojas Ríos.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de septiembre de 2014. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Rad 25000 -23-24-000-2008-00282-01.

⁶⁴ Folio 824 de la carpeta No. 5 del Expediente.

se presenten, debe actuar de la manera más idónea para cumplir con los mandatos legales a los que está sujeto, entre los cuales se encuentra garantizar que el servicio se preste al menor costo económico.

En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por **LA RECURRENTE** serán desestimados.

4.4.1.2. De la vía de hecho administrativa

Sobre este punto, **LA RECURRENTE** manifestó:

“contrario a lo afirmado por la SSPD consistente en que deben acreditarse las causales establecidas por la Corte Constitucional para que proceda la acción de tutela, se precisa que jurisprudencialmente para que se configure una vía de hecho no han sido establecidas exclusivamente las causales de la Corte Constitucional, también han sido establecidas numerosas y diferentes causales por parte del Consejo de Estado, las cuales se configuran en el caso que nos ocupa, al obedecer la sanción impuesta por la SSPD a un criterio eminentemente principialístico (sic) y no estar claramente tipificada la supuesta conducta infractora de ISAGEN en alguna norma del ordenamiento jurídico colombiano.

(...)

En relación con la configuración de la vía de hecho (...) Esta se produce “cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico”⁶⁵.

ISAGEN insistió nuevamente en la ocurrencia de una vía de hecho administrativa en el marco de la presente investigación, fundamentalmente *“al obedecer la sanción impuesta por la SSPD a un criterio eminentemente principialístico (sic) y no estar claramente tipificada la supuesta conducta infractora de ISAGEN en alguna norma del ordenamiento jurídico colombiano”⁶⁶.*

Pues bien, tal como se explicó en la **Resolución Sancionatoria**, la configuración de una vía de hecho requiere que la decisión respecto de la cual se predica sea tan distante del ordenamiento jurídico que no pueda calificarse como un acto administrativo, pues es un mero reflejo de la voluntad y arbitrariedad de quien lo expidió.

No obstante, revisado el fundamento normativo de la decisión, el Despacho encuentra que el hecho de que la sanción impuesta se fundamente en el incumplimiento de uno de los principios que rigen la prestación del servicio público de energía eléctrica no constituye ni equivale en manera alguna a una vía de hecho, por las razones que a continuación se exponen:

1. En palabras de la Corte Constitucional, los principios se definen como *“normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial”⁶⁷*, a partir de lo cual se puede inferir que tienen dos características esenciales: **(i)** consagran una prescripción jurídica específica, es decir, un deber u obligación legal; y **(ii)** son *“normas de aplicación inmediata”⁶⁸*. En síntesis, explica la mencionada Corporación, *“Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente”⁶⁹.*

Ello no podría ser diferente, pues la regulación no está en capacidad de prever todos los escenarios específicos que se pueden presentar en un determinado mercado, lo cual impide de suyo que la satisfacción del requisito de tipicidad de una conducta sancionable se traduzca en el imperativo de contar con un interminable catálogo de prohibiciones. De ahí que, ante un vacío normativo o dificultad en la interpretación de cualquier precepto, el mismo legislador estableció una serie de principios, capaces de orientar tanto el entendimiento del régimen de servicios públicos, como la conducta de quienes se encuentran sujetos al mismo. Nada diferente se concluye del contenido del artículo 13 de la Ley 142 de 1994. Veamos:

“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 presenteren” (Énfasis agregado).

⁶⁵ Folio 824 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶⁶ Folio 824 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 2012, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Un entendimiento opuesto incentivaría a los vigilados a identificar vacíos regulatorios e incurrir en comportamientos contrarios a los fines regulatorios, capaces de afectar el mercado, y con ello, la finalidad social que deben cumplir los servicios públicos domiciliarios.

2. En línea con lo anterior, los principios previstos en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para **LA RECURRENTE**, por el hecho de estar previstos en la ley que establece el régimen del servicio que ésta presta. Así se lee con claridad en dicho artículo:

*“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).*

3. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, es función de la **SSPD** “Vigilar y controlar el cumplimiento de las **leyes** y actos administrativos **a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos** (...) y **sancionar** sus violaciones”, lo cual se traduce en la competencia para sancionar los incumplimientos, por ejemplo, de la Ley 143 de 1994 en que incurran prestadores como **ISAGEN**.
4. El mandato previsto en el citado artículo 6 de la Ley 143 de 1994 en relación con el principio de eficiencia busca proteger a los usuarios de una indebida asignación y utilización de los recursos, que dé lugar a que estos asuman costos o cargas que no están obligados a soportar, como fue en el presente caso el impacto tarifario que tuvo la indebida modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** en los usuarios del **STR** centro-sur.

El Despacho resalta que **LA RECURRENTE** se sustrajo por completo de la carga probatoria que supone alegar una vía de hecho, especialmente en una actuación administrativa en la que es manifiesta la omisión de **ISAGEN**, pues no obra ninguna prueba que dé cuenta que ésta hubiera ejecutado, en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial de **DIACO**, alguna acción tendiente a garantizar la prestación eficiente del servicio de energía para los usuarios del **STR** centro-sur, bajo el cómodo amparo de que, según esta, las sanciones impuestas por la **SSPD** no pueden estar fundamentadas en principios.

En esa medida, carece de fundamento lo alegado, pues lejos de existir un actuar arbitrario por parte de la **SSPD**, la investigación se ha desarrollado bajo los principios de legalidad y tipicidad como elementos esenciales de la potestad sancionatoria.

Por lo expuesto, el argumento aquí estudiado será desestimado.

4.4.1.3. De la indebida graduación de la sanción

ISAGEN expuso una serie de motivos por los cuales considera que multa impuesta no cumple con los criterios de dosificación previstos en el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994. En esa medida, el Despacho procederá a pronunciarse frente a cada uno de ellos en el orden en que fueron propuestos, así:

- **“En relación con el impacto sobre la buena marcha del servicio público”**

Indica **LA RECURRENTE** lo siguiente:

“la SSPD incurre en un abuso del derecho al afirmar que la actuación de ISAGEN es constitutiva de una falta grave y en consecuencia trasladar a esta sociedad una carga que no está en el deber jurídico de soportar, afirmando que ISAGEN en calidad de comercializador y representante de la frontera comercial debía garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica al menor costo económico, desconociendo que si la modificación en el registro de la frontera comercial de DIACO causo (sic) perjuicios, estos solo deben ser imputables a las entidades participantes de dicha solicitud de modificación y a quien normativamente tenía la obligación de verificar el cumplimiento de requisitos técnicos, es inadmisibile que un agente que no tuvo participación alguna en el contrato de conexión entre DIACO y EBSA y que normativamente no tenía la responsabilidad técnica de aprobación de conexión de DIACO al STN, le sean trasladados los perjuicios que causalmente están asociados a conductas de terceros.

De acuerdo con lo anterior, si en efecto se causó una afectación a la buena marcha del servicio, dichas afectaciones no le pueden ser atribuibles al único agente (ISAGEN), que no participó en el cambio de la frontera comercial de DIACO al STN, pues claramente los llamados a responder son en primer lugar quien solicitó cambiar dicho registro, que en el caso concreto fue el operador de red, quien se encontraba facultado para ello conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2003, y en segundo lugar, quien

legalmente se encontraba en la obligación de verificar los requisitos de conexión al STN, el ASIC, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2003.

Por tanto, no es de recibo que el actuar de buena fe de ISAGEN y que se reitera ha sido acorde con las obligaciones establecidas expresamente en la Resolución CREG 038 de 2014, sea catalogado como una falta grave y como sanción reciba una sanción excesivamente onerosa por el hecho de terceros⁷⁰.

LA RECURRENTE considera que la **SSPD** incurrió en un abuso del derecho al determinar que la conducta sancionada constituye una falta grave, pues, a su juicio, se trata de una carga que no le corresponde soportar, por cuanto *“dichas afectaciones no le pueden ser atribuibles al único agente (ISAGEN), que no participó en el cambio de la frontera comercial de DIACO al STN”*⁷¹. Al respecto, es necesario hacer las siguientes precisiones:

1. Desde el inicio de la presente actuación ha sido claro que el reproche a **ISAGEN** se fundamentó en su comportamiento omisivo, es decir, en su pasividad frente a una situación irregular en la que, en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial de **DIACO**, pudo evitar que los usuarios del **STR** centro-sur vieran afectado el costo de prestación del servicio de distribución. Entonces, no haber participado en el registro de la frontera comercial de **DIACO** al **STN** no equivale a una ausencia de responsabilidad frente a una situación de la que tuvo pleno conocimiento, esto es, el indebido impacto tarifario que representó tal modificación.
2. El hecho de que haya habido otros agentes con la posibilidad de corregir la ineficiencia que generó en los usuarios del **STR** centro-sur la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** en el año 2009, no exime a **ISAGEN** de su responsabilidad; simplemente indica que otros agentes, desde su respectivo rol, también pudieron incumplir (o incumplieron) los artículos 2.5 y 13 de la Ley 142 de 1994, así como el artículo 6 de la Ley 143 de 1994.

Así las cosas, no es posible alegar que el impacto de la conducta endilgada no es atribuible a **LA RECURRENTE**, pues presuntamente haberse limitado a cumplir con lo previsto en la Resolución CREG 038 de 2014 (aspecto que no fue objeto de análisis en la presente actuación), como lo alega **ISAGEN**, no es óbice para que la empresa, con su comportamiento omisivo haya incumplido su obligación de garantizar la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio de energía al menor costo económico, tal y como se explicó en la **Resolución Sancionatoria**.

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

- **“En relación con la prolongación de la infracción en el tiempo”**

Indica **LA RECURRENTE** lo siguiente:

“Tal y como se ha expuesto a lo largo de este escrito y se ha insistido desde la presentación de los descargos, no es cierto que ISAGEN haya incurrido en la infracción imputada por la SSPD y menos durante el lapso de tiempo (sic) afirmado por esa entidad, la argumentación de la SSPD a lo largo de su sanción es completamente contradictoria, puesto que afirma “No obstante, no es menos cierto que las Leyes 142 y 143 de 1994 contenían un mandato suficientemente claro y vinculante para LA INVESTIGADA, y que por tanto no eran necesarias normas posteriores como las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014, para que esta no hubiese incurrido en la omisión reprochada”.

Es decir, no obstante las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014 fueron expedidas durante el tiempo en que supuestamente persistía la infracción de ISAGEN, la SSPD declaró que las mismas no habían sido incumplidas por la sociedad pero a renglón seguido afirma que en todo caso es innecesaria la expedición de dichas normas para que ISAGEN hubiese incurrido en la conducta reprochada, es decir, la SSPD reconoce la relación supuestamente existente entre la supuesta conducta infractora de ISAGEN y las resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014, pero finalmente resuelve sancionarla con base en principios porque normativamente su conducta definitivamente no está tipificada. La ilegalidad de la sanción es evidente.

De acuerdo con todo lo expuesto, si es inexistente la infracción de ISAGEN, también lo es su supuesta prolongación en el tiempo y, por tanto, no puede haber lugar a la imposición de la sanción debatida en los términos del artículo 81 de la ley 142 de 1994⁷².

LA RECURRENTE alega que el desarrollo argumentativo de la **Resolución Sancionatoria** es contradictorio, en razón a que *“la SSPD reconoce la relación supuestamente existente entre la supuesta conducta infractora de ISAGEN y las resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014, pero finalmente resuelve sancionarla con base en principios porque normativamente su conducta*

⁷⁰ Folio 825 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Folio 826 de la carpeta No. 5 del Expediente.

*definitivamente no está tipificada*⁷³.

No obstante, no es de recibo para el Despacho lo afirmado por **ISAGEN**, quien interpreta descontextualizada y caprichosamente la precisión realizada en la **Resolución Sancionatoria** frente al presunto incumplimiento de las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014, pues si bien la **SSPD** encontró que **LA RECURRENTE** no vulneró lo dispuesto en dichas Resoluciones, de igual manera fue clara al advertir el incumplimiento de su obligación de garantizar el principio de eficiencia en los términos señalados 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, incumplimiento que fundamentó la sanción impuesta.

Lo anterior, en los siguientes términos:

“Entonces, para este Despacho es claro que la calidad de representante de una frontera, que ostenta el comercializador frente al mercado, supone obligaciones y responsabilidades, fundamentalmente porque el conocimiento de un presunto incumplimiento normativo no puede ser ignorado por un agente sujeto al régimen de servicios públicos domiciliarios, bajo el argumento que “no existe norma expresa que obligara al comercializador de energía a intervenir, estudiar revisar o validar las modificaciones del registro de las fronteras de los usuarios atendidos”, máxime si ello implicó una afectación económica por más de cuarenta mil millones de pesos para los usuarios del STR centro-sur, y con ello una vulneración de los principios que rigen la actividad de prestación del servicio de energía eléctrica.

*No obstante, revisado el contenido de los artículos de las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014 imputados, **el Despacho concluye que LA INVESTIGADA, a pesar de haber incumplido su obligación de garantizar el principio de eficiencia en los términos señalados en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, y que las mencionadas Resoluciones le otorgaban a LA INVESTIGADA facultades para tomar acciones en beneficio de los usuarios con el fin de garantizar la eficiencia económica del sistema**, con su conducta pasiva no vulneró lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución CREG 157 de 2011 ni los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 038 de 2014, **por lo que no será sancionada por este incumplimiento**. En esa línea, el Despacho no se pronunciará sobre los argumentos de defensa expuestos en relación con la aplicación de dichas normas.*

*En noveno y último lugar, conforme a lo expuesto, para el Despacho es claro que **LA INVESTIGADA** 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 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 a dichos usuarios*⁷⁴.

Habiéndose demostrado que la infracción reprochada efectivamente se configuró, se concluye que lo indicado en la **Resolución Sancionatoria** en relación con su prolongación en el tiempo también estuvo debidamente soportado, toda vez que el periodo del incumplimiento fue aquél durante el cual los usuarios del **STR** centro-sur asumieron el costo del servicio de distribución que le correspondía al usuario **DIACO**, sin que **ISAGEN** en su calidad de comercializador y representante de la frontera comercial de aquel, conociendo de la irregularidad, hubiera realizado alguna acción tendiente a evitar esta afectación.

Por lo expuesto, el argumento aquí estudiado queda desvirtuado.

- **“En relación con la proporcionabilidad (sic) y razonabilidad de la sanción”**

Indica **LA RECURRENTE** lo siguiente:

“Contrario a lo afirmado por la SSPD la sanción impuesta a ISAGEN es a todas luces ilegal y desproporcional, de conformidad con lo expuesto desde los descargos hasta esta instancia, la SSPD como consecuencia de una caducidad y cosa juzgada predicable del ASIC, quien normativamente tenía la obligación de verificar los requisitos técnicos de conexión al STN por parte de DIACO, de manera completamente arbitraria pretende trasladar a ISAGEN la generación de unas afectaciones causadas por entidades ajenas a ISAGEN, a quienes las (sic) ley habilitó tanto para solicitar la modificación en el registro de la frontera comercial como para verificar y aprobar los requisitos de orden técnico de conexión al STN.

No solo es palpable en el presente caso la ilegalidad de la sanción por una conducta no tipificada en el ordenamiento jurídico colombiano sino que una vez materializada la ilegalidad, la desproporcionalidad de la sanción que pretende imponer la SSPD a ISAGEN es de una magnitud tal, que supera la sanción impuesta por la misma SSPD a EPM mediante la resolución 20192400003235 del 14 de febrero de 2019 por concepto de los cargos formulados con ocasión del incendio ocurrido en la Central Hidroeléctrica Guatapé y a quien se le impuso multa por concepto de los tres cargos formulados así:

*Primer cargo: 640 smlmv
Segundo cargo: 860 smlmv
Tercer cargo: 500 smlmv*

⁷³ Folio 826 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁴ Folio 710 de la carpeta No. 4 del Expediente.

Es decir, el único cargo formulado a ISAGEN duplica la sanción impuesta a EPM por concepto del tercer cargo formulado en relación con un acontecimiento que afectó gravemente al sistema interconectado nacional y que causó perjuicios a agentes como ISAGEN en cuantía superior a los \$300 mil millones de pesos.

Así resulta evidente que la SSPD no dio cumplimiento para efectos de la determinación y graduación de la multa impuesta a ISAGEN, ni con las reglas previstas en el numeral 2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 ni con las reglas para el ejercicio de la potestad sancionadora que ostenta la administración.

Adicional, resaltamos que en el presente asunto la SSPD omite motivar el método utilizado para efectos de determinar que en el presente caso la sanción a aplicar era la pecuniaria y no otra de las previstas en el artículo 81 de la ley 142 de 1994, como por ejemplo la amonestación, tampoco indicó los motivos que justificaban la suma o valor establecido como sanción pecuniaria, no realizó un debido análisis de razonabilidad y proporcionalidad para imponer la sanción, pues un análisis juicioso de todas estas reglas y una interpretación ajustada a derecho de las normas que se le imputan a ISAGEN como infringidas no podían conducir a conclusión diferente que la exoneración de ISAGEN ante el hecho o culpa de terceros, rompiendo nexo causal alguna entre los daños alegados y la supuesta conducta infractora de esta sociedad.

No obstante lo anterior y sólo en el hipotético caso que la SSPD tuviera la razón respecto del supuesto incumplimiento de ISAGEN, como ya se dejó en evidencia, la tasación de la sanción es a todas luces excesiva, desproporcional, irrazonable y arbitraria, pues en efecto ISAGEN siempre actuó de buena fe sin intención de causar ninguna afectación al sistema y en ese orden de ideas no le puede ser atribuible responsabilidad predicable normativamente de terceros, no existiendo adicionalmente proporcionalidad de la sanción, máxime cuando esta sociedad no ha sido objeto de sanción alguna por parte de la SSPD por hechos similares, no configurándose tampoco el factor objetivo de reincidencia.

De acuerdo con todo lo anterior, es claro que si bien el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos para imponer sanciones a quienes desconozcan las normas a que deben estar sujetas, según impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia, lo cierto es que, la sanción impuesta en este caso rompe de plano todos los requisitos de dosimetría sancionatoria⁷⁵.

Según **ISAGEN**, la sanción impuesta en esta actuación es desproporcional, entre otras porque “supera la sanción impuesta por la misma SSPD a EPM (...) con ocasión del incendio ocurrido en la Central Hidroeléctrica Guatapé”⁷⁶.

Al respecto, es de recordar que la determinación de las sanciones a imponer en ejercicio de la potestad sancionadora otorgada a la **SSPD** se realiza de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, esto es, “según la naturaleza y la gravedad de la falta”, y las sanciones corresponderán a amonestación, multas, entre otras.

En el presente asunto, resulta pertinente el análisis de la sanción de multa consagrado en el numeral 81.2 del citado artículo, norma que faculta a la **SSPD** para graduar y dosificar las multas bajo los criterios de: **(i)** impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público; **(ii)** factor de reincidencia; y **(iii)** prolongación de la infracción en el tiempo, los cuales dan cuenta de una discrecionalidad reglada, sujeta a los principios de proporcionalidad y racionalidad⁷⁷.

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

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

Así pues, al imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, la Administración actúa en ejercicio de su facultad discrecional, que, de acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo⁷⁸, implica que la sanción sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En Concepto No. 5 de 7 de enero de 2009, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios precisó lo siguiente respecto a la gradualidad de las sanciones que puede imponer con base en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994:

[...]

⁷⁵ Folios 826 (reverso) a 827 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁶ Folio 826 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-1026/01 y C-125/03. “(...) las diferentes sanciones que puede fijar la SSPD dependen de la naturaleza y gravedad de la falta cometida. Una de las sanciones que puede imponer la Superintendencia, cuando la naturaleza y gravedad de la falta lo amerite, es la multa, que tiene como límite, el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. La multa debe graduarse atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y a si el administrado es reincidente o no.”

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

⁷⁸ Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

3.- *Cómo se mide la gravedad de la falta cometida por el prestador (sic), ¿a qué se refiere el criterio de naturaleza de la falta? ¿Qué tipos de falta existen? ¿Cuál es la clasificación según la naturaleza de la falta, como se ordenan las faltas según su gravedad, entre que rangos se mueve la superintendencia para imponer las sanciones pecuniarias para cada falta?*

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

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

(...)

En esta medida, la administración cuenta con criterios generales para la imposición de sanciones contenidos en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y con criterios particulares para la aplicación de sanciones pecuniarias establecidos en el artículo 81 .2 de la misma obra, que en cierta medida pretenden racionalizar la actividad sancionadora de la Superintendencia evitando que ésta desborde su actuación represiva, encauzándola dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio⁷⁹ (Énfasis agregado).

En igual sentido, la doctrina se ha referido a la graduación de las sanciones, señalando lo siguiente:

“la graduación de la sanción es una actividad que reúne elementos reglados y discrecionales, sujeta a control judicial, para comprobar si la motivación se ajusta a los [...] principios de objetividad, racionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Lo anterior implica acudir a un razonable y proporcionado ejercicio de argumentación, ya que el acto administrativo debe ser inequívoco en la motivación que lo funda para imponer determinada sanción y no otra⁸⁰ (Énfasis agregado).

Visto lo anterior a la luz del presente caso, el Despacho encuentra que:

1. La razón por la cual se impuso una sanción en la modalidad de multa y no otro tipo de sanción, como por ejemplo la amonestación, tal como **LA RECURRENTE** lo sugiere, obedeció a la gravedad de la conducta sancionada, consistente en la vulneración del principio de eficiencia, con la cual se afectó a los usuarios del **STR** centro-sur con sobrecostos en la prestación del servicio superiores a los cuarenta mil millones de pesos⁸¹. Así se explicó en la sección **4.1** de la **Resolución Sancionatoria**⁸².
2. En relación con la alegada desproporcionalidad de la sanción impuesta, en comparación con aquellas asignadas en el desarrollo de otras investigaciones, el Despacho observa que este argumento no tiene la virtualidad de variar las conclusiones de la **Resolución Sancionatoria**, toda vez que el análisis realizado por la **SSPD** frente a otras conductas infractoras desplegadas por otros prestadores no puede compararse con el reproche aquí sancionado, en el cual fueron determinantes aspectos como el impacto económico que tuvo la omisión de **ISAGEN** en los usuarios del **STR** centro-sur, la prolongación de la infracción durante más de nueve años y la obligación incumplida, esto es, el deber de garantizar el principio de eficiencia. En otras palabras, se pretende equiparar incumplimientos absolutamente disímiles para llegar a la conclusión subjetiva de que la multa impuesta en el presente caso no fue proporcional porque en otras investigaciones, **ni siquiera relacionadas con las normas cuya vulneración aquí se demostró**, la multa impuesta a otro prestador fue diferente.
3. Siempre y cuando se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad y se desarrollen los criterios de dosificación, la **SSPD** está facultada para imponer sanciones discrecionalmente, de acuerdo con la evaluación de las conductas sancionadas desde una perspectiva técnica y jurídica.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. 10 de julio de 2014. Expediente 76001233100020030352401 [19191].

⁸⁰ Cfr. Laverde Álvarez, Juan Manuel. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio. Primera Edición 2016. Editorial Legis. Bogotá. Pág. 137 y 138.

⁸¹ Valor en pesos de junio de 2019.

⁸² Folio 717 de la carpeta No. 4 del Expediente.

Entonces, de conformidad lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994⁸³, la graduación de la sanción impuesta, realizada por la **SSPD**, se ajusta a los lineamientos del Consejo de Estado en la decisión precitada; es decir, se ejerció la facultad sancionatoria con discrecionalidad observando los criterios de proporcionalidad y razonabilidad; es decir, libre de cualquier rastro de arbitrariedad o capricho.

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

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*
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 investigación*⁸⁴.

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 ISAGEN, 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 XM exactamente por los mismos hechos que se considera han violado la ley (i.e. la celebración del Contrato de Conexión).

(...)

⁸³ 81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. **El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años**, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción" (Énfasis agregado).

⁸⁴ Folio 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

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 ISAGEN 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.

De esta manera, si ISAGEN hizo la venta de energía a DIACO, de conformidad con la información que reposaba en el ASIC (con el beneplácito de las distintas autoridades, incluida la SSPD que ya había declarado que no existía ninguna violación regulatoria), es un evento que claramente no puede desprenderse de los sucesos que llevaron a la conexión de DIACO al STN, esto es, la firma del Contrato de Conexión y el registro de la frontera comercial el 1 de noviembre de 2009 por parte de XM, que fueron los asuntos que fueron investigados por la SSPD anteriormente.

Hacemos especial énfasis a (sic) que la SSPD ha investigado los hechos originadores de la supuesta falta de eficiencia en la prestación del servicio (...) y esta reconoció expresamente por medio del Acto de Archivo que carecía de competencia para investigar dichos hechos y una vez fue formalizada informó a la CREG que no existía mérito para iniciar una investigación, tal y como se hace referencia en la comunicación 20112200455841 del 15 de julio de 2011⁸⁵.

DIACO insistió nuevamente en la caducidad de la facultad sancionatoria. Adicionalmente, alegó 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.

Pues bien, *-tal como fue explicado en el Pliego de Cargos, así como en la **Resolución Sancionatoria**, la actuación adelantada dentro del expediente No. 2017240350600045E 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”⁸⁶. De ahí que se concluyera el acaecimiento de tal fenómeno, 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”⁸⁷.*

Ahora, no siendo aquel el objeto de la presente investigación, para este Despacho resulta claro que, contrario a lo afirmado por **DIACO**, 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 1° 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 52⁸⁸ 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**.

⁸⁵ Folios 875 a 876 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁸⁶ Folio 132 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸⁷ Folio 132 (reverso) de la carpeta No. 1 del Expediente.

⁸⁸ “**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).

Por otra parte, 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 falta⁸⁹. Así, contrario a lo alegado por **DIACO**, la presente actuación administrativa no vulnera este principio, toda vez que:

1. A la fecha de expedición del presente acto, **ISAGEN** no ha sido investigada ni sancionada previamente por la conducta aquí reprochada, ni siquiera por hechos relacionados con la modificación del registro de la frontera comercial de **DIACO** realizada por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. ("**XM**") en noviembre de 2009.
2. El objeto de esta 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 enero de 2019, periodo durante el cual se mantuvo el registro de la frontera comercial de este usuario, considerándolo como directamente conectado al **STN**.
3. En la presente actuación, el cargo sancionado 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 normativos⁹⁰.

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

4.4.2.2. De la falta de fundamento legal para imponer una sanción

Sobre este punto, **DIACO** señaló:

"la SSPD concluyó, de manera correcta aunque usando una argumentación deficiente, que no podía declarar que ISAGEN violó las normas descritas en las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014. La anterior determinación es correcta, ya que no es posible exigir a ISAGEN que procediera a dar aplicación a las mencionadas normas cuando la conexión de DIACO (que es realmente el hecho investigado) se formalizó con anterioridad a la expedición de Resoluciones que fueron incluidas dentro del Pliego de Cargos.

Sin embargo, al tomar la decisión de que ISAGEN no infringió las Resoluciones CREG 157 de 2011 y 038 de 2014, la SSPD mencionó que no eran de recibo los argumentos esgrimidos por ISAGEN respecto de que, al no existir una norma expresa que lo obligara a intervenir sobre las modificaciones del registro de fronteras comerciales de usuarios que atendía.

Lo anterior, puesto que, en palabras de la SSPD, el contenido de los artículos 6 de la Ley 143 de 1994 y 2.3 y 13 de la Ley 142 de 1994, en los cuales se establecen los principios que deben seguir las empresas de servicios públicos domiciliarios es una norma que (sic) un alcance lo suficientemente preciso para que a partir de ellas puedan generarse sanciones.

Sobre este particular, debemos mencionar que un principio de la mayor entidad en el procedimiento sancionatorio es el principio de legalidad, según el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional:

(...)

De conformidad con este principio, especialmente respecto de la garantía material, la ley debe establecer de manera clara el contenido de las obligaciones que serían consideradas como infracciones y las sanciones que las mismas pueden acarrear.

Como corolario del principio de legalidad, el principio de tipicidad también debe ser respetado en el derecho sancionatorio, el cual "(...) hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.

En virtud de los anteriores principios, debemos mencionar que no existe claridad sobre las normas en las cuales ISAGEN debía hacer valer la eficiencia del mercado de energía eléctrica cuando no existía una norma típica que le exigiera intervenir en casos en los que se modificara el registro de una frontera comercial de un usuario atendido por ISAGEN, máxime cuando el cambio en la frontera comercial se encontraba fundamentado en la regulación aplicable de ese momento y todas las autoridades del sector que intervinieron en la conexión comprendieron que esta se ajustaba a derecho.

Como resultado del anterior análisis, la SSPD no puede utilizar un análisis etéreo de la regulación y la ley aplicable a ISAGEN como agente del mercado para fundamentar la existencia de un actuar contrario a la regulación, sin la existencia de normas en las cuales se defina el correcto actuar de los comercializadores de

⁸⁹ Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁰ Folio 188 de la carpeta No. 1 del Expediente.

*energía, que no existían el 1 de noviembre de 2009, fecha a partir de la cual supuestamente inició la falta de eficiencia en el servicio, producto de la conexión de DIACO al STN*⁹¹.

DIACO alegó que la presente actuación vulnera los principios de legalidad y tipicidad, en razón a que “no existe claridad sobre las normas en las cuales ISAGEN debía hacer valer la eficiencia del mercado de energía eléctrica”⁹². 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 4.4.1.1., no sin antes precisar que no es cierto, al menos respecto de la **CREG** y la **SSPD**, que “todas las autoridades del sector que intervinieron en la conexión comprendieron que esta se ajustaba a derecho”⁹³. Puntualmente, los siguientes dos actos administrativos dan cuenta de que ello no es así:

- **Resolución 106 de 2012:**

En este acto la **CREG** resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (“**EBSA**”), en el marco de un procedimiento administrativo de actualización de sus cargos por uso, en el cual, dicho sea de paso, **DIACO** intervino. De manera expresa, frente a la modificación de la frontera comercial de dicho usuario, el regulador expresó que:

“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” (Énfasis agregado).

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

En este acto la **SSPD** archivó la averiguación preliminar iniciada contra **XM** y **EBSA** por el presunto incumplimiento del párrafo del artículo 7 de la Resolución CREG 097 de 2008, manifestando lo siguiente sobre la conexión del usuario **DIACO** al **STN**:

“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 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 anterior*⁹⁴ (Énfasis agregado).

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

4.4.2.3. De la legalidad en la conexión de DIACO

Al respecto, **DIACO** señaló:

“Desde antes del 26 de septiembre de 2008, tal como fue ampliamente reiterado en los testimonios (sic), 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

(...).

(...)

⁹¹ Folios 877 a 878 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹² Folio 877 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹³ Folio 878 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹⁴ Folios 873 (reverso) a 874 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

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 (...).

(...)

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 parágrafo 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 (...).

(...)

Así, y 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>** propiedad de EBSA (...).

(...)

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 normativa**.

(...)

(...) 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 para establecer y permitir una conexión al STN a DIACO.

(...)

(...) 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 (...).

(...)

(...) la argumentación de la SSPD debería estar encaminada a buscar la revocatoria de dicha Resolución, mas no investigar y sancionar hechos que siguen las normas establecidas en la misma pues sería un absurdo jurídico violatorio de todos los derechos de EBSA (sic) que la SSPD haga el uso de su facultad sancionatoria a esta por cumplir con los supuestos de la regulación.

(...)

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, 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.

(...)

Toda vez que en la Resolución CREG 079 de 2012 no se consideraron unas nuevas unidades constructivas en la subestación Paipa por medio de las cuales se atendía la conexión de DIACO, EBSA presentó recurso de reposición, bajo el fundamento de que la Resolución CREG 120 de 2009 había excluido los activos que servían para la conexión de DIACO del cálculo de cargos por uso, solicitando que el mismo entendimiento fuera aplicado a las nuevas unidades constructivas.

En virtud de la anterior solicitud, la CREG manifestó que no podía aprobar el tratamiento de las nuevas unidades constructivas, sin hacer ninguna orden respecto de que los activos de DIACO dejaran de ser considerados como activos de conexión al STN, puesto que simplemente decidió no reponer la Resolución CREG 079 de 2012.

En este sentido, el 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.

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 STN⁹⁵.

En síntesis, **DIACO** insistió en que su conexión 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, se precisa que en la presente actuación no se han practicado pruebas testimoniales, por lo que no se entiende a qué declaraciones se refiere **DIACO** al afirmar que “tal como fue ampliamente reiterado en los testimonios...”⁹⁶. Así, siendo una afirmación sin sustento probatorio alguno, no puede el Despacho valorarla en el presente recurso.

En segundo lugar, lo alegado por **DIACO** 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 1° 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 1° de agosto de 2018, mediante acto administrativo No. 20182401125641⁹⁷, 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 parágrafo 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*.*

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 *ibidem* no existía una situación consolidada, razón por la cual no le era aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 de la resolución *ibidem*.*

⁹⁵ Folios 878 a 883 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹⁶ Folio 878 de la carpeta No. 5 del Expediente.

⁹⁷ Folios 120 a 133 de la carpeta No. 1 del Expediente.

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.

En esta medida, solo se podría incluir el barraje de lado de baja tensión como parte de los activos de conexión al STN, en el supuesto en que se hubiera registrado la frontera comercial de consumo del usuario no regulado DIACO, como conectada al STN con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución 097 de 2008, es decir antes del 6 de octubre de 2008.

(...)⁹⁸ (Énfasis agregado).

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

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

4.4.2.4. De la falsa motivación en relación con los efectos de la infracción

Sobre este punto, **DIACO** señaló:

“(...) existe falsa motivación los (sic) 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 ISAGEN, aun a pesar de que no estaba en el marco de sus competencias.

(...) 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 (sic) 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 DIACO (...)⁹⁹.

DIACO alegó que la presente actuación se encuentra viciada por falsa motivación, fundamentalmente por los señalados efectos económicos de la infracción.

Pues bien, frente al argumento según el 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 demanda del STR Centro-Sur”¹⁰⁰, 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

⁹⁸ Folios 702 (reverso) a 703 de la carpeta No. 4 del Expediente.

⁹⁹ Folios 883 (reverso) a 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁰ Ibidem.

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 pesos¹⁰¹.

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*”¹⁰². 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.

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 sobrecosto 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 el cargo formulado 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**.

Adicionalmente, **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*”¹⁰³. 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 sobrecosto 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 otra parte, 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*”¹⁰⁴, 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.

¹⁰¹ Valor en pesos de junio de 2019.

¹⁰² Folios 883 (reverso) a 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Folio 884 de la carpeta No. 5 del Expediente.

De ahí que las Resoluciones CREG 097 de 2008 y 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.

4.5. CONCLUSIÓN

Como se expuso a lo largo de esta decisión, la finalidad de la presente investigación administrativa sancionatoria era determinar si **ISAGEN** 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. 20212400605035 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 **ISAGEN S.A. E.S.P.**, mediante la comunicación SSPD No. 20215293417272 del 5 de noviembre de 2021.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las peticiones realizadas por la sociedad **DIACO S.A.**, mediante la comunicación SSPD No. 20215293455972 del 9 de noviembre de 2021.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en su integridad la Resolución SSPD No. 20212400605035 del 21 de octubre de 2021, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a **ISAGEN S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 811.000.740-4, por valor de **NOVECIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISÉIS MIL PESOS M/L (\$908.526.000)**.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a **ISAGEN S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 811.000.740-4, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, al correo electrónico notificacionesenlinea@isagen.com.co¹⁰⁵ con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

ARTÍCULO QUINTO: 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.com¹⁰⁶, con la remisión de una copia de la misma, advirtiéndole que contra esta no procede ningún recurso.

¹⁰⁵ Folio 827 de la carpeta No. 5 del Expediente.

¹⁰⁶ Folio 884 (reverso) de la carpeta No. 5 del Expediente.

ARTÍCULO SEXTO: 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 SÉPTIMO: INFORMAR a la **ISAGEN S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 811.000.740-4, que una vez se encuentre en firme la presente Resolución, el valor de la multa impuesta deberá ser cancelado mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia, o mediante transferencia electrónica realizada a la cuenta corriente No.141011460 del Banco BBVA a nombre de la “*Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*”.

Para ello, el prestador debe descargar el formato de pago disponible en el portal web www.superservicios.gov.co, 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 OCTAVO: 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.