

RESOLUCIÓN SSPD - 20214400668765 DEL 08-11-2021

EXPEDIENTE: 2018440350600067E

POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ACUEDUCTO,
ALCANTARILLADO Y ASEO**

En ejercicio de las funciones conferidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001 y el Decreto 1369 de 2020, las cuales fueron delegadas mediante la Resolución N.º SSPD 20211000012995 del 29 de marzo de 2021, expedida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, y con base en la Ley 1437 de 2011,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.

PRIMERO. Que mediante la Resolución N.º 20204400057545 del 10 de diciembre de 2020 (en adelante Resolución Sancionatoria), la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo impuso sanción pecuniaria a la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, identificada con el **NIT 900649669-8** e inscrita en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (“RUPS”) con el **ID 26721**, por un valor de **CINCUENTA Y CUATROMILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$54'423.786)** equivalentes a **SESENTA Y DOS (62) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES DE 2020**, tras haberse demostrado que la Recurrente violó el régimen de los servicios públicos domiciliarios al incurrir en la siguiente conducta:

“CARGO ÚNICO: OMISIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA TARIFARIA DEFINIDA PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, EN LA RESOLUCIÓN CRA N.º 688 DE 2014, MODIFICADA, ADICIONADA Y ACLARADA POR LA RESOLUCIÓN CRA 735 DE 2015”.

La Resolución N.º 20204400057545 del 10 de diciembre de 2020, fue notificada personalmente por medio electrónico a la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, a través de la señora **ANGÉLICA MARÍA LÓPEZ VILORIA** en su calidad de Representante Legal, el día 15 de diciembre de 2020¹; de acuerdo con la constancia que obra en el

¹ La notificación personal fue remitida al Prestador a través del Oficio N.º 20204401213151 del 15 de diciembre de 2020, el cual fue recibido el mismo día según consta en los certificados de comunicación electrónica emitidos por la Empresa de correo 4-72 (identificador del certificado N.º: E36644688-S, E36644687-S y E36661462-R), los cuales obran en el expediente.

expediente de la presente investigación, y se le concedió un término de diez (10) días hábiles para interponer recurso de reposición, el cual venció el día 30 de diciembre de 2020.

SEGUNDO. - Que mediante Radicado SSPD N.º **20205292675752 del 30 diciembre de 2020**, la Recurrente interpuso dentro del término legal el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

TERCERO. - Que una vez revisados los argumentos expuestos por la Recurrente y de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante “CPACA”), este Despacho procederá a resolver el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución Sancionatoria, en los siguientes términos:

II. ANÁLISIS DEL DESPACHO.

2.1. Cumplimiento de los requisitos del recurso.

La Prestadora, a través del Radicado SSPD N.º 20205292675752 del 30 diciembre de 2020, interpuso recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria cumpliendo con los siguientes presupuestos:

1. El Recurso fue interpuesto dentro del término legal por la Representante legal de la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**
2. Se encuentra sustentado con los motivos de inconformidad.
3. La indicación de los correos electrónicos a través de los cuales se surtirá la respectiva notificación fue realizada con anterioridad mediante el Radicado SSPD N.º. 20205290473402 del 24 de abril de 2020. De otra parte, en el escrito se indicó el nombre de la Recurrente y de su Representante Legal.

En ese sentido, el Despacho encuentra que se dan por satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, pues el recurso se interpuso dentro del plazo legal dispuesto para esos efectos, con la debida sustentación de los motivos de inconformidad, y con la indicación del nombre de Angélica María López Vilorio en su condición de representante legal de la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, y la dirección de notificación.

2.2. Argumentos planteados por la Recurrente.

El Despacho entra a pronunciarse sobre los argumentos planteados por la Recurrente mediante el Radicado SSPD N.º. **20205292675752 del 30 diciembre de 2020**, en el trámite del presente recurso de reposición, así:

“(…)

Normas Presuntamente Violadas.

Las normas, presuntamente vulneradas por la **EMPRESA AGUAS DE EL BAGRE:**

- Ley 142 de 1994, artículo 88 numeral 1.
- Resolución CRA 688 de 2014, artículos 1 y 104, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015.

PRESUNTO CARGO.

"OMISION EN LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGIA TARIFARIA DEFINIDA PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, EN LA RESOLUCIÓN CRA No. 688 de 2014, MODIFICADA, ADICIONADA Y ACLARADA POR LA RESOLUCIÓN CRA No. 735 DE 2015"

PETICIÓN

Solicito, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, Reponer la Resolución No. **SSPD – 20204400057545 DEL 10/12/2020**, mediante la cual sancionó con multa a la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de El Bagre S.A. E.S.P., multa que constituye un monto de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$54.423.786.00) equivalentes a SESENTA Y DOS (62) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES DE 2020**

Le solicito en razón a los argumentos que seguidamente presentaré, y con mucho respeto a la Superservicios – SSPD, Reponga su decisión y exonere, disminuya o amoneste a la Empresa prestadora de los cargos atribuidos, así como del pago de la sanción impuesta por el Despacho.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Me permito sustentar el Recurso con base en las siguientes consideraciones:

PRIMERA: Su Despacho el **22 de junio de 2018** solicitó a la DTGAA evaluar méritos para abrir investigación en contra de la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de El Bagre S.A. E.S.P. Aguas de El Bagre.

En septiembre 24 de 2018 mediante acto administrativo se ordenó la apertura de la investigación y formuló pliego de cargos en contra de Aguas de El Bagre por el

presunto cargo de "OMISION EN LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGIA TARIFARIA DEFINIDA PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, EN LA RESOLUCIÓN CRA No. 688 de 2014, MODIFICADA, ADICIONADA Y ACLARADA POR LA RESOLUCIÓN CRA No. 735 DE 2015"

El 03 de octubre de 2018 fue notificado por aviso a la representante Legal del pliego de cargos.

Fue recibido el día 11 de octubre de 2018, y su notificación se surtió el 12 de octubre de 2018, contando la empresa con 15 días hábiles para presentar descargos.

El 02 de noviembre de 2018 la empresa presentó escrito de descargos.

El 14 de mayo de 2020, Después de presentarse el escrito de descargos, la Superintendencia Delegada Para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, Dirección de investigaciones, mediante acto administrativo decidió decretar una prueba de oficio, para determinar si en efecto en enero de 2018 el Prestador inició la aplicación de la metodología tarifaria de la Resolución CRA 688 de 2014 modificada, adicionada y aclarada por la resolución CRA No. 735 de 2015, en este mismo acto administrativo decidió incorporar en su valor legal todos los documentos anexos al Radicado No. 20188300167312 el 2 de noviembre de 2018.

El 18 de junio de 2020 la Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado DTGAA dio respuesta a la solicitud probatoria a través del memorando No. 20204240001183.

En este comunicado se dijo:

"(...) la empresa en el oficio de descargos radicado con el número SSPD 20188300167312 DEL 02/11/2018, informa que efectivamente no dio aplicación a la metodología tarifaria establecida en la Resolución CRA 688 de 2014, en el término que señala la misma norma que es partir del 01 de julio de 2016, y solo inició aplicación de estas tarifas hasta el 01 de enero de 2018..."

El 27 de agosto de 2020 mediante Auto No. 20204400003326 dio traslado a la empresa Aguas de El Bagre para que presentara Alegatos de Conclusión.

En octubre 20 de 2020 mediante auto No. 20204400004466 la Dirección de Investigaciones decidió corregir una irregularidad procesal y ordenó surtir nuevamente el trámite de comunicación del mencionado Auto.

El 20 de octubre de 2020 fue notificada la decisión con radicado No. 20204401042681 con acuse de recibido el 21 de octubre de 2020, por tanto, el término para presentar Alegatos era hasta el 05 de noviembre de 2020.

El 04 de noviembre de 2020 Aguas de El Bagre ejerció su derecho a presentar Alegatos de Conclusión y así lo hizo mediante radicado No. 202052992314722.

SEGUNDA: Del análisis de los argumentos presentados en el escrito de descargo y alegatos de conclusión.

La Superservicios dice que la Investigada no puede invocar sus propias acciones para excusar el incumplimiento que le fue imputado. Sobre este principio de **NEMO**

PROPRIO CRIME / PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

AUDITUR PROPIAM TURPITUDINE ALLEGANS / PRINCIPIO "NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA" /PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

Frente a esta conclusión es pertinente aclararle a la Superservicios que no existió mala fe por parte de la empresa, estas empresas viven una realidad económica difícil muy diferente a las empresas de las principales ciudades capitales de Colombia.

Frente a la falta de Micromedición esta empresa no tiene los recursos para suministrar medidores a todos los usuarios, es una realidad, no cuenta con mayores ingresos y los recursos actualmente se encuentran comprometidos en el Plan Departamental de Agua siendo manejados por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, con lo que factura no alcanza para realizar inversiones, si de la empresa dependiera ya todos los usuarios contarían con las domiciliarias y los micromedidores, claro que este no es el tema a tratar en este proceso investigativo y lo único que se busca es aclarar e informar la situación de esta empresa, a fin de que se considere la sanción de multa impuesta por tan alto valor, este valor de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$54.423.786.00) equivalentes a SESENTA Y DOS (62) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES DE 2020**, es un valor bastante oneroso que deja a la empresa comprometida adversamente para su funcionamiento.

Dice la Superservicios que: *"En tal virtud, para el Despacho ello refleja una evidente falta de planeación por parte de **AGUAS DE EL BAGRE**, pues, amparado en la expectativa según la cual el contenido del PMAA iba a contemplar lo que por ley debía reflejarse por aparte en el POIR, omitió elaborar este último"*

No, aunque para esa época la suscrita no fungía como representante legal se logra inferir que no se trata de falta de planeación se trata de que, a veces no hay con que contratar los servicios de las necesidades de la empresa y que cada recurso que se optimice siempre será en beneficio de la empresa.

La empresa prestadora y sus representantes legales hemos estado siempre actuando de buena fe, buscando optimizar sus recursos, por ello es que se cree que el entonces representante legal se dio a la espera del Plan de Ordenamiento Territorial que elaboraría el municipio de El Bagre, dado que de este se desprenden las proyecciones de las obras del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado y del Plan de Obras e Inversiones Regulado – POIR, se reitera se buscó optimizar recursos, no incumplir con la norma de aplicación tarifaria, no se pretende con esta explicación que la empresa fuera exonerada sino que se tuviera en cuenta al momento de tasar la multa, pues para la Superservicios quien cuenta con la información que reportan las empresas es conocedora de la situación de cada una de éstas en sus aspectos económico-financieros.

Frente al hecho superado no quería hacer parecer que la empresa no hubiese incurrido en una omisión en la aplicación de la metodología tarifaria, quería demostrarse que una vez obtenido el POT y el POIR la empresa obtuvo los insumos para realizar el estudio tarifario con la metodología establecida en la resolución 688 de 2014 adicionada en la resolución 735 de 2015 y por ello pudo dar cumplimiento con su aplicación a partir del 1º de enero de 2018.

Si bien es cierto la petición fue que no se aplicara una sanción con multa a la empresa sino más bien una amonestación, también se pretende que la sanción sea una sanción baja y que no afecte el equilibrio financiero de la empresa, petición que se reitera en este recurso y en caso de que no se tenga en cuenta la siguiente consideración se solicita de manera muy respetuosa tasar la multa en un valor mucho menor al impuesto en la Resolución que se recurre mediante este escrito.

Si bien es cierto la petición fue que no se aplicara una sanción con multa a la empresa sino más bien una amonestación, también se pretende que la sanción sea una sanción baja y que no afecte el equilibrio financiero de la empresa, petición que se reitera en este recurso y en caso de que no se tenga en cuenta la siguiente consideración se solicita de manera muy respetuosa tasar la multa en un valor mucho menor al impuesto en la Resolución que se recurre mediante este escrito.

TERCERA: CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.

Habiendo solicitado que no se sancione a la prestadora por presentarse la caducidad de la facultad sancionatoria, La Superservicios hace alusión a que el mismo artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 dispone que:

"establece que "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"

*y, de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, la infracción en cuanto a la aplicación de la metodología tarifaria dispuesta en la Resolución CRA 688 de 2014, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015 cesó el **1 de enero de 2018**, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de los 3 años, el cual a la fecha no ha vencido"*

Sustenta la Superservicios que, en ese sentido, no prosperará el argumento presentado por **AGUAS DE EL BAGRE**.

Sin embargo, frente a esta afirmación la Empresa Prestadora Aguas de El Bagre S.A. E.S.P, considera que la Superservicios podría tener en cuenta que el Acto Administrativo no se encuentra en firme por no estar ejecutoriado.

Si bien es cierto ya existe una Resolución que impone sanción y ha sido notificada, esta decisión aún no se encuentra en firme dado que este acto administrativo no se encuentra ejecutoriado y la empresa cuenta con la oportunidad de presentar el recurso de reposición y esperar que este sea resuelto, entonces ahí si se podría contabilizar el termino determinado en el artículo 52 del C.P.A.C.A.

(...)"

La Recurrente presenta como petición, que la SSPD reponga su decisión y exonere, disminuya o amoneste a la Empresa prestadora de la conducta atribuida.

Frente a la solicitud relacionada el Despacho advierte que deberá resolverla de manera desfavorable en virtud a que no existe razón para considerar replantear la gravedad de la conducta porque la acción resulta contraria a la obligación que tiene la Recurrente de cumplir con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución CRA 688 de 2014 modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015, el cual determinó que las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que contaran a diciembre de 2013 con más de 5000 suscriptores debían aplicar la metodología tarifaria allí contemplada.

De igual forma, se le recuerda a la Recurrente que las investigaciones adelantadas por esta Superintendencia tienen por objeto establecer si las actuaciones u omisiones de los administrados se ajustaron o no al cumplimiento de las disposiciones que les son exigibles, conforme a las normas vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos que son objeto de imputación. Así, una vez demostradas las infracciones al régimen de servicios públicos este Despacho está en la obligación de imponer la sanción correspondiente.

En el presente caso, de lo inicialmente enunciado por la Prestadora en el escrito del recurso, es oportuno precisar que se evidencia que la actuación se surtió de conformidad con el procedimiento establecido en el CPACA y por ende se le garantizó el ejercicio de su derecho al debido proceso.

De otra parte, este Despacho advierte a la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, que la conducta atribuida es sancionable pues, esta Superentendía tiene como una de sus funciones la 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”.

De acuerdo con lo antes explicado, el Despacho concluye que para la tasación de la sanción impuesta en la Resolución Sancionatoria en cuestión, se valoró la gravedad de la conducta, así como el daño y/o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados de los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado y demás criterios determinados en la normatividad, tal y como se observa a folios 22 a 25 del acto recurrido, por lo que se recuerda que **la conducta fue calificada como grave** debido a que, con la omisión de la obligación reprochada la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.** configuró una conducta que es contraria a la obligación de hacer que tiene por ser prestadora de los servicios públicos mencionados con más de 5000 suscriptores a 31 de diciembre de 2013, con lo que impidió establecer los costos de operación, mantenimiento e inversión para fijar una tarifa que le permitiera recuperarlos y evitar poner en riesgo la suficiencia financiera, calidad y continuidad de la prestación de los servicios. Dada la gravedad que representa la conducta, esta amerita **una sanción en la modalidad de multa y no una simple amonestación, mucho menos una exoneración de la sanción** como lo pretende la Recurrente, debido a que el incumplimiento de la omisión de aplicar la metodología tarifaria contemplada en la Resolución CRA 688 de 2014, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015, quedó debidamente probado dentro de la investigación y los argumentos presentados no fueron suficientes para probar lo contrario.

De otra parte, en consideración a que la Recurrente solicita una sanción más baja a la impuesta y que no afecte su equilibrio financiero, es preciso mencionar que la determinación de la sanción pecuniaria de multa y su tasación fue realizada teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, el cual señala que las sanciones a imponer deben atender a la naturaleza y gravedad de la falta en los siguientes términos:

“Art. 81. Sanciones. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer, las siguientes sanciones, a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta.

(...)

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto 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 (...).”

Del mismo modo, el Despacho tuvo en cuenta los criterios contemplados en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, para determinar el monto de la sanción impuesta.

Lo referido puede ser evidenciado en la Resolución impugnada a folios 21 - 26, en la cual resulta evidente que la graduación de la sanción impuesta a la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.** se encuentra ajustada a derecho en relación con la gravedad de la conducta demostrada, como ya se explicó conforme a las normas precitadas y lo ordenado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por lo anterior, cuando esta Superintendencia adelanta una investigación y encuentra probado los incumplimientos, como sucedió en este caso, debe imponerse una sanción a la prestadora infractora, ya que le está vedado a la administración encontrar probado un incumplimiento y abstenerse de sancionarlo.

Igualmente, se debe advertir a la Recurrente que del análisis realizado de la información financiera reportada al SUI y la cual se estudió para calcular la sanción en la resolución recurrida, no se evidencia que con el valor de multa impuesta a la **EMPRESA MUNICIPAL DE**

ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P., ella se vea afectada financieramente.

De conformidad con lo anterior, para este Despacho la sanción de MULTA es proporcional y razonable con relación a los hechos y el cargo por el cual es responsable la Investigada, pues esta sanción constituye un medio adecuado y necesario para persuadir a los prestadores de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, puntualmente a la Recurrente, para que cumplan con su obligación de aplicar la metodología tarifaria exigida por la Resolución CRA 688 de 2014 adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015.

Aunado a lo expresado, y con el fin de ilustrar mejor las consideraciones al momento de imponer la sanción de amonestación, es oportuno traer a colación lo planteado por la doctrina:

“La amonestación constituye la base inicial del sistema sancionatorio frente a conductas que no ameriten sanciones mayores. Es igualmente admonitoria, en el sentido de llamar la atención para prevenir que se prolongue en el tiempo la conducta infractora causando con ello mayores perjuicios al servicio, dando lugar a sanciones de mayor entidad.”²

Por lo hasta aquí expuesto, y como ya se ha indicado la sanción de amonestación no procede en el presente caso dada la gravedad de la conducta que fue objeto de sanción. Por lo expresado el argumento analizado no prospera.

Siguiendo con los argumentos expuestos por la Recurrente, en los cuales hace referencia al análisis realizado por la Superintendencia de los argumentos presentados en su defensa, expone que la Superservicios indica que la Investigada no puede invocar sus propias acciones para excusar el incumplimiento que le fue imputado sobre el principio de *NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINE ALLEGANS / PRINCIPIO "NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA" / PRINCIPIO DE LA BUENA FE*.

A ese respecto, la Recurrente manifiesta que no existió mala fe debido a que la Empresa vive una realidad económica difícil la cual es muy diferente a la de las empresas de las principales ciudades capitales, de lo anterior es importante advertir a la Prestadora que el actuar de mala fe se entendió así en los términos señalados en la sentencia transcrita teniendo en cuenta que ella no puede pretender justificar el incumplimiento reprochado en la presente actuación, con base en el incumplimiento de otra de sus obligaciones como lo es la micromedición del consumo a sus suscriptores, obligación que adquirió desde el momento en que se constituyó como Empresa de servicio público de acueducto en el Municipio de El Bagre, a diferencia de la obligación aquí reprochada como lo es la aplicación de la metodología tarifaria que surgió a partir del 1 de julio de 2016.

En lo atinente a la situación financiera de la Empresa se debe precisar que, este no es argumento suficiente para controvertir la conducta imputada, ni mucho menos puede considerarse como una causal de exclusión de responsabilidad, en la medida que no se encuentra consagrada como tal en la Ley ni tampoco constituye un criterio de los preceptuados en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, para la determinación de la sanción a imponer.

Por lo tanto, se confirma lo manifestado en la Resolución sanción en cuanto a que la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.** no puede excusarse en su situación económica para no cumplir con la obligación cuya omisión fue reprochada, y menos aún una obligación de tanta relevancia como lo es la aplicación de la metodología tarifaria, toda vez que, desde el 2014 al entrar en vigencia la Resolución CRA 688, la Prestadora sabía que para poder aplicar la metodología tarifaria debía tener previamente el estudio de costos, aspecto que es previsible teniendo en cuenta que la aplicación de la metodología se debió iniciar hasta julio del 2016.

Además, es claro para este Despacho que dentro de las pruebas aportadas por la Recurrente y de las pruebas obrantes en el expediente no se encontró alguna que demuestre la incapaci-

² SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pág. 122.

dad financiera alegada por la Prestadora, situación que, en todo caso, no es un eximente de responsabilidad pues como se expresó, es su responsabilidad cumplir con la obligación de la aplicación a la metodología tarifaria establecida la Resolución CRA 688 de 2014 modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015.

Adicionalmente, es de resaltarse que al verificar información financiera reportada por la Prestadora al SUI, se observó que la última fue la considerada en la Resolución sancionatoria y que corresponde a los años 2013, 2014 y 2015.

En lo atinente a que la falta de micromedición se debe a que la Empresa carece de recursos por encontrarse estos comprometidos en el Plan Departamental de Agua y que con lo facturado no alcanza para realizar inversiones, este Despacho debe recordar que el cumplimiento de la mencionada obligación no fue objeto de reproche en esta actuación por lo cual ello es irrelevante en la decisión de esta investigación.

Igualmente, en lo que concierne a que con el valor de la multa impuesta la Empresa se vería comprometida para su funcionamiento, el Despacho advierte que no le asiste razón a la Recurrente teniendo en cuenta lo expuesto y porque tal afectación no fue demostrada dentro de esta actuación. Por lo aquí manifestado el argumento no prospera.

Así mismo, es pertinente resaltar que la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, para el año 2013 contaba con más de 6000 suscriptores para el servicio de acueducto en el municipio de El Bagre tal como se manifestó en la Resolución recurrida, situación que la ubica en el ámbito de aplicación de la Resolución CRA 688 de 2014, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015, obligación de la cual era conocedora y que además reconoció haber omitido en su recurso.

La Recurrente indicó que el incumplimiento no se debe a una falta de planeación como lo manifestó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el acto objeto de controversia, sino que se debe a que a veces no cuenta con los medios para contratar los servicios de las necesidades de la Empresa, tal es el caso del representante legal de la época que dio espera a la expedición de POT del Municipio de El Bagre con el fin de optimizar los recursos de la Empresa dado que de este se desprenden las proyecciones de las obras del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado y del POIR.

Frente al aludido argumento, el Despacho lo desestimaré teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que le asisten a la Recurrente como prestadora de los servicios referidos con antelación se encuentra la de desarrollar el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado y el Plan de Obras e Inversiones Regulado – POIR, tal como lo establece la Resolución CRA 688 de 2014, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015, por lo que el argumento será rechazado debido a que la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, no puede invocar dicho argumento para justificar la inaplicación de la metodología tarifaria correspondiente por el incumplimiento de sus deberes.

Teniendo en cuenta lo planteado respecto a la no elaboración del POIR por escasos de recursos, lo primero que advierte este Despacho es que la Prestadora está obligada a dar cumplimiento a todas sus obligaciones para garantizar una prestación continua, de calidad y eficiente del servicio de acueducto en el municipio de El Bagre y para ello debe emprender las medidas necesarias que le permitan el cumplimiento de tales fines, incluyendo la consecución de los correspondientes recursos económicos.

La debida aplicación de la metodología tarifaria y gestión administrativa garantiza, entre otros, el cumplimiento de los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera y sostenibilidad del sistema, en aras de mejorar las condiciones y criterios de continuidad y calidad de la prestación del servicio, los cuales no pueden estar condicionados a la situación financiera y la falta de recursos como lo argumenta la Investigada.

La Recurrente indicó respecto al hecho superado que no quería hacer parecer que la Empresa no hubiese incurrido en una omisión en la aplicación de la metodología tarifaria si no que quería demostrar que una vez obtenido el POT y el POIR la Empresa obtuvo los insumos

para realizar el estudio tarifario establecido en la Resolución CRA 688 de 2014, modificada, adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015 y por ello pudo dar cumplimiento a partir del 1 de enero de 2018.

Frente al anterior argumento se advierte que la Recurrente no logra desvirtuar el incumplimiento por el cual fue sancionada que radica en la omisión de la aplicación de la metodología tarifaria exigida por la Resolución CRA 688 de 2014 adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015. En este sentido, la Prestadora no aportó argumentos ni pruebas suficientes para desvirtuar el cargo formulado, asimismo, dentro del análisis de las pruebas practicadas durante la investigación no se encontró evidencia alguna que justifique la imposibilidad de cumplir con la obligación y no existiendo circunstancias que desvirtúen la consecuente responsabilidad de la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, el argumento no será aceptado, debido a que esta acción no tiene el alcance de desvirtuar el origen del cargo ya que la misma es posterior al 01 de enero de 2016 fecha en que debió dar aplicación de la metodología tarifaria .

Continuando con los argumentos esbozados por la Investigada, ésta plantea la caducidad de la facultad sancionatoria determinada en el artículo 52 del CPACA³, sustentando que si bien es cierto existe una Resolución que impone una sanción la cual se encuentra notificada, no es menos cierto que a la fecha la misma no se encuentra en firme dado a que el mencionado acto administrativo concedió la oportunidad de presentar recurso de reposición, y por ende el respectivo término de caducidad sólo se podría contabilizar una vez sea resuelto el recurso.

En cuanto a este argumento, el Despacho concluye que no se puede aplicar la caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la Recurrente debido que, de conformidad con lo preceptuado en el referido artículo el término de caducidad se contabiliza desde el momento de la ocurrencia del hecho hasta la notificación del acto que decide la actuación.

Igualmente, el artículo 52 del CPACA también establece que, el acto que resuelve el recurso es diferente al acto sancionatorio, y para la decisión del recurso que se interponga contra la decisión adoptada se cuenta con un término de 1 año para resolver el mismo.

En este contexto es claro que el periodo de caducidad de la facultad sancionatoria aún no había finalizado al momento de imponer la sanción recurrida, y por lo tanto el argumento del recurrente no es de recibo para este Despacho.

Además, la Recurrente manifiesta que no de ser aceptado el argumento anteriormente expuesto, y en consideración a que fue responsable con la Entidad investigadora, ruega a este Despacho que la sanción sea nuevamente tasada y disminuida, ello debido a sus falencias económicas como de infraestructura física y de orden público, la escases de ayudas por parte del Gobierno departamental y nacional, y a que la declaratoria de la emergencia ha afectado el pago por parte de los usuarios.

Teniendo en cuenta lo planteado, lo primero que advierte este Despacho es que la Prestadora está obligada a garantizar una prestación con calidad acorde a las obligaciones establecidas por la normatividad en el municipio de El Bagre, lo cual implica adelantar las acciones y gestiones necesarias para garantizar su sostenibilidad operativa y financiera. Es por tal razón que una debida aplicación de la metodología tarifaria como se consagrada en la Resolución CRA

³ **“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 pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

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

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

688 de 2014 y una buena gestión administrativa garantiza, entre otros, el cumplimiento de los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera y sostenibilidad del sistema, en aras de mejorar las condiciones y criterios de continuidad y calidad de la prestación de los servicios, los cuales no pueden estar condicionados a la situación financiera y la falta de recursos que se derivan de una cartera morosa y la falta de apoyo gubernamental como lo argumenta la Investigada. Por tanto, el argumento no prospera.

El Despacho se pronunciará sobre las siguientes solicitudes realizadas por la Empresa:

SOLICITO sea tenido en cuenta que la decisión fue de un gerente que con una decisión afectó la empresa y que quien se ve afectada con la multa tan onerosa es la entidad prestadora.

SOLICITO sea tenido en cuenta que aún puede ser solo amonestada la empresa y en caso de decidir la imposición de la sanción con multa, ésta puede ser disminuida considerando que la empresa y sus representantes legales posteriores al año 2016 hicieron lo necesario para dar inicio a la aplicación de la metodología tarifaria establecida en las Resoluciones 688 de 2014 y 735 de 2015.

SOLICITO sea tenido en cuenta que la empresa, según los criterios de graduación de la sanción establecidos en el artículo 50 de la ley 1437 de 2011 obtuvo una graduación cualitativa superior al 75%.

Del total de estos ocho (8) criterios, seis de ellos están muy a favor de la empresa prestadora siendo estas:

- 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
- 3. Reincidencia en la comisión de la infracción.*
- 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
- 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
- 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
- 8. Aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.*

Frente a las anteriores solicitudes, el Despacho deberá resolverlas de manera desfavorable, teniendo en cuenta que los argumentos planteados por la Recurrente no prosperaron ni desvirtuaron la conducta cometida por la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.**, como fue la omisión de aplicar la metodología tarifaria de la Resolución CRA 688 de 2014 adicionada y aclarada por la Resolución CRA 735 de 2015.

Además, frente a lo indicado por la Recurrente en punto a que de los ocho (8) criterios de graduación establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, seis (6) de ellos están a favor de la Empresa, este Despacho considera importante recordar a la Prestadora que dicho artículo establece criterios que podrían catalogarse como atenuantes y agravantes, es por tal motivo que los criterios que la Investigada indica que se encontraban a su favor, realmente corresponden a algunas circunstancias agravantes que en el presente caso, al no estar demostradas tuvieron un efecto neutro en el análisis de la graduación de la sanción, pues de lo contrario la acreditación de los mismos hubiera traído como consecuencia una sanción mayor.

Asimismo, se le manifiesta a la Prestadora que para efectos de la tasación de la sanción no sólo se tuvieron en cuenta los criterios anteriores, sino que adicionalmente se analizó la cuantía de los ingresos de la Empresa, este último factor fue tenido en cuenta por la Delegada en aras de *“conciliar la finalidad constitucional de garantizar la prestación del servicio, consagrada en el citado artículo 365 de la Constitución Política, con su función de sancionar a aquellos prestadores cuya conducta infractora de las normas que le son aplicables haya producido una afectación grave o puesto en peligro a sus usuarios*. Esto quiere decir que, la Delegada en aplicación a la propia disposición constitucional ajustó el monto de la sanción de forma que no generara riesgo para la sostenibilidad del servicio.

Por último, en lo que se refiere a que la imposición de la sanción de multa tuvo en cuenta los criterios del ***“Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados y Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes”***, los cuales deben ser revisados y reponer la decisión disminuyendo la multa, debido a que el daño se configuró por la mala decisión del representante legal de la época y que además la Empresa fue quien recibió la carga porque este funcionario no dio aplicación a la metodología tarifaria desde el 1 de julio de 2016, de acuerdo con las Resoluciones 688 de 2014 y 735 de 2015.

Sobre este aspecto se debe recordar que la Empresa prestadora como persona jurídica está a merced de sus representantes legales, quienes expresan su voluntad y actúan en su nombre.

En tal sentido, el Despacho precisa que no le asiste razón a la Recurrente en la afirmación analizada, respecto a que el daño se configuró exclusivamente por la mala decisión del Representante legal de la época como si éste fuera un tercero, pues para que se pueda configurar la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero es necesario que la causa de la infracción haya sido la producto de la acción de un tercero ajeno a la Investigada, de modo que la causación del daño de ningún modo le resulte imputable.

Asimismo, para que el hecho de un tercero tenga poder exoneratorio, la conducta debe reunir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad que se requieren para la fuerza mayor y el caso fortuito, de igual forma la intervención del tercero debe ser esencial para la producción del perjuicio.

En línea con lo anterior, la jurisprudencia del H Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos, en cuanto a la causal de exoneración por hechos de un tercero:

“Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél⁴.

La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

- a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido.
- b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega.

Con base en lo expresado, se concluye que en el caso bajo estudio no se configura la causal del hecho de un tercero en la medida que, las acciones y decisiones del Representante legal de la Empresa no estructuran una actuación separada de la Investigada al ser éste quien actúa en el nombre de aquella, por tal motivo no se demuestra la existencia de uno de los elementos de la causal estudiada.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179

Por las razones expresadas, se reitera que el Despacho deberá resolver las solicitudes presentadas por la Recurrente de manera desfavorable.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. - CONFIRMAR en su integridad la Resolución N.º **20204400057545 del 10 de diciembre de 2020**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Notificar personalmente la presente Resolución a la señora **ANGÉLICA MARÍA LÓPEZ VILORIA**, en calidad de **REPRESENTANTE LEGAL** de la **EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL MUNICIPIO DE EL BAGRE – ANTIOQUIA S.A. E.S.P.** o quien haga sus veces, a los correos electrónicos aguaselbagre@elbgrea-antioquia.gov.co y esp@aguasdeelbagre.gov.co⁵ haciéndole entrega de una copia de la misma y advirtiéndole que contra esta resolución no procede recurso alguno por encontrarse agotada la actuación administrativa.

De no ser posible la notificación personal, se dará aplicación a lo previsto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procediendo la notificación por aviso.

ARTÍCULO TERCERO. - Comunicar la presente Resolución, una vez en firme, a la Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

ARTÍCULO CUARTO. - La presente resolución rige a partir de la fecha de su firmeza.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



MILTON EDUARDO BAYONA BONILLA

Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo

Proyectó: Escilda Rosa Tatis Benitez – Profesional Especializado Dirección de Investigaciones AAA
Revisó: Viviana Andrea Velásquez- Contratista Dirección de Investigaciones AAA
Revisó y Aprobó: Martha Eugenia García Jaimes- Directora de Investigaciones AAA
Revisó: Diana Ramírez – Asesora – DAAA

⁵ Estos correos electrónicos fueron autorizados por la Investigada para efectos de notificaciones y/o comunicaciones con el Radicado No. 20205290473402 del 24 de abril de 2020.